

Beck'sche Kurz-Kommentare

Für die Praxis der Rechtswahrer und Behörden, das Studium und die Wirtschaft

Die Bezeichnung „Kurzkommentar" ist als Warenzeichen Nr. 476874 für die C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung eingetragen und damit gesetzlich geschützt

Ein neuer Kurzkommentar:

Gurski-Schulz, Devisengesetz. Loseblattausgabe

Immer wieder neue Auflagen:

Baumbach, GmbH.-Gesetz. 2. Auflage
Baumbach, Handelsgesetzbuch. 4. Auflage
Floegel, Straßenverkehrsrecht. 6. Auflage
Henke-Mönch, Grundbuchordnung. 2. Auflage
Meyer, Genossenschaftsgesetz. 5. Auflage
Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch. 2. Auflage
Wilhelmi, Zwangsversteigerungsgesetz. 2. Aufl.

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung
München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Alphabetische Übersicht

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 7

Bürgerliches Gesetzbuch

mit dem Einführungsgesetz, Ehegesetz, Testamentsgesetz und allen anderen einschlägigen Gesetzen

In Verbindung mit den Kammergerichtsräten Dr. Friesecke, Dr. Henke und Dr. Lauterbach, Landgerichtsdirektor Dr. Bunge, den Landgerichtsräten Dr. Seibert u. Radtke, Rechtsanwalt Dr. Eberhard Pinzger und Oberverwaltungsgerichtsrat Dr. Danckelmann herausgegeben von

Dr. Otto Palandt

Präsident des Reichs-Justizprüfungsamtes
Mitglied der Akademie für Deutsches Recht

2., unveränderte Auflage. März 1939

XL, 2190 S. Handausgabenformat. In Leinenband RM 27.50

Dazu Ergänzungsheft: Vorschriften zur Einführung des Ehe-, Rasse- und Testamentsrechts im Sudetenland

„Das Werk bietet in einem handlichen Bande einen Stoff dar, wie er sonst nur in einem mehrbändigen Erläuterungsbuche zu finden ist. Inhaltlich erfüllt der Kommentar in hohem Maße die Anforderungen, die heute an eine Erläuterung des BGB zu stellen sind. Auf der einen Seite prüft er das in Rechtsprechung und Rechtslehre Überlieferte an der Hand gegenwartsnahen deutschen Rechtsdenkens. Auf der anderen Seite widmet er besonders ausführliche Darlegungen den das BGB ändernden und umformenden Gesetzen, in denen der gesetzgeberische Wille des Nationalsozialismus zum unmittelbaren Ausdruck gelangt ist. . . . Einer besonderen Empfehlung bedarf der Kommentar nicht mehr; denn seine erste Auflage ist bereits vergriffen, ein wohlverdienter Erfolg." Senatspräsident beim Reichsgericht Hagemann in der „Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht"

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Band 25

Neuerscheinung

Devisengesetz

vom 12. Dezember 1938

mit Durchführungsbestimmungen, Richtlinien und allen wichtigen devisenrechtlichen Nebengesetzen von

Hans Gurski
Regierungsrat bei der Devisenstelle Wien

Dr. Heinz Friedr. Schulz
Regierungsrat bei der Devisenstelle Berlin

Mit einem Geleitwort von

Dr. Paul Dreist
Senatspräsident beim Reichswirtschaftsgericht

Loseblattausgabe

1939. XX, 484 Seiten Taschenformat. Dünndruckpapier. In Leinenordner RM 9.80. Ergänzungsblätter je Blatt etwa 4 Rpf.

Dieser Kurzkommentar aus der Feder erfahrener Praktiker des Devisenrechts zeichnet sich aus durch: 1. knappe und doch gründliche, vor allem äußerst übersichtliche Erläuterungen unter Wahrung aller notwendigen Ausführlichkeit in der Sache; 2. Berücksichtigung des gesamten Gesetzesstoffes einschließlich der Durchführungsbestimmungen, Richtlinien und Ministerialerlasse sowie der noch verwertbaren Rechtsprechung und des Schrifttums; 3. Abdruck und Verarbeitung aller österreichischen und sudetendeutschen Sonderbestimmungen; 4. zusammenhängende Darstellung der Ausführungs- und Ausnahmevorschriften bei der betreffenden Gesetzesstelle; 5. eingehende Hervorhebung des für das Verständnis wichtigen Zwecks jeder einzelnen Vorschrift; 6. Abdruck aller wichtigen devisenrechtlichen Nebengesetze usw. Die völlig neue Erläuterung der neugefaßten Devisenbestimmungen in der bewährten Bearbeitungsweise der Beck'schen Kurzkommentare wird der Praxis wertvolle Dienste leisten.

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Band 23

Aktiengesetz

vom 30. Januar 1937

mit der 1. Durchführungsverordnung sowie dem Umwandlungsgesetz und anderen Nebengesetzen

von

Dr. Adolf Baumbach

Senatspräsident beim Kammergericht a. D.

2., durchgearbeitete Auflage

1937. XV, 549 Seiten Taschenformat. Dünndruckpapier. Leinenband RM 10.50

„Wenn ein Werk die 2. Auflage in so kurzer Zeit erlebt wie dieses, so spricht das mehr zu seiner Empfehlung als es Worte zu tun vermögen. Der Erfolg ist aber auch wohlverdient. Es ist erstaunlich, wieviel sich in gedrängter Kürze einem aufmerksamen Leser sagen läßt. Die Auslegung, die der Verfasser den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen gibt, war schon in der 1. Auflage fast durchwegs beifallswürdig. Die 2. Auflage hat noch manches vertieft, berichtigt, umgearbeitet und übersichtlicher geordnet."
Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht

„Die Baumbachschen Kurzkommentare zeichnen sich aus durch eine kaum zu überbietende Stoff-Fülle in gedrängter, der Praxis angepaßter Fassung, berücksichtigen gewissenhaft Rechtslehre und Rechtsprechung und meistern so bis zu den Grenzen der Vollkommenheit das Recht. Baumbach, der geborene Jurist, äußert allenthalben durch kluges Denken das Gefühl für die richtige Lösung aller Rechtsfragen, was bei den manchmal kurz ausgefallenen Vorschriften des neuen Aktiengesetzes von großem Werte ist." Zeitschrift für AG und GmbH.

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 20

Gesetz betr. die GmbH.

von Dr. Adolf Baumbach
Senatspräsident beim Kammergericht a. D.

2., völlig durchgearbeitete und erweiterte Auflage

1939. VIII, 258 Seiten Taschenformat. Leinenband RM 5.60

Die neue Auflage ist völlig durchgearbeitet und weitgehend neubearbeitet. Die seit der 1. Auflage ergangenen Rechtsänderungen, Rechtsprechung und Schrifttum sind verarbeitet, die Erläuterungen wurden vielfach erweitert. Vor allem machte die Neuordnung des Aktienrechts eine starke Berücksichtigung der in diesem Gesetz niedergelegten Rechtsanschauungen notwendig, an denen die Auslegung des GmbHGesetzes in jetziger Fassung nicht vorübergehen darf. Der Kurzkommentar stellt somit die neuzeitlichste Handhabe zur Anwendung des GmbHGesetzes dar.

Band 11

Genossenschaftsgesetz

von Dr. Dr. E. H. Meyer
Rechtsanwalt, Vorstandsmitglied der Dresdner Bank,
Honorarprof. für Genossenschaftswesen an der Wirtschaftshochschule Berlin

5., ergänzte Auflage mit einem Anhang: Uebersicht über das Recht der ostmärkischen und sudetendeutschen Genossenschaften

1939. 350 Seiten Taschenformat. Leinenband RM 6.50

„Der Kommentar vereinigt in einem handlichen Band reiches Material in übersichtlicher Form und ermöglicht daher allen am Genossenschaftsrecht interessierten Kreisen eine rasche und zuverlässige Unterrichtung." Blätter für Genossenschaftswesen

---

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 13

Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht

Wettbewerbsgesetz, Warenzeichengesetz, Zugabeverordnung. Rabattgesetz, Wirtschaftsrecht, zwischenstaatliches Wettbewerbsrecht und Nebengesetze von

Dr. Adolf Baumbach

Senatspräsident beim Kammergericht a. D.

4., neubearbeitete und erweiterte Auflage

1938. XV, 673 Seiten Taschenformat. Dünndruckpapier. Leinenband RM 16.–

„Wer mit diesem äußerlich so unscheinbaren Buch einige Zeit gearbeitet hat, wird immer wieder erstaunt sein über die Fülle des Inhalts, der kurz und treffend das gesamte Wettbewerbsrecht zur Darstellung bringt. Hauptsächlich enthält das Buch eine sorgfältige Kommentierung des Wettbewerbsgesetzes und des Warenzeichengesetzes; aber auch die Sonderbestimmungen des engeren Wettbewerbsrechts, insbesondere das Recht des Werberats haben eine eingehende Neubearbeitung gefunden. Der Wert liegt im wesentlichen in der Darstellung des Wettbewerbsrechts, in dem systematischen Aufbau der Lehren dieses Sonderrechtsgebiets und in der Erläuterung des UWG. Daß hierbei wirklich Aufbauarbeit geleistet ist, daß es erreicht wurde, klare Richtlinien für die Beurteilung der verwirrenden Fülle wettbewerbsrechtlicher Tatbestände herauszuarbeiten, ist ein Erfolg von unschätzbarem Wert für das behandelte Sonderrechtsgebiet, auf den Baumbach stolz sein kann und für dessen Schaffung ihm Wissenschaft und Praxis in gleicher Weise zu Dank verpflichtet sind."

Reichsgerichtsrat Professor Dr. Pinzger in „Gewerbl. Rechtsschutz und Urheberrecht"

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Band 14

Versicherungsvertragsgesetz

von Dr. Erich R. Prölß
Direktor der Bayer. Rückversf.A.G. in München

1935. Mit Nachtr. Januar 1938. XI, 423 u. 8 S. Taschenformat. Dünndruckpapier. Lnbd. RM 9.50. Nachtrag einzeln RM –.30

„Der vorliegende Kurzkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz ist ganz vorzüglich gelungen. In knapper und treffender Formulierung wird in den Anmerkungen auf das Wesentliche hingewiesen. Rechtsprechung und Schrifttum sind an wirklich entscheidenden Stellen angeführt. Das hervorragende Werk verdient vollste Beachtung und wird viel zu einem besseren Verständnis des Versicherungsrechts beitragen." Prof. Dr. J. von Gierke in der „Zeitschrift für Handelsrecht"

Band 4

Patentrecht

Patentgesetz und Gebrauchsmustergesetz vom 5. Mai 1936 / Patentanwaltsgesetz v. 28. September 1933

mit den ergänzenden Vorschriften von

Dr. Georg Benkard
Rechtsanwalt beim Reichsgericht

1936. XV, 402 Seiten. Taschenformat. Dünndruckpapier.
Leinenband RM 8.–

„Der Praktiker, dem daran liegt, schnell und ohne Umschweife an den Kern der schwierigen Fragen des Patentrechts herangeführt und zu den dazu aus der Rechtsprechung fließenden Erkenntnisquellen gewiesen zu werden, wird in dem Kurzkommentar von Benkard einen wertvollen Helfer finden."
Kammergerichtsrat Kühnemann i. Deutschen Gemein- u. Wirtschaftsrecht

---

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 1

Zivilprozeßordnung

mit Gerichtsverfassungsgesetz

von

Dr. Adolf Baumbach

Senatspräsident beim Kammergericht a. D.

14., durchgesehene und ergänzte Auflage. 83.–87. Tausend

1938. Mit Nachtrag: Das Verfahren in Ehe- und Familienstandssachen. Stand 1. 3. 39. XXVI, 1564 u. 51 Seiten Taschenformat. Dünndruckpapier. Leinenband RM 18.–. Nachtrag einzeln RM –.80

„Zu einer Neuauflage von Baumbachs ZPO-Kommentar ist in einer Besprechung kaum noch etwas Grundsätzliches zu bemerken. Auf den hervorragenden praktischen Wert dieses einzigartigen Kurzkommentars ist hier schon oft genug hingewiesen worden. Jede Neuauflage bringt immer wieder das, was an Ergänzungen und Verbesserungen im Augenblick gerade geboten und erreichbar ist. So erklärt es sich, daß dieses Werk jedesmal das Optimum dessen darstellt, was ein Kurzkommentar überhaupt zu bieten vermag. Die weitere Gesetzgebung und Rechtsprechung ist bis in die neueste Zeit berücksichtigt. Die sich aus der Wiedervereinigung Österreichs mit dem Reich ergebenden verfahrensrechtlichen Fragen sind bereits nach Möglichkeit eingehend behandelt. Eine Gegenüberstellung der österreichischen und der reichsdeutschen Verfahrensvorschriften ist für die jetzt so oft praktisch werdende Vergleichung des beiderseitigen Rechtszustandes eine willkommene Hilfe." Deutsche Justiz

---

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 12

Zwangsversteigerungsgesetz

mit den landesrechtlichen, steuerrechtlichen und notrechtlichen Ergänzungsbestimmungen von

Dr. Walter Wilhelmi

Oberlandesgerichtsrat in Kassel

2., neubearbeitete Auflage

unter Berücksichtigung des im Lande Oesterreich und den sudetendeutschen Gebieten geltenden Rechts. Erscheint April 1939

„Auf keinem anderen Gebiet braucht der Jurist und Wirtschaftler so notwendig ein Werk, das ein rasches Zurechtfinden und Erfassen der wichtigsten Grundsätze ermöglicht. Diesem Zweck, ein zuverlässiger Ratgeber zu sein, wird das von einem erfahrenen Praktiker bearbeitete Buch in jeder Hinsicht gerecht."

Hanseat. Rechts- und Gerichtszeitschrift

Band 3

Arbeitsgerichtsgesetz

von **Dr. Adolf Baumbach**

Senatspräsident beim Kammergericht a. D.

Dritte, völlig neubearbeitete Auflage

von **Dr. h. c. Robert Teichmann**

Reichsgerichtsrat i. R. u. vormaliges Mitglied des Reichsarbeitsgerichts

1934. XII, 374 Seiten Taschenformat. Dünndruckpapier.
Leinenband RM 7.50

„Ein ungeheures Material hat der Verfasser verarbeitet und der Rechtspraxis zugänglich gemacht, der dieser Kurzkommentar unersetzliche Dienste leisten wird." Juristische Wochenschrift

---

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Band 2

Die Reichskostengesetze

Gerichtskostengesetz, Arbeitsgerichts- und Erbhofkostenrecht, Kostenordnung, Kostenverfügung, Justizbeitreibungsordnung, Gebührenordnungen für Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher, Zeugen und Sachverständige. Mit Gebührentabellen

von **Dr. Adolf Baumbach**
Senatspräsident beim Kammergericht a. D.

8., erweiterte und durchgearbeitete Auflage

1938. Mit Nachtrag. Stand v. 15. 2. 39. XII, 655 u. 6 Seiten Taschenformat. Dünndruckpapier. Leinenband RM 10.–. Nachtrag einzeln RM –.25

„Der neue ‚Baumbach' wird durch die Autorität, die er sich auch im Kostenrecht durch die bisher erschienenen Auflagen erworben hat, viel zur Vereinheitlichung der Rechtsprechung beitragen durch die eigene Stellungnahme und die Wiedergabe der neuesten Entscheidungen der höchsten Gerichte. Die Klarheit und Uebersichtlichkeit der Erläuterungen wird durch noch bessere Anordnung der Einteilung in kurze Abschnitte erhöht. Das Auffinden des Gesuchten erleichtern die durch Fettdruck hervorgehobenen Leitsätze." Danziger Juristenzeitung

„Die Baumbachschen Kommentare haben seit langem einen Ruf als Standardwerke. Die neue Auflage der Kostengesetze weist alle Vorzüge dieser Kurzkommentare auf: Uebersichtlichkeit, Vollständigkeit bei musterhafter Beschränkung auf das Wesentliche und Handlichkeit." Braune Wirtschaftspost

---

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 10

Strafgesetzbuch

mit allen wichtigen Nebengesetzen und Verordnungen von

Dr. Otto Schwarz

Reichsgerichtsrat

6., durchgearbeitete und erweiterte Auflage

Erste Großdeutsche Ausgabe. 1938. XX, 976 Seiten
Taschenformat. Dünndruckpapier. Leinenband RM 12.50

„Die neue Auflage ist ergänzt durch die bis zum 10. Oktober 1938 ergangenen, für den Strafrichter wichtigen Gesetze und Verordnungen. So sind das Waffengesetz, das Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen, die Ausländerpolizeiverordnung und die Brandschutzverordnung aufgenommen. Die Erläuterungen sind dem Stande der Rechtsprechung entsprechend ergänzt. Da in der Zeit seit Erscheinen der letzten Auflage besonders zahlreiche Gesetze und Verordnungen über Rasse und Judentum ergangen sind, sind die einschlägigen Bestimmungen in einem besonderen Abschnitt zusammengefaßt. In einem besonderen neuen Abschnitt sind ferner die wichtigsten strafrechtlichen Bestimmungen des Reiches für das Land Oesterreich enthalten. Ein Schlußabschnitt enthält bereits die ersten für die sudetendeutschen Gebiete ergangenen Verordnungen. Die Tatsache, daß die 5. Auflage erst vor wenigen Monaten erschienen ist, beweist die Beliebtheit des Kurzkommentars in der Praxis. Auch die neue Auflage wird zahlreiche Freunde finden und der Praxis wertvolle Dienste leisten." Deutsche Justiz

---

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 6

Strafprozeßordnung

mit Gerichtsverfassungsgesetz und den wichtigsten Nebengesetzen
von

Dr. Otto Schwarz
Reichsgerichtsrat

6., durchgearbeitete und erweiterte Auflage

Erste Großdeutsche Ausgabe. 1938. XVI, 864 Seiten
Taschenformat. Dünndruckpapier. Leinenband RM 11.–

„Bereits 6 Monate nach der 5. Auflage erscheint die 6. Auflage des seit 10 Jahren bewährten Kurzkommentars. Die Schaffung Großdeutschlands fand ihren Niederschlag in der Aufnahme der einschlägigen reichsrechtlichen Bestimmungen über Oesterreich und Sudetenland. . . . Durch Vorbemerkungen und Uebersichten zeigt der Kommentar dem Praktiker auch wissenschaftliche Zusammenhänge und erleichtert damit die Lösung neuer Fragen im Sinne der nationalsozialistischen Rechtsauffassung. Er ist ein vorzügliches Mittel, richtig zu prozessieren und dem wahren Rechte zum Siege zu verhelfen." Deutsche Justiz

„Der Beifall, der dem Schwarzschen Kurzkommentar zur Strafprozeßordnung von zahlreichen Seiten schon zuteil wurde, gilt uneingeschränkt auch für die neue Auflage. Sie verbindet wissenschaftliche Zuverlässigkeit mit der für den Praktiker erforderlichen Beschränkung des Stoffes und ist daher im Studium wie in der Rechtsanwendung ein gleich unentbehrlicher Ratgeber."
Deutsche Justiz über die 5. Auflage

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 5

Straßenverkehrsrecht

Straßenverkehrs-Ordnung und Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung vom 13. November 1937, Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. Mai 1909 und Verordnung gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932 nebst ergänzenden Vorschriften von

Johannes Floegel

Reichsanwalt

6., durchgesehene und ergänzte Auflage

Erste Großdeutsche Ausgabe. 1939. XX, 606 Seiten und 16 Tafeln mit sämtlichen Mustern und den Verkehrszeichen in farbiger Wiedergabe. Taschenformat. Dünndruckpapier. Leinenband RM 9.–

Kaum ein Jahr nach Erscheinen der 5., völlig neubearbeiteten Auflage ist wieder eine Neuauflage dieses bewährten Kurzkommentars, der sich durch eingehende Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung besonders auszeichnet, erforderlich geworden. Die Neuauflage hat erhöhte Bedeutung durch die Einführung des deutschen Straßenverkehrsrechts im Lande Oesterreich und in den sudetendeutschen Gebieten und bezeichnet sich daher als Erste Großdeutsche Ausgabe

„Der Kommentar zeichnet sich vor allem durch die übersichtliche Wiedergabe des Standes der Rechtsprechung aus, zu der bei Streitigkeit der Rechtsfrage regelmäßig kurz eigene Stellung genommen ist. Zusammenfassend kann gesagt werden, daß das Erläuterungsbuch für seinen Umfang eine ganz besondere Reichhaltigkeit und Uebersichtlichkeit des Inhaltes bringt; es erfüllt alle Anforderungen, die man an einen kurzen Kommentar stellen kann, in vorbildlicher Weise. Auch für das neue Recht wird also der Rechtswahrer dieses wertvolle Hilfsmittel nicht missen wollen."

Juristische Wochenschrift

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Band 19

Umsatzsteuergesetz

mit Durchführungsbestimmungen für Umsatz- und Ausgleichsteuer, Erlassen und Buchführungsvorschriften von

Dr. F. W. Koch und Dr. Edgar Wirckau
Senatspräsident am Reichsfinanzhof — Oberregierungsrat am Oberfinanzpräsidium München

1935. Mit Nachtrag Januar 1937. VIII, 348 u. 56 Seiten Taschenformat. Leinenband RM 8.–. Nachtrag einzeln RM 1.–

Ergänzungsheft „Vorschriften über die Einführung der Umsatzsteuer im Lande Österreich". 30 S. Taschenformat RM –.30

„In dem handlichen kleinen Band sind sämtliche Bestimmungen enthalten, die im täglichen Leben, wenn Fragen aus dem Umsatzsteuerrecht gelöst werden müssen, anzuwenden sind. Die einzelnen Paragraphen sind mit großer Sorgfalt erläutert. Die Anschaffung des Werkes kann jedem, der sich mit Umsatzsteuerfragen zu befassen hat, empfohlen werden." Juristische Wochenschrift

Band 15

Vermögensteuergesetz

mit Durchführungsbestimmungen und amtl. Begründung von

Willy Weckerle
Direktor am Oberfinanzpräsidium Stettin

1935. VII, 135 Seiten Taschenformat. Leinenband RM 4.–

„Es ist erstaunlich, wieviel in dem schmalen Bändchen von 135 Seiten geboten wird.... Die Erläuterungen fallen durch eine besonders übersichtliche Druckanordnung auf. Ihre kurze, präzise Fassung ermöglichte es dem Verfasser, den Stoff mit allen Zweifelsfragen auf engem Raum darzustellen. Zahlreiche Beispiele erhöhen das Verständnis." Reichsverwaltungsblatt

---

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Beck'sche Kurz-Kommentare

Band 16

Einkommensteuergesetz

vom 6. Februar 1938

unter Berücksichtigung aller einschlägigen Vorschriften, Veranlagungsrichtlinien und Verwaltungserlasse von

Ernst Kaemmel und Dr. Eduard Bacciocco

Oberregierungsrat im Reichsfinanzministerium

Regierungsrat am Oberfinanzpräsidium Berlin

unter Mitwirkung von

Regierungsrat W. Schmiedcke

Finanzamt Berlin-Zehlendorf

2., vermehrte und verbesserte Auflage

1938. XII, 934 Seiten Taschenformat. Leinenband RM 15.–

„Die zweite Auflage des im handlichen Taschenformat gehaltenen Kurzkommentars weist (gegenüber der 1. Auflage) eine große Anzahl wesentlicher Verbesserungen auf. Vor allem gilt dies für die ausführlichere Darstellung des Gewinnbegriffs und der Lohnsteuerbestimmungen. Ebenso ist der Anhang erweitert worden, der alle für das Einkommensteuerrecht wichtigen Durchführungsverordnungen, Veranlagungs- und Lohnsteuer-Richtlinien und Runderlasse enthält. Das Stichwortverzeichnis (34 Seiten) ist sehr ausführlich gehalten. Die in den Erläuterungen zum besseren Verständnis verwendeten Beispiele sind erheblich vermehrt worden. Besonders begrüßt wird die weitgehende Zitierung des Schrifttums der Fachzeitschriften und der Fundstellen der Rechtsprechung des RFH. In der Zusammenarbeit der Verfasser ist ein Werk geschaffen worden, das nicht nur die Beachtung aller Fachkreise beanspruchen darf, sondern vor allem dem Steuerpraktiker wärmstens empfohlen werden kann. Dies gilt nicht zuletzt auch für die Berufskameraden in der Ostmark, die sich jetzt in die reichsrechtlichen Steuergesetze einarbeiten müssen."

Steuer-Warte

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Band 19

Reichsbewertungsgesetz und Bodenschätzungsgesetz

nebst Durchführungsbestimmungen unter Berücksichtigung der amtl. Begründung, der Verwaltungsanweisungen des Reichsministers d. Finanzen u. der Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs

von Dr. Ludwig Haider
Regierungsrat am Oberfinanzpräsidium München

1936. XX, 454 Seiten Taschenformat. Leinenband RM 8.50

„Das Buch zeichnet sich durch eine knappe, kurze und klare Erläuterungsweise aus. Die zahlreichen im Jahre 1935 erlassenen Vorschriften des Reichsfinanzministers zur Durchführung der Bewertung der verschiedenen Vermögensarten – land- und forstwirtschaftliches sowie Grundvermögen, insbesondere auch der Fabrik-, Hotel- und Warenhausgrundstücke —, ferner zur Abgrenzung der Betriebsvorrichtungen, zur Bewertung von Wirtschaftsgütern des Betriebsvermögens, von Wertpapieren u. dgl. m., sind bei der Erläuterung des Reichsbewertungsgesetzes berücksichtigt. Ebenso ist die reiche Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs, soweit sie für das neue Gesetz ihre Bedeutung behalten hat, unter Heraushebung der leitenden Gesichtspunkte wiedergegeben. Wertvoll sind die ausführlichen Quellenangaben, so daß ein tieferes Eindringen auch in einzelne Spezialfragen sehr erleichtert wird. . . . Zahlreiche Steuerpflichtige werden in diesem Kurzkommentar einen leichtverständlichen, übersichtlichen und zuverlässigen Ratgeber bei der Nachprüfung der Einheitswertbescheide, der Vermögensteuerbescheide usw. finden."

Ministerialrat Dr. Rothkegel im „Reichsverwaltungsblatt"

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Band 21

Urkundensteuergesetz

vom 5. Mai 1936

nebst Durchführungsbestimmungen unter Berücksichtigung der amtlichen Begründung von

Dr. Richard Ringelmann
Ministerialrat im Bayer. Ministerium der Finanzen

und

Dr. Fritz Freudling
Reg.-Rat 1. Kl. im Bayer. Ministerium der Finanzen

1936. XII, 444 Seiten Taschenformat. Dünndruckpapier
Leinenband RM 8.50

„Das Buch bringt zunächst in einer umfangreichen Einleitung eine eingehende Darstellung der Rechtsentwicklung auf dem Gebiete der Urkundenbesteuerung. Daran schließen sich ausführliche Erläuterungen. Dabei haben die Verfasser neben der amtlichen Begründung zu dem Gesetz auch die wichtigsten Ergebnisse der Rechtsprechung zu dem früheren Landesrecht, soweit diese noch für das neue Gesetz von Bedeutung sind, eingehend berücksichtigt. Sie haben sich nicht darauf beschränkt, die Grundzüge des Gesetzes darzulegen, sondern behandeln auch zahlreiche Einzelfragen und nehmen zu verschiedenen bei der praktischen Anwendung des Gesetzes auftauchenden Zweifelsfragen Stellung. ... Wir sind überzeugt, daß sich das Buch der Praxis als ein gern benutzter Führer durch das schwierige neue Rechtsgebiet erweisen wird."

Justizverwaltungsblatt

C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München und Berlin

Zeitschrift der
Akademie für Deutsches Recht

Herausgeber

Reichsminister Dr. Hans Frank
Präsident der Akademie für Deutsches Recht

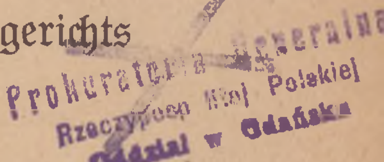
VI. Jahrgang. Erscheint zweimal monatl., am 1. u. 15. jed. Monats

Bezugspreis vierteljährlich RM 5.–,
für Studenten, Referendare, unbesoldete Assessoren und Hörer der Verwaltungsakademien vierteljährlich RM 4.–

Das Bürgerliche Gesetzbuch

mit besonderer Berücksichtigung

der Rechtsprechung des Reichsgerichts



erläutert von

Busch, Schaffeld, Dr. Ebbecke, Erler, Kiehl, Dr. Lobe,
Dr. Mansfeld, Michaelis, Oegg, Schliewen und Seyffarth
Reichsgerichtsräten

Dritte, vermehrte Auflage

I. Band:
Allgemeiner Teil Recht der Schuldverhältnisse

VWV

Berlin und Leipzig 1921.
Vereinigung wissenschaftlicher Verleger
Walter de Gruyter & Co.
vormals G. J. Göschen'sche Verlagshandlung — J. Guttentag, Verlagsbuchhandlung —
Georg Reimer — Karl J. Trübner — Veit & Comp.

Roßberg'sche Buchdruckerei, Leipzig

Vorwort zur ersten Auflage

Die vorliegende Bearbeitung des Bürgerlichen Gesetzbuchs ist vornehmlich den Bedürfnissen der Praxis gewidmet. Sie will in gedrängter Darstellung Sinn und Zusammenhang der einzelnen Vorschriften aufdecken, auf die bereits gesicherten Ergebnisse der Rechtsprechung, namentlich der höchstrichterlichen, aufmerksam machen, aber auch selbständig zur Lösung der vielfachen noch bestehenden Streitfragen und Zweifel beitragen. Hierbei mußten die gesetzgeberischen Vorarbeiten und die ältere Rechtsentwicklung zurücktreten. Besonderes Gewicht wurde auf möglichst erschöpfende Berücksichtigung der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofs mit Einschluß nicht veröffentlichter Entscheidungen gelegt. Nur ausnahmsweise sind Entscheidungen der Oberlandesgerichte von grundlegender Bedeutung aus den gangbarsten Sammlungen herangezogen worden. Literaturangaben wurden nur dann für erforderlich erachtet, wenn sich die Meinung der Herausgeber mit gewichtigen Stimmen der Wissenschaft in Widerspruch setzte. Doch beruht das Werk auf umfassender Prüfung der zur Auslegung des Gesetzes dienlichen Hilfsmittel. Die Größe der Aufgabe brachte die Notwendigkeit mit sich, die Arbeit zu teilen. Von den Herausgebern bleibt jeder nur für den von ihm bearbeiteten Teil des Ganzen verantwortlich. Alle waren aber bemüht, nach einheitlichen Gesichtspunkten zu verfahren und Meinungsverschiedenheiten auszugleichen . . .

Das Einführungsgesetz ist im Anhang abgedruckt mit kurzen Verweisungen auf die Stellen, wo im Hauptwerk selbst darauf näher eingegangen ist. Die Anführungsweise entspricht den Vorschlägen des deutschen Juristentags.

Leipzig, Pfingsten 1910.

Vorwort zur zweiten Auflage

Bei der neuen Bearbeitung wurde an den früher befolgten Grundsätzen festgehalten. Danach konnten Literaturangaben auch jetzt nur ausnahmsweise aufgenommen werden. Das Werk ist auf den neuesten Stand der Rechtsprechung gebracht, die Erläuterungen sind auch sonst beträchtlich vermehrt worden.

Nach Ausscheiden des RGRt a. D. Brückner, der für die erste Auflage die §§ 459—493, 535—606, 611—661, 688—704, 793—808 erläutert hatte, haben bearbeitet:

RGRt Dr. Ebbecke: §§ 1—89, 1030—1089, 1589—1921; Busch: §§ 90—103, 873—928, 1012—1029, 1090—1203; Kiehl: §§ 104—458, 854—872; Schmitt: §§ 459—515, 929—984, 1204—1296; Hoffmann: §§ 516—534, 812—822, 985 bis 1007, 1922—2385; Burlage: §§ 535—606, 611—661, 705—764, 1008 bis 1011; Schaffeld: §§ 607—610, 662—704, 765—811, 823—853; Erler: §§ 1297—1588.

Leipzig, Mitte Juni 1913.

Vorwort zur dritten Auflage

Infolge des Kriegszustandes und der Umwälzung der wirtschaftlichen Verhältnisse kann die dritte Auflage des Werkes erst nach mehr als sieben Jahren der Öffentlichkeit vorgelegt werden. Während dieses Zeitraums haben Rechtsprechung und Schrifttum einen so reichhaltigen Stoff für die Bearbeitung geboten, daß wesentliche Erweiterungen, zum Teil auch Umgestaltungen der Erläuterungen stattgefunden haben. Auch ist die Verordnung über das neue Erbbaurecht in das Werk eingefügt und erläutert worden. Der Gleichmäßigkeit halber ist bis auf einzelne Nachträge die Bearbeitung mit dem 1. Januar 1920 abgeschlossen. Dabei ist in der Art und Weise des Erläuterns den früheren bewährten Bahnen gefolgt.

Von den Herausgebern der zweiten Auflage sind uns zu unserem tiefen Bedauern zwei durch den Tod entrissen: der um das Zustandekommen des Werkes ganz besonders verdiente Reichsgerichtsrat G. Hoffmann und der wegen seiner vielseitigen Arbeitskraft hochgeschätzte Reichsgerichtsrat Schmitt. Ferner hat sich zu unserem Bedauern Herr Reichsgerichtsrat Burlage durch seine parlamentarische Tätigkeit genötigt gesehen, von seiner weiteren Mitarbeiterschaft Abstand zu nehmen. An die Stelle der Ausgeschiedenen sind die Herren Reichsgerichtsräte Dr. Lobe, Dr. Mansfeld, Michaelis, Oegg, Schliewen und Seyffarth getreten. Es haben nunmehr bearbeitet:

Band 1 (Allgemeiner Teil; Recht der Schuldverhältnisse): **§§ 1—89:** RGRt Dr. **Ebbecke; §§ 90—103:** RGRt **Busch; §§ 104—432:** RGRt **Kiehl; §§ 433 bis 458:** RGRt Dr. **Lobe** (früher RGRt Kiehl); **§§ 459—515:** RGRt Dr. **Lobe** (früher RGRt Schmitt); **§§ 516—534:** RGRt Dr. **Mansfeld** (früher RGRt Hoffmann); **§§ 535—606:** RGRt **Oegg** (früher RGRt Burlage); **§§ 607—610:** RGRt **Schaffeld; §§ 611—661:** RGRt **Oegg** (früher RGRt Burlage); **§§ 662 bis 704:** RGRt **Schaffeld; §§ 705—740:** RGRt Dr. **Ebbecke** (früher RGRt Burlage); **§§ 741—764:** RGRt **Oegg** (früher RGRt Burlage); **§§ 765—811:** RGRt **Schaffeld; §§ 812—822:** RGRt Dr. **Mansfeld** (früher RGRt Hoffmann); **§§ 823—853:** RGRt **Schaffeld.**

Band 2 (Sachenrecht): **§§ 854—872:** RGRt **Kiehl; §§ 873—928:** RGRt **Busch; §§ 929—984:** RGRt **Schliewen** (früher RGRt Schmitt); **§§ 985—1007:** RGRt Dr. **Mansfeld** (früher RGRt Hoffmann); **§§ 1008—1011:** RGRt Dr. **Lobe** (früher RGRt Burlage); **Erbbaurecht, §§ 1018—1029:** RGRt **Busch; §§ 1030—1089:** RGRt Dr. **Ebbecke; §§ 1090—1203:** RGRt **Busch; §§ 1204 bis 1296:** RGRt **Schliewen** (früher RGRt Schmitt).

Band 3 (Familienrecht; Erbrecht): **§§ 1297—1588:** RGRt a. D. Julius **Erler; §§ 1589—1921:** RGRt Dr. **Ebbecke; §§ 1922—2063:** RGRt **Michaelis** (früher RGRt Hoffmann); **§§ 2064—2385:** RGRt **Seyffarth** (früher RGRt Hoffmann).

Das Sachverzeichnis ist von Herrn Assessor Rudolf Erler neu bearbeitet worden.

Leipzig, Ende Oktober 1920.

Die Herausgeber.

Inhaltsverzeichnis

Erstes Buch. Allgemeiner Teil

Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse

Abkürzungen

(Nach den Vorschlägen des Deutschen Juristentags. Zweite Ausgabe. Berlin 1910)

AG . . . . Ausführungsgesetz.
ALR . . . Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten v. 5. 2. 1794.
AnfG . . . Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, in der Fassung v. 20. 5. 98.
BayObLG . Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Gegenständen des Zivilrechts.
DJZ . . . Deutsche Juristenzeitung.
EG . . . . Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
E I . . . Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch in der Bearbeitung der I. Kommission.
E II . . . Derselbe Entwurf in der Bearbeitung der II. Kommission.
FGG . . . Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung v. 20. 5. 98.
GBO . . . Grundbuchordnung in der Fassung v. 20 5. 98.
GenG . . . Gesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung v. 20. 5. 98.
GewGG . Gewerbegerichtsgesetz in der Fassung v. 29. 9. 01.
GewO . . Gewerbeordnung in der Fassung v. 26. 7. 00.
GmbHG . . Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der Fassung v. 20. 5. 98.
Gruch . . . Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot.
GVG . . . Gerichtsverfassungsgesetz in der Fassung v. 20. 5. 98 usw.
HGB . . Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 97.
JMBl . . . Justizministerialblatt.
JW . . . Juristische Wochenschrift.
KfmGG . Gesetz betreffend Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 04.
KGJ . Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
KO . . . Konkursordnung in der Fassung v. 20. 5. 98.
LZ . . . . Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht.
M . . . . Motive zu dem von der ersten Kommission ausgearbeiteten Entwurfe des BGB.
OLG . . . Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.
P oder Prot Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, herausgegeben von Achilles, Gebhard und Spahn.
PStG. . . Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und der Eheschließung v. 6. 2. 75.
RAO . . . Rechtsanwaltsordnung v. 1. 7. 78.
RBG . . . Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, in der Fassung v. 18.5.07.
Recht . . . Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RG . . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofs. — Die nicht in dieser Sammlung, sondern in anderen Zeitschriften veröffentlichten Entscheidungen sind mit dem Zusatze „RG“ aus 1. der Juristischen Wochenschrift, 2. Gruchots Beiträgen, 3. Warneyers Jahrbuch, Ergänzungsband, 4. Seufferts Archiv, 5. Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht, 6. Das Recht in der angegebenen Reihenfolge, mehrfach abgedruckte Entscheidungen aber nur einmal angeführt. Andere Sammlungen sind nur ausnahmsweise berücksichtigt. Die bisher überhaupt noch nicht abgedruckten Entscheidungen sind mit „RG“ nebst Datum und Aktenzeichen angeführt.
RGSt . . Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGBl . . Reichsgesetzblatt.
RJA . . . Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengestellt im Reichsjustizamt.
ROHG . . Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RVerf. . . Verfassung des Deutschen Reichs v. 11. 8. 19.
RVO . . . Reichsversicherungsordnung v. 19. 7. 11.
SeuffA . . Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
StGB. . . Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich in der Fassung v. 26. 2. 76.
StPO. . . Strafprozeßordnung v. 1. 2. 77.
UnlWG . . Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb v. 7. 6. 09.
UWG . . . Gesetz über den Unterstützungswohnsitz in der Fassung v. 30. 5. 08.
VerlG . . Gesetz über das Verlagsrecht v. 19. 6. 01.
VersVG . Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08.
Vf . . . . Verfügung.
VO . . . . Verordnung.
Warn . . . Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, Ergänzungsband 1908 ff.
WO. . . . Wechselordnung in der Fassung v. 3. 6. 08.
ZPO . . . Zivilprozeßordnung in der Fassung v. 20. 5. 98 usw.
ZVG . . . Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung in der Fassung v. 20. 5. 98.

Bürgerliches Gesetzbuch.

Vom 18. August 1896.

(Reichs-Gesetzblatt 1896, S. 195 ff.)

Wir Wilhelm, von Gottes Gnaden Deutscher Kaiser, König von Preußen usw.

verordnen im Namen des Reichs, nach erfolgter Zustimmung des Bundesrats und des Reichstags, was folgt:

Erstes Buch

Allgemeiner Teil

1. Die **Rechtsregel** enthält ihrem Wesen nach entweder eine Gebots- oder Verbotsbestimmung und gibt dementsprechend auf privatrechtlichem Gebiete entweder ein Recht auf Leistung oder ein Recht auf Unterlassung (Untersagungsrecht). Letzteres kann auch die Gestalt eines gegen jedermann wirksamen Ausschließungsrechts annehmen. Die Befreiung von einer Gebots- oder Verbotsbestimmung, woraus sich das Recht ergibt, etwas nicht zu tun zu brauchen oder etwas tun zu dürfen (Recht auf Duldung), stellt sich als Begrenzung der Gebots- oder Verbotsbestimmung dar. Der Form nach ist die Rechtssatzung regelmäßig derart gestaltet, daß an einen gewissen Tatbestand eine gewisse Rechtsfolge angeknüpft ist. Doch gibt es auch Rechtssatzungen, die sich nur befassen mit der Erläuterung eines in mehreren Rechtsregeln vorkommenden Tatbestandes (begriffsentwickelnde Rechtssätze, wie über Begriff des Wohnsitzes, des Besitzes) oder mit der Bestimmung der mehreren Rechtsregeln gemeinsamen Rechtsfolgen (Anspruch auf Wiederherstellung, Schadensersatz) oder einen aus Tatbestand und Rechtsfolge zusammengesetzten Teil aus mehreren Rechtsregeln ausscheiden und für sich behandeln, wie die Bestimmungen über den im allgemeinen Teile des BGB dargestellten Vertrag, der als solcher im Rechtsleben niemals geschlossen wird, sondern nur als schuldrechtlicher Vertrag, dinglicher Vertrag usw. vorkommt. Oft wird im Gesetz ausgesprochen, daß die gleiche Rechtsfolge eintreten soll, als wenn ein anderer Tatbestand vorläge (Unterstellung, daß die Handlungen des Vertreters Handlungen des Vertretenen seien, Unterstellung der Rückziehung); dies ist jedoch nur ein Mittel zur vereinfachten Darstellung des Rechtes, für die Erkenntnis des inneren Rechtsgehalts aber ohne Wert.

2. Die Geltung des Rechtes beruht entweder auf der Anerkennung durch freie bewußte Tätigkeit des Staates (im Wege der Gesetzgebung, des Staatsvertrags oder der Verordnung — **Gesetzesrecht,** wozu auch die vom Träger der Staatsgewalt erteilten Privilegien gehören, **RG** JW 1911, 989[27] und hinsichtlich der Regalrechte 94, 36) oder auf der durch gefestigte Übung sich kundgebenden Anerkennung der Volksgenossen (**Gewohnheitsrecht**). Über das Zustandekommen und das Inkrafttreten eines Gesetzes sind, da dies dem öffentlichen Recht angehört, in das BGB keine Bestimmungen aufgenommen (s. wegen des Inkrafttretens der Reichsgesetze Art 71 RV v. 11. 8. 19, der Gesetze in den früheren Konsulargerichtsbezirken und Schutzgebietsbezirken § 30 KonsGG v. 7. 4. 00 und § 3 des SchutzgebG in der Fassung v. 10. 9. 00. Ein vom Reichstag beschlossenes Gesetz ist auf Entschließung des Reichspräsidenten, auf Einspruch des Reichsrats, falls trotz dieses Einspruchs der Reichstag und Reichspräsident bei dem Gesetze beharrt, unter Umständen auf Volksbegehren zum Volksentscheid zu bringen (Artt 73—75 RV). Die Ausfertigung des Reichsgesetzes muß nach Artt 70, 50 die Unterschrift des Reichspräsidenten und des Reichskanzlers oder zuständigen Reichsministers tragen, der damit die Verantwortlichkeit übernimmt, daß

das Gesetz verfassungsmäßig zustande gekommen ist, ohne daß jedoch hierdurch das richterliche Prüfungsrecht, wozu ein besonderer Anlaß gegeben sein kann, ausgeschlossen ist (vgl. für früheres Recht RG 48, 88; 77, 231; JW 1916, 597[18], Arndt das. S. 809 und 1918, 681). Die Reichsverordnungen (Artt 77, 91) brauchen im Reichsgesetzblatt nicht verkündet zu werden (vgl. für das frühere Recht RG 48, 88). Auch über das Gewohnheitsrecht ist im BGB nichts gesagt. Damit ist dieser Rechtsquelle freier Raum gelassen, mit der aus der RV (vgl. Art 13) sich ergebenden Beschränkung, daß Reichsrecht nicht durch partikulares Gewohnheitsrecht gebrochen werden, auch nicht ergänzt werden kann, soweit nicht das Reichsrecht, wie in § 919 BGB und § 40 des Ges. v. 7. 4. 00 (Handelsgewohnheitsrecht in den Konsulargerichts- und Schutzgebietsbezirken), hierauf verweist. Die Entstehung des Gewohnheitsrechts wird nicht dadurch gehindert, daß es in einem Mißverständnis des bestehenden Rechtes seinen Ursprung hat (anders für preußisches Recht, sofern nicht später die ursprüngliche Veranlassung in dem Bewußtsein der Beteiligten geschwunden ist, RG Warn 1912 Nr 23, Gruch 49, 1154), auch nicht dadurch, daß es einen nicht billigenswerten Inhalt hat. Nicht notwendig ist ferner, daß die Übung von den Beteiligten vorgenommen ist in der Überzeugung, damit in Befolgung eines bestimmten, vom Gesetz aufgestellten Rechtssatzes zu handeln (RG 76, 113; JW 1910, 944[25]). Nahe verwandt dem Gewohnheitsrecht sind die innerhalb bestimmter Verkehrskreise sich bildenden Geschäftsbräuche, denen die zu diesen Kreisen gehörigen Personen auch ohne besondere Kenntnis des Brauches auf Grund der Auslegung ihres Willens (§ 157 BGB; § 346 HGB; vgl. Denkschrift z. Entw. des HGB S. 4; RG 53, 147; Gruch 52, 1101; JW 1914, 140[2] — vgl. über stillschweigende Unterwerfung unter den Handelsbrauch JW 1914, 674[1]) unterworfen sind. — Über die Geltung des Gewohnheitsrechts auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebieten (Artt 55ff. EG) entscheidet das Landesrecht, über Observanz nach preußischem Recht s. RG 52, 426; JW 1910, 662[30]; 1912, 484[31].

3. Behufs Anwendung des Gesetzes hat es der Richter **auszulegen.** Er hat den nach den Regeln der Sprach- und Denklehre sich ergebenden sprachlichen Sinn und den einzelnen Vorschriften zugrunde liegenden Rechtsgedanken klarzulegen, wobei die rechtsgeschichtliche Entwicklung, der Zusammenhang der Rechtssätze in dem sie zu einer Einheit verbindenden Rechtssystem und vor allem die mit der Regelung im Widerstreit der Lebensinteressen verfolgten praktischen Zwecke zu berücksichtigen sind. Von Bedeutung für die Auslegung ist auch die Rücksicht auf leichte Erkennbarkeit und Durchführbarkeit des Rechtes (Praktikabilität des Rechtes). Den hiernach sich ergebenden Inhalt des Gesetzes hat die Auslegung in vollem Umfange, auch über den Wortlaut der Bestimmung hinaus, zur Anerkennung zu bringen, und zwar auch bei einer aus Billigkeits- oder Nützlichkeitsgründen gegebenen Ausnahmevorschrift, bei der im allgemeinen eine ausdehnende Auslegung nicht am Platze ist (RG 44, 107; JW 1916, 592[15]; vgl. auch JW 1910, 934[2]). Stellt sich eine Gesetzesbestimmung oder eine Mehrheit solcher Bestimmungen als Ausfluß eines allgemeinen Grundsatzes dar, so überschreitet die Auslegung nicht die ihr gezogenen Grenzen, wenn sie diesen Grundsatz in seiner vollen Tragweite zur Geltung bringt. Man unterscheidet hierbei Gesetzesanalogie, durch welche eine Gesetzesvorschrift auf ein rechtsähnliches Verhältnis angewandt wird, und Rechtsanalogie, die aus verschiedenen Einzelvorschriften einen ihnen zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken entnimmt — vgl. RG 52, 377; 54, 58 über die Pflicht zu billiger Rücksichtnahme auf den andern im Interesse der Verhütung von Schaden; RG 56, 286; 60, 7; 77, 222; 78, 210; 95, 339 über die Zulässigkeit der allgemeinen Unterlassungsklage. Wertvoll für die Auslegung des Gesetzes sind die gesetzgeberischen Vorarbeiten. Doch bleibt zu prüfen, ob die in ihnen enthaltenen Erwägungen in das Gesetz übernommen sind. Als Hilfsmittel für Auslegung des Gesetzes kommt auch die Verkehrssitte in Betracht, auf welche in verschiedenen Vorschriften (wie §§ 97 Abs 1 Satz 2, 119 Abs 2, 151, 242, 2555 Abs 1) zur näheren Bestimmung des Gesetzesinhalts verwiesen ist. Durch eine solche Bezugnahme erlangt aber die Verkehrssitte nicht etwa die Bedeutung eines Gesetzesrechts, ebensowenig wie die Bezugnahme auf das richterliche Ermessen oder die gute Sitte eine solche Wirkung haben kann. Soweit eine gesetzliche Regelung fehlt, hat der Richter in Ergänzung des Gesetzes die entscheidende Norm selbst aufzustellen.

4. Im Verhältnis zum Parteiwillen sind die Gesetzesbestimmungen entweder **zwingende,** die durch Vereinbarung der Parteien nicht abgeändert werden können, oder **ergänzende,** die den Parteien die Freiheit lassen, eine andere Bestimmung zu treffen. Von den letzteren unterscheiden sich die **Auslegungsregeln** dadurch, daß hier der Richter angewiesen ist, zunächst zu untersuchen, ob nicht im einzelnen Falle ein anderer Parteiwille anzunehmen ist (RG JW 09, 661[12]). Die ergänzenden Vorschriften haben dagegen ohne weiteres Geltung, falls nicht eine gegenteilige Vereinbarung getroffen ist.

5. Dem **bürgerlichen Recht** (Privatrecht) gehören die Rechte an, die dem einzelnen um seiner selbst willen, und zwar derart gewährt sind, daß die Geltendmachung — soweit sie nicht dem gesetzlichen Vertreter obliegt — dem Belieben des Berechtigten überlassen

ist. Die Verzichtbarkeit ist nicht eine allgemeine Eigenschaft des bürgerlichen Rechtes (vgl. § 1614, Vorbem 1 vor § 1616 usw.). Die Berechtigung in der Betätigung gegen den Verletzer des Rechtes erscheint als Anspruch. Das Gegenstück zu dem Anspruche bildet die Einrede. Von dem Belieben des Einredeberechtigten hängt es ab, ob er von diesem Schutzmittel Gebrauch machen und das Erlöschen des mit der Einrede behafteten Rechtes — das regelmäßig mit Rechtskraft des Urteils eintritt, anders beim Anfechtungsrecht nach § 142 Abs 1 und bei Geltendmachung einer Einrede gegenüber der Vormerkung, der Hypothek oder einem Pfandrecht gemäß §§ 886, 1169, 1254 — herbeiführen will. In einzelnen Beziehungen (§§ 390, 813 Abs 1) steht der durch Einrede entkräftbare Anspruch dem nicht bestehenden Anspruch gleich. Die **Berechtigung** kann der einzelne in der Weise erlangen, daß sie ihm bei Vorhandensein eines gewissen Tatbestandes ohne weiteres zufällt, oder in der Art, daß ihm die rechtliche Möglichkeit gegeben ist, durch freie Willensbetätigung das Recht zur Entstehung zu bringen (Recht der Annahme, der Aneignung, Rücktritts-, Anfechtungs-, Scheidungsrecht, Aufrechnungsrecht, Verbotsrecht nach § 1577 Abs 3, sog. Gestaltungsrechte). Unter Umständen tritt, wenn durch Verwirklichung eines Teiles des Tatbestandes die Grundlage einer Berechtigung bereits geschaffen ist (schwebendes Rechtsverhältnis), mit Erfüllung des vollen Tatbestandes eine Rückwirkung ein (§§ 84, 108 Abs 1, 142, 161, 177, 184, 389, 1396, 1448, 1953, 1976, 2344). Den bürgerlichen Rechten eigentümlich ist es, daß sie im ordentlichen Rechtswege verfolgbar sind (§ 13 GVG). Dies gilt jedoch auch für die Eigenrechte, die in Rechtsverhältnissen des öffentlichen Rechtes ihren Grund haben (Gehaltsanspruch des Beamten, Entschädigungsanspruch wegen Enteignung, Schadensersatzpflicht wegen Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten, insbesondere Amtspflichtverletzungen, **RG** 91 S. 178 u. 307; 54, 59; 70, 398; 87, 114; vgl. auch 92, 310, Ausgleichungsansprüche hinsichtlich öffentlich rechtlicher Verpflichtungen, soweit nicht ausnahmsweise diese Streitigkeiten den Verwaltungsgerichten oder Verwaltungsbehörden zugewiesen sind, **RG** 91 S. 248 u. 291; Gruch 61, 654; JW 07, 145[26]; 1912, 81[27]). Zur Beilegung einer öffentlich rechtlichen Streitigkeit kann ein privatrechtlicher Vergleich geschlossen werden (**RG** 77, 300; 79, 200). Auch sonst können Verträge, die auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse sich beziehen, einen bürgerlich-rechtlichen Inhalt haben (**RG** 67, 291; JW 1916, 600[21]).

6. Wer auf ein Recht (Anspruch oder Einrede) sich beruft, hat die **Beweislast** (und Behauptungslast) dafür, daß der das Recht begründende Tatbestand, die Vorbedingungen dieses Rechtes, die bejahender oder verneinender Art sein können, gegeben sind. Nicht aber braucht er das Nichterlöschen des Rechtes oder das Nichtvorhandensein solcher Umstände zu beweisen, welche die sonst regelmäßig eintretende Entstehung des Rechtes hindern oder in seinem Umfange beschränken. Ob ein solcher Umstand vorliegt, der sich als Ausnahme von der Regel darstellt, ist meist aus der Fassung der Gesetzesvorschrift zu ersehen. Das BGB pflegt zur Kennzeichnung, daß es sich im Sinne der Beweislast um eine Ausnahmevorschrift handelt, einen einschränkenden oder verneinenden Zusatz, insbesondere die Wendung „es sei denn, daß", „wenn nicht", „die Vorschrift findet keine Anwendung" (vgl. §§ 4 Abs 2, 181, 273 Abs 2, 287, 407, 793 Abs 1, 932, 957, 1007 Abs 2 Satz 1, 1973 Abs 1 — 139, 460 Satz 2, 477 Abs 1, 955 Abs 1 Satz 2, 1699 Abs 1 — 9 Abs 2, 10 Abs 1 Satz 2, 173, 285, 312 Abs 2, 410 Abs 2, 687 Abs 1, 793 Abs 1, 831 u. 832 Abs 1 Satz 2, 833 Satz 2, 834 Satz 2, 836 Abs 1 Satz 2, 861 Abs 2, 911 Abs 2, 935, 937 Abs 2, 1007 Abs 2, 1298 Abs 3, 1345 Abs 2, 1537, 1591 Abs 1 Satz 2) zu verwenden. Die Beweislast ist damit demjenigen zugewiesen, welcher das Vorhandensein einer solchen Ausnahme behauptet. Wichtig für die Beweispflicht ist, daß der tatsächlich bestehende Zustand der Regel nach als rechtlich bestehend gilt (Vermutung für die Gültigkeit des in gehöriger Form eingegangenen Rechtsgeschäfts, der in gehöriger Form geschlossenen Ehe, für die Rechtmäßigkeit des Besitzes einer beweglichen Sache nach § 1006, für die Rechtsgültigkeit eines Grundbucheintrags nach § 891, für die Ehelichkeit des in der Ehe oder bald nachher geborenen Kindes nach §§ 1591, 1593). Wesentlich auf anderem Gebiete liegt die Vermutung für die Richtigkeit einer Bescheinigung der Behörde (§ 418 ZPO), insbesondere für die Richtigkeit des von dem Nachlaßgericht ausgestellten Erbscheins (§ 2365), der eine im Erbrechtsstreit den Prozeßrichter nicht bindende, vorläufige Bescheinigung des Erbrechts enthält (vgl. **RG** Warn 1913 Nr 300, Kuttner in JheringsJ 61, 114, Heinsheimer in LZ 1915, 1275ff.). Keine Vermutung besteht dafür, daß die rechtsgeschäftliche Verpflichtung unbedingt eingegangen ist (vgl. § 158 A 7, vgl. auch § 163 A 2). Ist eine Partei durch Rechtsgeschäft eine Verpflichtung eingegangen oder ist ihr durch Gesetz eine besondere, über das allgemeine Maß hinausgehende Verpflichtung (wie z. B. in den Fällen der §§ 833, 836) auferlegt, so hat sie sich über die Erfüllung dieser Verpflichtung, und somit auch darüber, daß sie an der Nichterfüllung kein Verschulden trifft, auszuweisen.

7. Das **zwischenstaatliche bürgerliche Recht** ist in den Artt 7—31 EG sehr verschiedenartig behandelt. Zum Teil ist nur bestimmt, welche Rechtsverhältnisse nach deutschen

Gesetzen zu beurteilen sind, nicht aber eine Anweisung darüber gegeben, welches Recht sonst anzuwenden ist — einseitige Herrschaftsregeln (Kollisionsnormen) der Artt 8, 9, 14, 18, 19, 20, 22 EG. Zum Teil sind auch darüber, welches ausländische Recht anwendbar ist, Regeln aufgestellt, aber nur für gewisse Beziehungen (Wohnsitz des Ausländers im Inlande, Schließung der Ehe im Inlande usw.) — unvollständig zweiseitige Herrschaftsregeln der Artt 13, 15, 24, 25. Teilweise endlich wird durch dieselbe Rechtsregel sowohl der Geltungsbereich des deutschen Rechtes als das im einzelnen Falle anwendbare ausländische Recht bestimmt — vollkommene Herrschaftsregeln, zu denen auch Art 28 gerechnet werden darf. Die Frage, wie die hiernach bestehenden Lücken auszufüllen sind, ist mit der herrschenden Meinung dahin zu beantworten, daß die einseitigen und unvollständig zweiseitigen Herrschaftsregeln, die dem Grundsatz der internationalen Rechtsgemeinschaft entsprechen, eine Erweiterung durch entsprechende Anwendung zulassen (vgl. **RG** 62, 402; 91 S. 139 u. 406), nicht dagegen die auf den Schutz des Deutschen berechneten besonderen Bestimmungen der Artt 9 Abs 3, 12, 13 Abs 3, 16 Abs 2, 17 Abs 4, 19 Satz 2, 21 letzter Satz, 22 Abs 2. In erster Linie ist jedoch, wenn die Herrschaftsregeln derjenigen Staaten, die nach den möglichen Anknüpfungsbeziehungen (Staatsangehörigkeit, Wohnsitz usw.) allein in Betracht kommen können, hinsichtlich des anzuwendenden Rechtes übereinstimmen, dieses Recht zur Anwendung zu bringen (vgl. Niedner, Vorbem vor Art 7 EG unter IV; Neumann in Gruch 46, 67ff.; Enneccerus § 60 I 2; a. A. Niemeyer, Das internationale Privatrecht S. 34ff.). Auf dem Gebiete der ergänzenden Gesetzesvorschriften haben die Parteien es in der Hand, das anzuwendende Recht ausdrücklich oder stillschweigend zu vereinbaren, wobei als stillschweigend vereinbart das angenommen werden darf, was die Parteien bei vernünftigem Ermessen und billiger Berücksichtigung aller Umstände über das anzuwendende Recht bestimmt haben würden (**RG** 44, 301; 58, 367; 68, 203; 73, 387; 74, 173; JW 1911, 148[2] u. 361[8]; 1913, 552[20]; Gruch 54, 397 u. 1055; Warn 1914 Nr 303). Im Zweifel ist das Recht des für die streitige Verpflichtung bestehenden Erfüllungsorts als vereinbart anzusehen (**RG** Gruch 54, 1054; **RG** 78, 55; 95, 164). Abgesehen von diesen Ausnahmen sind lediglich die Herrschaftsregeln des deutschen Rechtes dafür entscheidend, welches ausländische Recht anzuwenden ist. Ist hiernach das Recht eines bestimmten Auslandsstaats maßgebend, so ist dies im Zweifel dahin zu verstehen, daß nicht bloß die sachentscheidenden (materiell-rechtlichen) Vorschriften des Auslandsrechts, sondern auch seine den Herrschaftsbereich bestimmenden Regeln, die zusammen mit diesen erst den vollständigen Rechtssatz ergeben, anwendbar werden. Es kommt mithin, wenn dieses Recht, z. B. entgegen dem inländischen Recht, nicht die Staatsangehörigkeit, sondern den Wohnsitz für das anzuwendende Recht als maßgebend erklärt und damit auf ein anderes Recht verweist, das letztere Recht zur Anwendung, und zwar nicht bloß, wenn auf das deutsche Recht zurückverwiesen wird (Art 27; vgl. **RG** JW 1911, 208[1]), sondern auch, wenn auf ein anderes Auslandsrecht weiterverwiesen wird (**RG** 62, 404; 78, 234, und hinsichtlich der Zulässigkeit der Rückverweisung auf sachenrechtlichem Gebiete 78, 48). Auch eine fernere Weiterverweisung ist zu beachten. Wird hierbei auf eines der vorerwähnten Rechte zurückverwiesen, so muß es bei dessen Anwendbarkeit verbleiben. Für die Entscheidung der Vorfrage, ob die Staatsangehörigkeit oder der Wohnsitz in einem bestimmten Staate begründet ist, ist das Recht dieses Staates in Betracht zu ziehen. Die Frage der Staatsangehörigkeit kann nicht entschieden werden ohne Prüfung, ob die bisherige Staatsangehörigkeit in dem andern Staate nach dessen Gesetzen verlorengegangen ist. Bei mehrfachem Wohnsitz ist dem mit dem Aufenthalt verbundenen Wohnsitz der Vorzug zu geben. Für den Fall der Staatenlosigkeit läßt Art 29 das Recht der früheren Staatsangehörigkeit, in zweiter Linie das Recht des Wohnsitzes und in letzter Linie dasjenige des Aufenthalts maßgebend sein. Keinesfalls darf der deutsche Richter ausländisches Recht zur Anwendung bringen, das seinem Inhalte nach gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde (Art 30). Es kommt hierfür wesentlich darauf an, welche Tragweite das inländische Gesetz sich beilegt, ob der verbietende inländische Rechtssatz nicht auf Inländer oder im Inlande vorgenommene Rechtshandlungen sich beschränkt. Die Anwendung ausländischen Rechtes ist außer dem Falle, daß nach dem Zweck des Gesetzes die Schädigung inländischer Interessen abgewehrt werden soll, namentlich dann ausgeschlossen, wenn es mit dem sittlichen Empfinden oder den Grundlagen der staatlichen Ordnung derart in Widerspruch steht, daß es auch unter Berücksichtigung der Eigenart des Auslandes keinesfalls Anerkennung verdient (vgl. **RG** 60, 296; Warn 1912 Nr 34). Ebensowenig darf die Weiterverweisung dazu führen, daß Rechtsgrundsätze zur Anwendung kommen, denen zwingende Vorschriften des einheimischen Rechtes entgegenstehen. Zum Schutze der Deutschen gegen unbillige Zurücksetzung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts ist in Art 31 bestimmt, daß der Reichskanzler unter Zustimmung des Bundesrats ein Vergeltungsrecht gegen den betreffenden ausländischen Staat, dessen Angehörige und ihre Rechtsnachfolger anordnen kann. — Die Grundsätze des internationalen Privatrechts finden auch auf das Verhältnis der deutschen Bundesstaaten untereinander entsprechende Anwen-

dung, soweit nicht für die der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Gebiete landesrechtlich andere Vorschriften erlassen sind (KGJ 32 A 23). Gelten nach Landesrecht nach dem Wohnsitz in den verschiedenen Rechtsgebieten verschiedenartige Vorschriften, so muß allerdings auch fernerhin für das anzuwendende Recht der Wohnsitz, nicht die Staatsangehörigkeit, maßgebend bleiben.

8. Der **zeitlichen Herrschaft** des BGB. sind die Rechtsverhältnisse unterworfen, die seit seinem Inkrafttreten entstanden sind, mögen sie auch bereits vor dieser Zeit in der Entstehung begriffen sein; ebenso die erbrechtlichen Verhältnisse, die mit dem nach dieser Zeit eingetretenen Erbfall in Zusammenhang stehen (Artt 170, 213 EG). Doch werden die seit Geltung des BGB eingetretenen Rechtswirkungen des damals bereits bestehenden Eigentums oder Besitzes, der Erbbaurechte, Grunddienstbarkeiten oder Pfandrechte (im Sinne des neuen Rechtes) sowie mit gewissen Ausnahmen der personenrechtliche Zustand und die Rechtsstellung auf dem Gebiete des Familienrechts ebenfalls nach neuem Recht beurteilt (Artt 180, 181, 173, 184, 192, 195, 153—156, 199, 203, 210). Besondere Vorschriften wegen der Inhaberpapiere s. in Artt 174, 177, wegen Miete und Pacht in Art 171 und wegen eines früheren Scheidungs- oder Anfechtungsgrundes in Artt 201, 198. Soweit eine andere Regelung nicht getroffen ist, ist davon auszugehen, daß sich das BGB rückwirkende Kraft nicht beilegen will. Auch hinsichtlich der zwingenden Gesetze ist eine rückwirkende Kraft nur ausnahmsweise anzunehmen (**RG** 44, 59; 46 S. 152 u. 177; über Rückwirkung des § 138 Abs 2 **RG** JW 01, 1). Von der Rückwirkung werden die durch rechtskräftiges Urteil oder gültigen Vergleich vollständig erledigten Rechtsverhältnisse nicht betroffen. Ist sowohl über die zeitliche Herrschaft als über die räumliche Herrschaft der Rechtsregeln Streit, so ist zuvörderst nach Maßgabe der Vorschriften über die zeitliche Herrschaft das anzuwendende Recht zu bestimmen, und sind die Vorschriften dieses Rechtes dafür entscheidend, welchen Rechtsregeln in räumlicher Hinsicht das Rechtsverhältnis untersteht (**RG** JW 02 Beil 227[87]; Habicht, Einwirkung des BGB auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse § 6). Die Grundsätze des BGB über internationales Privatrecht können auf die einer früheren Zeit angehörigen Rechtsverhältnisse nicht ohne weiteres angewendet werden.

Erster Abschnitt

Personen

Erster Titel

Natürliche Personen

§ 1

Die Rechtsfähigkeit[1]) des Menschen[2]) beginnt mit der Vollendung der Geburt[3])[4]).

E I 3 II 1; M 1 28 ff.; P 1 4; 6 106, 107.

1. Die **allgemeine Rechtsfähigkeit,** d. i. die Fähigkeit, auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein, kommt einem jeden Menschen zu. Damit ist von dem BGB, das in dieser Beziehung ausschließliche Geltung beansprucht (Art 30 EG), soweit deutsche Gerichte entscheiden — nicht auch, soweit in den Schutzbezirken die besondere Gerichtsbarkeit über Eingeborene bestehen geblieben war (§ 4 SchutzgebG in der Fassung v. 10. 9. 00, § 2 VO v. 9. 11. 00 u. VO v. 3. 6. 08) —, auch die Rechtsfähigkeit des Sklaven anerkannt. Die Bestimmung des PrGes. v. 9. 3. 57, daß Sklaven mit Betreten des preußischen Gebiets frei werden, ist vom BGB nicht übernommen. Aus der Nichtanerkennung der Sklaverei folgt nicht, daß zugleich alle Wirkungen des Dienstverhältnisses beseitigt wären (vgl. die zur Vorbereitung der Abschaffung der Haussklaverei in Deutsch-Ostafrika ergangene VO des RK v. 29. 11. 01). Nicht ausgeschlossen ist durch § 1 die Beschränkung der Rechtsfähigkeit hinsichtlich einzelner Rechte. Ein Unterschied zwischen Inländer und Ausländer findet jedoch in dieser Beziehung nicht statt. Nur ist durch Art 88 EG der Landesgesetzgebung, soweit nicht vom Reich geschlossene Staatsverträge entgegenstehen, gestattet, den Grundstückserwerb der Ausländer von staatlicher Genehmigung abhängig zu machen (so Art 15 AG für Hessen). Auch die Verschiedenheit des religiösen Bekenntnisses begründet keinen Unterschied, unbeschadet der Befugnis der Landesgesetzgebung nach Art 87 EG, für Mitglieder religiöser Orden oder ordensähnlicher Vereinigungen die staatliche Genehmigung zu unentgeltlichem Erwerb unter Lebenden oder von Todes wegen zu fordern, von welcher Befugnis einzelne kleinere Bundesstaaten Gebrauch gemacht haben (vgl. über die vermögensrechtliche Bedeutung des Klostergelübdes Brünneck in Gruch 45, 193). Die besondere Rechtsfähigkeit, die Frage, ob jemand ein

bestimmtes Recht erwerben oder ausüben kann, ist nach den Gesetzen zu beurteilen, die für das betreffende Rechtsverhältnis maßgebend sind.

2. Rechtsfähig ist nur der **lebende Mensch**. Doch wirkt das Recht der Persönlichkeit auch nach dem Tode insofern fort, als der Leichnam bestattet werden und die in den Kirchhofsordnungen bestimmte Ruhezeit eingehalten werden muß (vgl. Raußnitz im Recht 03 S. 593 bis 595). Die Hinterbliebenen (nach verwaltungsrechtlichen Vorschriften auch öffentliche Krankenhäuser, wenn kein Angehöriger des im Krankenhause Verstorbenen sich meldet) können über den Leichnam in gewissem Umfange verfügen, können ihn abbilden oder sezieren lassen. Einen Gegenstand sachenrechtlicher Herrschaft bildet der Leichnam (vgl. jedoch § 168 StGB) nur ausnahmsweise, wenn er zu wissenschaftlichen Präparierungszwecken einer Anatomie usw. überlassen ist. Zu einer solchen Überlassung sind die Angehörigen nur aus besondern Gründen befugt. Hierfür kann von Bedeutung sein, daß der Verstorbene bei Lebzeiten seinen Körper an die Anatomie verkauft hat. Vgl. hierüber Gareis, Recht am menschlichen Körper, in der Festgabe für Schirmer S. 59ff. und Johnsen, Die Leiche im Privatrecht S. 63ff. Das den Hinterbliebenen zustehende Recht der Verfügung über den Leichnam beruht auf privatrechtlicher Grundlage, und es ist deshalb bei Streitigkeiten hierüber (soweit nicht besondere landesrechtliche Vorschriften eingreifen) der Rechtsweg nicht ausgeschlossen (**RG** 71, 20; JW 1913, 652[15]). Vorschriften darüber, wer berechtigt ist, über die Art der Beisetzung zu bestimmen, sind im BGB, das in den §§ 1968, 1360 Abs 3, 1615 Abs 2 nur die Pflicht zur Tragung der Begräbniskosten regelt, nicht gegeben. Maßgebend ist in erster Linie die von dem Erblasser selbst getroffene Anordnung, mit der aus § 138 folgenden Beschränkung, daß die Anordnung nicht wider die guten Sitten verstoßen darf, wozu auch ein Verstoß gegen die gute Familiensitte zu rechnen ist (**RG** JW 1912, 540[19]). In zweiter Linie werden nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften (Art 133 EG; vgl. für Preußen ALR II 11 §§ 455, 460) über die Art der Beisetzung die nächsten Familienangehörigen, der hinterbliebene Ehegatte (SeuffA 62 Nr 88), sodann die großjährigen Kinder usw. zu befinden haben, ohne daß jedoch der Erbe hierdurch zur Tragung unangemessen hoher Begräbniskosten verpflichtet werden kann (anders anscheinend das angef. Reichsgerichtsurteil, das die Annahme als naheliegend bezeichnet, derjenige, welcher die Kosten der Beerdigung zu tragen habe, habe auch den Ort und die Art der Beerdigung zu bestimmen). Kommt eine Einigung über die Begräbnisstätte (oder den Aufbewahrungsraum für die Aschenurne) nicht zustande, so wird diejenige Meinung den Vorzug verdienen, welche den persönlichen Anschauungen des Verstorbenen am meisten Rechnung trägt (vgl. **RG** SeuffA 59 Nr 308). Schließt der Erblasser einen Familienangehörigen als Erben aus, so ist dies im Zweifel dahin zu verstehen, daß ihm zugleich das Verfügungsrecht über die Beerdigung hat entzogen werden sollen. Aus dringenden Gründen können die Angehörigen auch die Wiederausgrabung und anderweite Beerdigung verlangen (**RG** 71, 22). Zur Vornahme der Feuerbestattung ist nach § 7 Nr 3 des PrGes. v. 14. 9. 11 unbedingt die Anordnung des Verstorbenen erforderlich. Der Besuch der Grabstätte der Mutter kann dem Kinde von dem Vater, auf dessen Grundstück die Grabstätte belegen ist, nicht unbeschränkt untersagt werden (**RG** 72, 251).

3. **Vollendet** ist die Geburt mit der Trennung des Kindes vom Mutterleibe, nicht schon mit dem Beginne des Austritts. Dieser Zeitpunkt ist nur strafrechtlich für das Verbrechen der Kindestötung (§ 217 StGB) von Bedeutung. Nicht nötig ist die vollständige Aufhebung des Zusammenhangs mit der Mutter durch Lösung der Nabelschnur. Auch Lebensfähigkeit ist nicht erforderlich. Vorschriften darüber, inwieweit das Kind menschliche Gestalt aufweisen muß, sind nicht gegeben, da derartige Mißbildungen nur der Sage angehören. Die Regeln über Vollendung der Geburt haben ihre Hauptbedeutung auf dem Gebiete des Erbrechts. Maßgebend ist deshalb das für die Beerbung des Erblassers geltende Recht (Artt 24, 25 EG).

4. Die **Leibesfrucht** kann Rechte nur haben für den Fall der Geburt. Die ihr anfallende Erbschaft und der ihr anfallende Vermächtnisanspruch ist ein durch die Geburt bedingtes Recht (§§ 1923 A 2, 2108, 2043 Abs 1). Schon vor der Geburt hat sie in der Person der Mutter ein Recht auf Unterhalt aus dem Erbteil (§ 1963). Das für den Fall der Geburt ihr zustehende Unterhaltsrecht kann durch Tötung des Unterhaltspflichtigen verletzt werden (§ 844). Die vor der Geburt des Kindes von dem Unterhaltspflichtigen zur Vereitlung des Unterhaltsanspruchs vorgenommenen Rechtshandlungen können nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes angefochten werden (a. A. **RG**St 44, 251). Der Leibesfrucht kann ferner durch Vertrag zugunsten eines Dritten eine Zuwendung gemacht werden (§ 331 Abs 2). Zur Wahrung ihrer Rechte ist die Bestellung eines Pflegers zulässig (§ 1912). Aber auch der noch **nicht erzeugten Nachkommenschaft,** der insofern von dem **RG** JW 1911, 362[10] eine Art Rechtsfähigkeit beigelegt wird, können für den Fall der Geburt Rechte zugewandt werden, sofern ein Dritter vorhanden ist, dem die diesem Rechte entsprechende Verbindlichkeit auferlegt wird. Dies kann geschehen durch Vertrag zugunsten eines Dritten, durch Einsetzung als Nacherbe oder Hinterlassung eines Vermächtnisses — wobei jedoch für die Regel ein Schwebezustand von längerer

als 30jähriger Dauer nicht geschaffen werden darf — (§§ 2101, 2109, 2162 Abs 2, 2163, 2178), durch Eintragung einer Nachkommenschaftshypothek (RG 61, 355) usw. (vgl. RG 65, 277, welches Urteil anscheinend hinsichtlich der Zulässigkeit von Zuwendungen noch weiter geht). Zur Wahrung der Rechte der Nachkommenschaft kann ein Pfleger bestellt werden (§ 1913). Die Rechtsfähigkeit der Leibesfrucht oder Nachkommenschaft ist aber hierdurch nicht zur Anerkennung gebracht. Es wird nur ein der Rechtsfähigkeit ähnlicher Zustand dadurch erreicht, daß ihnen Rechte vorbehalten werden können. Auch die Bestellung eines Pflegers führt nicht dazu, daß über ihre Rechte eine über den Zweck der Sicherung hinausgehende Verfügung getroffen werden kann. Der Pfleger der als Nacherbe eingesetzten künftigen Nachkommenschaft kann die Verwaltung des Nachlasses niemals beanspruchen (RG LZ 1919, 1247[23]). Eine unerlaubte Handlung kann gegen das neugeborene Kind nicht dadurch begangen werden, daß behufs Ausschließung des Unterhaltsanspruchs (§ 1717) eine zweite Person zur Beiwohnung in der Empfängniszeit veranlaßt wird (vgl. Aufsätze in JW 1911 S. 696 u. 960; 1912, 555; vgl. auch § 1717 A 4). Über die in der Entstehung begriffene Stiftung s. § 80 A 3.

§ 2

Die Volljährigkeit tritt mit der Vollendung[1]) des einundzwanzigsten Lebensjahrs ein[2]).

E I 25 II 11; M 1 52, 53; P 1 45 ff.

1. **Vollendet ist das 21. Lebensjahr** nach der Berechnungsweise des § 187 Abs 2 Satz 2 mit dem Ablauf des letzten Tages des 21. Lebensjahrs, so daß der Tag der Geburt bei Berechnung des Jahres als voller Tag eingerechnet wird. Die Volljährigkeit ist privatrechtlich in vielen Beziehungen — unbeschränkte Geschäftsfähigkeit § 106, Ehemündigkeit des Mannes § 1303, Fähigkeit der Bestellung als Vormund oder Testamentsvollstrecker §§ 1781 Nr 1, 2201, Beendigung der elterlichen Gewalt, der Vormundschaft usw. — von Bedeutung und ist deshalb im allgemeinen Teile behandelt. Bedeutungsvoll ist außerdem die Vollendung des 7. Lebensjahrs (Erlangung der beschränkten Geschäftsfähigkeit nach §§ 106 ff.), des 14. Lebensjahrs nach §§ 1728 Abs 2, 1827 Abs 1 und § 59 FGG, des 16. Lebensjahrs nach §§ 1303, 2229 (vgl. auch §§ 1591 Abs 3, 1650 Abs 3 RVO und § 7 Abs 2 RuStAngG v. 22. 7. 13) und des 18. Lebensjahrs nach §§ 3, 828 Abs 2, 1827 Abs 2.

2. Wer unter **früherem Recht** die Volljährigkeit erlangt hat, soll in seiner Rechtslage, wennschon diese nicht als ein wohlerworbenes Recht sich darstellt, durch Einführung des BGB nicht verschlechtert werden. Es verbleibt ihm deshalb die Volljährigkeit, die nach BGB ihm nicht zustehen würde, während ihre Wirkungen unter der Herrschaft des BGB sich lediglich nach diesem bestimmen (Art 153 EG). Aus gleichem Grunde ist, was die **örtliche Herrschaft des Gesetzes** betrifft, von dem allgemeinen Grundsatze, daß sich die Volljährigkeit nach dem Recht der Staatsangehörigkeit richtet, die Ausnahme zugelassen, daß der Ausländer, der die Reichsangehörigkeit erwirbt, die nach bisherigem Recht ihm zustehende Volljährigkeit beibehält (Art 7 Abs 1 u. 2 EG). Im Interesse der Verkehrssicherheit ist die weitere Ausnahme gemacht, daß sich der im Inlande ein Rechtsgeschäft abschließende Ausländer für dieses Rechtsgeschäft, soweit dies für den Bestand des Geschäfts günstiger ist, die Beurteilung seiner Geschäftsfähigkeit nach inländischem Recht gefallen lassen muß (Art 7 Abs 3). Auf Rechtsgeschäfte des Familienrechts oder Erbrechts und auf Rechtsgeschäfte über ausländische Grundstücke ist diese Ausnahme, da hier das Verkehrsinteresse zurücktritt, nicht ausgedehnt. Über die Prozeßfähigkeit des Ausländers s. § 55 ZPO.

§ 3

Ein Minderjähriger, der das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat[1]), kann durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts für volljährig erklärt werden[2]) [3]).

Durch die Volljährigkeitserklärung erlangt der Minderjährige die rechtliche Stellung eines Volljährigen[4]).

E I 26, 27 Abs 1 Satz 1, Abs 2 Satz 1 II 12, 13 Abs 1 Satz 1; M 1 53 ff.; P 1 49 ff.; 6 382.

1. Das **18. Lebensjahr ist vollendet** mit Beginn des 19. Geburtstages (vgl. § 2 A 1).

2. Dem Vormundschaftsgericht ist die Befugnis gegeben, die Minderjährigkeit im einzelnen Falle dadurch abzukürzen, daß es den Minderjährigen für **volljährig erklärt**, womit nicht ein Einzelgesetz (durch Erteilung eines Privilegs) erlassen, sondern eine Verwaltungshandlung vorgenommen wird (a. A. namentlich Enneccerus § 43 I 2). Der Beschluß wird wirksam mit der Rechtskraft (§§ 56 Abs 2, 60 Nr 6, 22 FGG). Beschwerdeberechtigt ist nach § 20 das. — die Vorschrift des § 57 Abs 1 Nr 9 kommt wegen Abs 2 und § 60 Nr 6 hier nicht zur Anwendung —, wer durch die Volljährigkeitserklärung in seinen Rechten beeinträchtigt wird.

Hauptsächlich kommen hierbei in Betracht der für volljährig Erklärte, da dieser ein Recht auf Fortbestehen des vormundschaftlichen Schutzes hat, sein gesetzlicher Vertreter in persönlichen Angelegenheiten sowie der Gewalthaber auch dann, wenn seine Einwilligung zur Volljährigkeitserklärung nach § 4 nicht erforderlich ist. Diesen Personen ist daher — mit Ausnahme des Gewalthabers, gegen den das Ruhen der elterlichen Gewalt nach § 1677 von dem Vormundschaftsgericht festgestellt ist (KGJ 37 A 51) — der Beschluß zuzustellen (§ 16 Abs 1 FGG). Nicht beschwerdeberechtigt ist der zur Ausführung der Zwangserziehung verpflichtete Kommunalverband (KGJ 34 A 72). Die Verwandten können ein Beschwerderecht nicht darauf stützen, daß sie bei Volljährigkeitserklärung nach dem Testament des Erblassers schlechter gestellt sind (RJA 13, 74). Auf einen späteren Zeitpunkt als den der Rechtskraft des Beschlusses kann die Wirksamkeit der Volljährigkeitserklärung nicht hinausgeschoben werden (a. A. Hölder A 1). Ist die Volljährigkeitserklärung (vgl Art 147 EG) einer Zentralbehörde übertragen, wie dem Justizminister in Bayern und Sachsen, so tritt die Volljährigkeitserklärung, da eine Beschwerde nicht stattfindet, sofort mit der Bekanntmachung an den Minderjährigen in Wirksamkeit (§ 196 FGG). Die Volljährigkeitserklärung ist nur zulässig, wenn die vom Gesetz für unbedingt wesentlich erachteten Voraussetzungen des § 3 Abs 1 u. § 4 vorliegen. Ihr Fehlen hat zur Folge, daß die Volljährigkeitserklärung als ungültig aufgehoben werden muß, wodurch jedoch die Gültigkeit der bisher von dem Minderjährigen oder ihm gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte (Rechtshandlungen) nicht beeinträchtigt wird (§ 32 FGG). Die Aufhebung kann nur von dem Vormundschaftsgericht oder dem übergeordneten Gericht, nicht im Prozeßwege ausgesprochen werden. Nur eine Sollvorschrift enthält § 56 Abs 1 FGG, welcher zur Volljährigkeitserklärung den Antrag des Minderjährigen oder seines gesetzlichen Vertreters in persönlichen Angelegenheiten (vgl. § 1631 A 1) erfordert. Über das Vorhandensein der Voraussetzung des § 5 hat das Vormundschaftsgericht nach freiem Ermessen zu befinden.

3. Die Volljährigkeitserklärung eines **Deutschen** steht ausschließlich der deutschen Behörde zu. Der Beschluß der ausländischen Behörde würde für deutsche Gerichte keine Wirksamkeit haben. Gleicherweise hat die deutsche Behörde sich der Volljährigkeitserklärung des **Ausländers** zu enthalten, falls nicht das Recht des Heimatsstaats die Wirksamkeit des Beschlusses anerkennt.

4. Der für volljährig Erklärte hat auf dem Gebiete des Privatrechts die **gleiche Rechtsstellung wie der Volljährige,** auch hinsichtlich der Ehemündigkeit (§ 1303), die der Mann vor Vollendung des 21. Lebensjahrs nur durch die Volljährigkeitserklärung erreichen kann. Zur Verheiratung des Kindes ist ausnahmsweise die elterliche Einwilligung nach § 1305 bis zur Vollendung des 21. Lebensjahrs erforderlich. Einschränkungen in bezug auf die Wirkung der Volljährigkeitserklärung können im Beschlusse nicht festgesetzt werden. Ist durch Privatwillenserklärung der Erwerb von Rechten von der Vollendung des 21. Lebensjahrs abhängig gemacht, so ist zu untersuchen, ob nach dem Willen des Erklärenden die Volljährigkeitserklärung dem gleichsteht. Auch für das öffentliche Recht hat § 3 Abs 2 an sich keine Geltung, falls nicht die einzelne Vorschrift die Volljährigkeit im Sinne des bürgerlichen Rechts versteht. Nach dem RuStAngG v. 22. 7. 13 kann, was die Wirkung der Aufnahme, der Einbürgerung oder des Verlustes der Staatsangehörigkeit auf die Kinder betrifft, ein Zweifel in dieser Beziehung nicht mehr aufkommen, da das Ges. in §§ 16, 29 von den kraft elterlicher Gewalt gesetzlich vertretenen Kindern spricht.

§ 4

Die Volljährigkeitserklärung ist nur zulässig, wenn der Minderjährige seine Einwilligung erteilt[1]).

Steht der Minderjährige unter elterlicher Gewalt, so ist auch die Einwilligung des Gewalthabers erforderlich, es sei denn, daß diesem weder die Sorge für die Person noch die Sorge für das Vermögen des Kindes zusteht[2]). Für eine minderjährige Witwe ist die Einwilligung des Gewalthabers nicht erforderlich[3]).

E I 27 II 13 Abs 1; M 1 55 ff.; P 1 49 ff.

1. Der durch die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit dem Minderjährigen gewährte Schutz soll ihm ohne seine **Einwilligung** nicht entzogen werden dürfen. Die Einwilligung hat der Minderjährige persönlich zu erteilen, und zwar in solcher Weise, daß die Absicht, sie zur Kenntnis des Vormundschaftsgerichts gelangen zu lassen, hieraus erhellt (a. A. Dernburg I § 61 II 1, der Erklärung gegenüber dem Vormundschaftsgericht fordert, wennschon die Erklärung durch einen Dritten übermittelt werden könne, ähnlich Hölder A 1, während Planck A 1 und andere von jeder Beschränkung absehen wollen). Die Einwilligung kann bis zur Rechtskraft des die Volljährigkeitserklärung aussprechenden Beschlusses widerrufen

werden, was auch durch Einlegung der Beschwerde gegen den Beschluß geschehen kann. Die nur für Rechtsgeschäfte geltenden Bestimmungen der §§ 182, 183 können hier nicht zur Anwendung kommen.

2. Dem **Gewalthaber** ist das Recht der Einwilligung nicht im Interesse des Kindes, sondern im eigenen Interesse gegeben. In der Verweigerung der Einwilligung kann deshalb niemals ein Mißbrauch der elterlichen Gewalt gefunden werden. Nicht nötig ist die Einwilligung, wenn der Gewalthaber die Sorge für die Person und das Vermögen verloren hat, und zwar auch in dem Falle nicht, daß das Recht zur Vertretung des Kindes ihm verblieben sein sollte (vgl. § 1627 A 1 — abw. Planck A 3 Abs 5). Das Recht der Einwilligung stellt sich nicht als eine Vertretungshandlung dar, sondern hat in dem Recht der Sorge für die Person und das Vermögen seine sachliche Grundlage. Das Recht der Sorge für das Vermögen fehlt nicht etwa schon dann, wenn tatsächlich das Kind kein Vermögen besitzt (OLG 9, 445). Darüber, wann die elterliche Gewalt der Mutter zusteht, vgl. § 1684. Einwilligungsberechtigt ist die Mutter, nicht der Vater, wenn sie nach § 1685 zur Ausübung der elterlichen Gewalt berechtigt ist. Auch in dem Falle des § 1676 Abs 2, wenn die elterliche Gewalt des Vaters wegen beschränkter Geschäftsfähigkeit usw. unter Belassung des Rechtes der Sorge für die Person des Kindes ruht, hat die Mutter die Einwilligung zu erteilen, da in diesem Falle bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern die Meinung der Mutter vorgeht. Trotz des Verlustes des Einwilligungsrechts verbleibt dem Inhaber der elterlichen Gewalt das Recht der Beschwerde nach § 20 FGG gegen den auf Volljährigkeitserklärung lautenden Beschluß. Das Recht der Beschwerde gebührt auch der Mutter wegen des nach § 1635 ihr zukommenden Personensorgerechts.

3. Durch die **Verheiratung der Tochter** geht dem Gewalthaber das Recht der Vertretung in ihren persönlichen Angelegenheiten nicht verloren (§ 1633). Die Sachlage ist aber, wenn die Tochter einmal verheiratet war, regelmäßig eine solche, daß es unbillig sein würde, die von ihr erstrebte Volljährigkeitserklärung an dem Widerspruch des Gewalthabers scheitern zu lassen. Die hier zugunsten der minderjährigen Witwe getroffene Bestimmung darf auf die minderjährige geschiedene Ehefrau ausgedehnt werden (a. A. Planck A 4, Oertmann A 2b).

§ 5

Die Volljährigkeitserklärung soll nur erfolgen, wenn sie das Beste des Minderjährigen befördert[1]).

E I 27 II 13 Abs 2; M 1 55 ff.; P 1 51, 52.

1. Dem Vormundschaftsgericht ist hierdurch die selbstverständliche Pflicht eingeschärft, vor Entscheidung über die Volljährigkeitserklärung eine Prüfung eintreten zu lassen, ob sie zum **Besten der Minderjährigen** gereicht. Hierbei ist nicht bloß auf das wirtschaftliche Wohl des Kindes, sondern auf die gesamten Lebensverhältnisse Rücksicht zu nehmen. Auch sittliche Rücksichten können von Bedeutung sein, wie z. B. der Umstand, daß der Minderjährige Gelegenheit erhält, die von ihm Geschwängerte zu ehelichen und dem zu erwartenden Kinde die Rechte eines ehelichen Kindes zu verschaffen (OLG 9, 442).

§ 6

Entmündigt[1]) kann werden:

1. wer infolge von Geisteskrankheit oder von Geistesschwäche[2]) seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag[3]);

2. wer durch Verschwendung sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt[4]);

3. wer infolge von Trunksucht[5]) seine Angelegenheiten nicht zu besorgen vermag oder sich oder seine Familie der Gefahr des Notstandes aussetzt oder die Sicherheit anderer gefährdet.

Die Entmündigung ist wiederaufzuheben[6]), wenn der Grund der Entmündigung wegfällt[7]).

E I 28, 29, 1739 II 14; M 1 60 ff.; P 1 31 ff.; 4 839 ff.; 6 112, 121.

1. Die Entmündigung darf bei Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen trotz des Ausdrucks „kann" nicht etwa nach Ermessen des Gerichts wegen Fehlens eines Bedürfnisses abgelehnt werden. Sie wird wirksam mit Zustellung des Beschlusses an den Entmündigten, im Falle der Entmündigung wegen Geisteskrankheit mit Zustellung an den gesetzlichen Vertreter in persönlichen Angelegenheiten (vgl. § 1631 A 1) oder, wenn ein solcher fehlt, mit Bestellung des Vormundes (§§ 661, 683 ZPO). Wird die Entmündigung ausgesprochen, so hat dies rechtsgestaltende Wirkung (RG 21. 10. 07 IV 88/07). Sollte selbst die Ent-



mündigung zu Unrecht erfolgt sein, so bleibt sie bis zur Wiederaufhebung in Kraft. Das **Entmündigungsverfahren** ist durch §§ 645 ff. ZPO geregelt. Das Verfahren findet nur auf Antrag statt. Das Gericht ist aber an den Antrag nicht in der Weise gebunden, daß es, wenn die Entmündigung wegen Geistesschwäche beantragt ist, verhindert wäre, die Entmündigung wegen Geisteskrankheit zu beschließen (RG JW 00, 867; 1915, 1263[8]; a. A. Staudinger D 2, Planck A 5). Ebensowenig ist das Prozeßgericht gehindert, an Stelle der im Entmündigungsverfahren festgestellten Geistesschwäche Geisteskrankheit anzunehmen (RG 21. 10. 07 IV 88/07). Antragsberechtigt ist bei Entmündigung wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche auch die Staatsanwaltschaft (§ 646 Abs 2) — über die ihr zu machende Anzeige von der Aufnahme in eine Irrenanstalt vgl. AVf des PrJM v. 28. 11. 99 —, bei Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht nach Maßgabe landesgesetzlicher Bestimmungen (§ 680 Abs 5) auch die Gemeinde und der Armenverband, nicht aber die Aufsichtsbehörde (RG 28. 2. 07 IV 429/06). Der Beschluß kann binnen Monatsfrist, welche Frist für den Entmündigten erst von Kenntnis des Entmündigungsgrundes läuft (RG 68, 402; Wiedereinsetzung unzulässig RG Warn 1918 Nr 91), durch Klage angefochten werden, falls die Voraussetzungen der Entmündigung zur Zeit des Erlasses des Entmündigungsbeschlusses nicht gegeben waren. Prozeßgegner des Entmündigten (der für den Prozeß als prozeßfähig gilt) ist der Erste Staatsanwalt des Landgerichts, der die Beklagtenrolle für die folgenden Instanzen beibehält, so daß ihm die Rechtsmittelschrift zugestellt werden darf (RG JW 1915, 1263[8]), bei der Entmündigung wegen Verschwendung oder Trunksucht der Antragsteller, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er zur Stellung des Antrags berechtigt war und ob die Berechtigung später weggefallen ist (RG 30. 10. 07 IV 303/07). Das Entmündigungsverfahren kann aus den in § 6 Nr 1—3 angeführten Gründen auch gegen einen Minderjährigen eingeleitet werden, damit nach Vollendung des 21. Lebensjahrs keine Unterbrechung der Fürsorge eintritt (vgl. § 646 ZPO). Stellt sich heraus, daß die wegen Geisteskrankheit angeordnete Entmündigung nur wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder Trunksucht gerechtfertigt ist, so kann die Aufhebung der Entmündigung und die neue Entmündigung in demselben Verfahren beschlossen werden (vgl. RG Gruch 47, 897). Über die Verwendbarkeit der Beweisverhandlungen des amtsgerichtlichen Entmündigungsverfahrens für den Anfechtungsprozeß s. RG 81, 193.

2. Die Unterscheidung zwischen **Geisteskrankheit** und **Geistesschwäche** beruht nicht auf einer Verschiedenartigkeit der Krankheitsform, sondern hat in praktischen Rücksichten ihren Grund. Die Fähigkeit, sich durch vernünftige Beweggründe leiten zu lassen, ist bei dem Geisteskranken infolge krankhafter Vorstellungen oder Triebe so gering, daß er einem Kinde gleichsteht (vgl. § 104 Nr 2), während diese Fähigkeit bei einem Geistesschwachen noch so weit vorhanden ist, daß er einem Minderjährigen gleichgestellt werden kann (§ 114). Geisteskrankheit und Geistesschwäche sind somit nur dem Grade nach voneinander verschieden (RG 50, 203). Geistesschwäche ist nicht bloß vorhanden im Falle angeborenen oder später durch Entwicklungshemmung erworbenen Schwachsinns (a. A. Oertmann A 2 b β). Das Vorliegen einer Geisteskrankheit oder Geistesschwäche setzt voraus, daß nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft eine Störung der Geistestätigkeit festzustellen ist, worüber der Richter nach §§ 655, 671 ZPO nur nach Anhörung von Sachverständigen entscheiden kann. Erst auf dieser Grundlage kann die Entscheidung ergehen, inwieweit die Geschäftsfähigkeit beeinflußt wird, ob Geisteskrankheit oder ob Geistesschwäche anzunehmen ist (RG Warn 1917 Nr 233). Die letztere Frage ist eine Rechtsfrage, über welche dem Richter selbständig die Entscheidung zusteht, ohne daß er an den Ausspruch der als Sachverständige gehörten Ärzte gebunden ist (RG Gruch 49, 882). Durch das Bestehen lichter Zwischenräume wird das Vorhandensein der Geisteskrankheit im Sinne des § 6 nicht ausgeschlossen. Auch im übrigen deckt sich der Begriff der Geisteskrankheit des § 6 nicht mit dem der krankhaften Störung der Geistestätigkeit im Sinne des § 104 Nr 2, welche Vorschrift weitergehend auch die Geistesschwäche umfaßt (RG JW 09, 411[2]; 1911, 179[1]). Die Geschäftsunfähigkeit einer Person kann für ein bestimmtes Rechtsgeschäft nach § 104 Nr 2 angenommen werden, obschon sie in Rücksicht auf ihre allgemeinen geistigen Fähigkeiten nach § 6 nur wegen Geistesschwäche entmündigt werden könnte. Der Prozeßrichter wird übrigens dadurch, daß die Entmündigung nur wegen Geistesschwäche ausgesprochen ist, nicht gehindert, das Vorhandensein von Geisteskrankheit festzustellen. Besondere Voraussetzungen hinsichtlich der Geisteskrankheit gelten nach § 1569 für die Scheidung der Ehe. An die Geistesschwäche schließt sich als leichtere Form die geistige Gebrechlichkeit (geistige Unbeholfenheit u. dgl.) an, welche einen Grund zur Einleitung der Pflegschaft, nicht zur Entmündigung gibt, auch nicht eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zur Folge hat (§ 1910).

3. Geisteskrankheit oder Geistesschwäche führt nur dann zur Entmündigung, wenn der hiervon Betroffene die **Gesamtheit seiner Angelegenheiten** — worunter nicht bloß die Vermögensangelegenheiten, sondern auch die persönlichen Angelegenheiten zu verstehen sind, auch diejenigen, welche sich auf die Sorge für die eigene Person beziehen — **nicht zu besorgen vermag** (RG 50, 25; 52, 244; SeuffA 66 Nr 24). Beschränkt sich die Störung der Geistestätigkeit auf einzelne oder einen bestimmten Kreis von Angelegenheiten, so kann nur durch

Einleitung einer Pflegschaft (§ 1910) geholfen werden. Die Entmündigung wird aber nicht dadurch ausgeschlossen, daß der zu Entmündigende zur Besorgung gewisser Angelegenheiten, sei es wegen ihrer Einfachheit, sei es wegen der erlangten Übung oder aus andern Gründen, befähigt bleibt (RG Warn 08 Nr 111; 1910 Nr 309). Anlaß zur Entmündigung ist insbesondere gegeben in Fällen des Querulantenwahnsinns, wenn die krankhaften Vorstellungen den Geisteskranken derart beherrschen, daß dadurch seine gesamten Lebensverhältnisse mehr oder minder in Mitleidenschaft gezogen werden (RG 18. 3. 07 IV 399/06 — nach RG Warn 08 Nr 1 genügt es, wenn die Geisteskrankheit hauptsächlich bei der Prozeßführung und im Verkehr mit Staatsbehörden zutage getreten ist). Die Unfähigkeit zur Besorgung der Angelegenheiten braucht noch nicht die Wirkung gehabt zu haben, daß die Angelegenheiten tatsächlich in Verwirrung geraten sind. Über die Zulässigkeit einer Pflegschaft auch bei Unfähigkeit zur Besorgung der gesamten Angelegenheiten s. § 1910 A 1.

4. Als **Verschwender** ist nicht schon anzusehen, wer unverhältnismäßig große Ausgaben oder Schulden macht. Die unwirtschaftlichen Aufwendungen müssen, wie das RG JW 05, 166[1] sagt, in Zusammenhang stehen mit persönlichen Eigenschaften, die, wie z. B. Leichtsinn, Liederlichkeit, Prunkliebe u. dgl., einen Hang zu unvernünftigen Ausgaben erkennen lassen. Ein solcher Hang wird um so eher anzunehmen sein, wenn es sich um zweck- und nutzlose Ausgaben handelt, was indes keine unbedingte Voraussetzung der Verschwendung bildet (a. A. Staudinger B II 2c). Der Hang kann in unangebrachter Vertrauensseligkeit begründet sein (so RG LZ 1917, 966[4]; in diesem Falle hatte der in hohem Alter stehende und geistig gebrechliche Mann sein gesamtes, nicht unerhebliches Vermögen an seine Wirtschafterin nur gegen die Pflicht der Unterhaltsgewährung ohne jede Sicherung weggegeben). Zum Begriff der Verschwendung ist nicht erforderlich, daß die Aufwendungen dem eigenen Vorteil des Ausgebenden dienen, und es ist ebensowenig nötig, daß der Hang zur Verschwendung sich unterschiedslos einem jeden gegenüber zeigt (RG SeuffA 63 Nr 266; Warn 1911 Nr 314). Die Verschwendungssucht einer Person kann sich darin betätigen, daß sie dem Reize zum Erwerbe von Kunstgegenständen nicht widerstehen kann, obschon nach ihren Vermögensverhältnissen der Ankauf unvernünftig erscheint. Auch eine verschwenderische Geschäftsführung, die auf einem Hange zu sinnloser Vergeudung beruht, kann zur Entmündigung Anlaß geben, desgleichen die auf persönlichen Eigenschaften beruhende Vernachlässigung der Wirtschaft, wenn sie einen so hohen Grad erreicht, daß hierdurch der wirtschaftliche Verderb herbeigeführt werden muß (vgl. M 1, 64, Prot 1, 72 f.). Das RG (JW 1914, 862[1]) hat die Entmündigung aus diesem Grunde in einem Falle ausgesprochen, wo der Entmündigte längere Zeit hindurch sich um die Wirtschaft nicht gekümmert hatte, die Ernte auf dem Felde hatte verkommen lassen und das Land nicht wieder bestellt, sonst aber sparsam gelebt hatte. Mit Entmündigung kann erst vorgegangen werden, wenn der Verschwender es dahin kommen läßt, daß er selbst oder seine Familie, das sind die Angehörigen, die gesetzlich ein Recht auf Unterhalt haben, der **Gefahr des Notstandes** ausgesetzt sind. Die Gefahr eines Notstandes für die Familie liegt vor, wenn auch nur die Ehefrau davon betroffen wird (RG 3. 6. 12 IV 621/11). Ist die Gefahr nach Lage der Sache nicht zu besorgen, weil er z. B. nur über einen Teil seines Vermögens verfügen kann oder ihm noch andere Hilfsquellen zu Gebote stehen, so muß die Entmündigung unterbleiben. Die Gefahr des Notstandes wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Familienmitglieder durch zweckentsprechende prozessuale Maßregeln sich würden schützen können. Auch die Beschlagnahmefreiheit eines Teiles der Einkünfte (vgl. § 850 ZPO) sichert nicht unter allen Umständen gegen die Gefahr des Notstandes. Es kann die Gefahr bestehen, daß der Verschwender die ihm hiernach zur Verfügung bleibenden Mittel ebenfalls zur Befriedigung seiner verschwenderischen Neigungen verwendet.

5. Verwandt mit dem Begriff der Verschwendung ist der Begriff der **Trunksucht**. Erforderlich ist ein derartiger krankhafter Hang zum übermäßigen Trinken, daß die Kraft, dem Anreiz zum übermäßigen Genuß geistiger Getränke zu widerstehen — wobei natürlich von außergewöhnlichen Vorkommnissen abzusehen ist —, verlorengegangen ist (RG JW 02 Beil 280[230]). Ein derartiger Hang ist nicht anzunehmen, wenn das Trinken auch nur aus Furcht vor der drohenden Entmündigung eingeschränkt ist (RG 12. 10. 12 IV 123/12; vgl. § 681 ZPO). Weiter wird erfordert, daß die Entmündigung nötig ist im Interesse des Trunksüchtigen oder seiner Familienmitglieder, die sonst der Gefahr des Notstandes ausgesetzt sein würden (vgl. A 4), oder im öffentlichen Interesse, weil infolge der durch die Trunksucht eingetretenen Neigung zu Gewalttätigkeiten oder rücksichtslosem Vorgehen die Sicherheit anderer gefährdet wird. Das Interesse des Trunksüchtigen läßt die Entmündigung auch dann als nötig erscheinen, wenn er infolge der Trunksucht, insbesondere wegen des hierdurch herbeigeführten Rückgangs seiner geistigen Fähigkeiten, seine Angelegenheiten nicht mehr zu besorgen vermag (s. A 3). Daß er während des Zustandes der Trunkenheit regelmäßig längere Zeit zur Besorgung einzelner Geschäfte unfähig war, kann nicht entscheidend ins Gewicht fallen, wenn gleichwohl seine Wirtschaft sich gehoben hat (RG JW 09, 654[3]). Die

in § 6 Nr 3 bezeichneten Voraussetzungen stellen sich übrigens als gleichwertige Tatbestände dar, von denen der eine durch den andern ersetzt werden kann, ohne daß Klageänderung vorliegt. Auf die Morphiumsucht dürfen, wennschon dieser Zustand ein der Trunksucht sehr ähnlicher ist, die Vorschriften über Trunksucht nicht ausgedehnt werden.

6. Für die **Wiederaufhebung der Entmündigung** kommt es nur darauf an, daß zu dieser Zeit ein Entmündigungsgrund nicht vorliegt, nicht darauf, daß der Zustand des Entmündigten sich gebessert hat (RG JW 09, 189[1]). Der Entmündigungsbeschluß muß aufgehoben werden, auch wenn der Richter bei der durch das frühere Urteil nicht beschränkten Würdigung des Sachverhalts zu der Überzeugung kommt, daß die Voraussetzungen der Entmündigung niemals vorgelegen haben (RG JW 08, 234[2]). Die Anfechtungsklage des § 664 ZPO kann dagegen nur darauf gegründet werden, daß die Voraussetzungen der Entmündigung zur Zeit des Erlasses des Entmündigungsbeschlusses nicht vorhanden waren (RG JW 02 Beil 280[230]; Warn 1916 Nr 260).

7. **Zeitliche und örtliche Geltung.** Ist die Entmündigung vor Inkrafttreten des BGB erfolgt — wenn auch nur in der dem französischen und badischen Recht bekannten Form, daß dem Verschwender ein Beistand bestellt ist —, so hat sie von diesem Zeitpunkt an die gleiche Wirkung wie eine unter der Herrschaft des BGB beschlossene Entmündigung (Artt 155, 156 EG). Ist die Entmündigung nach den Grundsätzen des neuen Rechtes nicht gerechtfertigt, so kann sie gemäß § 6 Abs 2 aufgehoben oder, wenn der wegen Geisteskrankheit Entmündigte im Sinne des neuen Rechtes nur geistesschwach ist, dementsprechend eingeschränkt werden (RG Gruch 47, 897). Zugelassen ist in Art 8 EG nicht bloß die Entmündigung des Inländers, sondern im Interesse der Sicherheit des inländischen Rechtsverkehrs auch die Entmündigung des im Inlande wohnenden oder, falls wohnsitzlos, im Inlande sich aufhaltenden Ausländers. Der Aufenthalt darf nicht bloß ein vorübergehender sein. Es ist aber nicht notwendig, daß er auf längere Dauer berechnet oder ein freiwilliger ist (RG JW 1912, 914[12]). Der inländische Wohnsitz oder Aufenthalt muß noch zur Zeit des Erlasses des Entmündigungsbeschlusses vorhanden sein. Die Voraussetzungen und Wirkungen der Entmündigung bestimmen sich nach deutschem Recht. Wegen Entmündigung eines Ausländers wird indes regelmäßig erst vorzugehen sein, wenn der Heimatstaat hierzu sich nicht bereit findet. Die von dem Heimatstaate ausgesprochene Entmündigung des Ausländers (einschließlich der Beistandsbestellung) ist auch von den deutschen Gerichten anzuerkennen für die im Inland vorgenommenen Verkehrsgeschäfte, aber nicht über das Maß der Geschäftsunfähigkeit hinaus, die für entmündigte Inländer gilt (Art 7 Abs 3 EG; RG 80, 262). Für die Vertragstaaten Deutschland, Österreich-Ungarn, Frankreich, Italien, die Niederlande, Portugal, Rumänien und Schweden ist laut Bek des RK v. 30. 7. 12 das Abkommen v. 17. 7. 05 in Kraft getreten. Für die Entmündigung und ähnliche Fürsorgemaßregeln sowie die Bevormundung des Entmündigten ist danach das Gesetz des Heimatstaats maßgebend und die Behörde des Heimatstaats zuständig. Die Behörde des gewöhnlichen Aufenthalts ist nur aushilfsweise zuständig (Artt 6 u. 11). Sie entscheidet nach dem Recht ihres Staates, hat aber zugleich das Recht des Heimatstaats hinsichtlich der Voraussetzungen der Entmündigung und tunlichst hinsichtlich der Berechtigung zur Führung der Vormundschaft zu beachten (Artt 7, 8 Abs 2, 11 Abs 2). Die Wirkung der Entmündigung (wegen der Veröffentlichung s. indes Art 9 Abs 2) richtet sich allgemein nach dem Recht der anordnenden Behörde. Die zum Schutze der Person und des Vermögens erforderlichen vorläufigen Maßregeln können bis zum Einschreiten der Heimatbehörde von der örtlich zuständigen Behörde, in deren Bezirk sich der zu Entmündigende befindet, getroffen werden (Art 3). Nach Artt 282, 289 des Friedensvertrags v. 16. 7. 19 behält das Abkommen mit Frankreich, Italien und Rumänien nur Geltung, wenn diese Staaten binnen 6 Monaten die Wiederinkraftsetzung verlangen.

§ 7

Wer sich an einem Orte ständig niederläßt, begründet an diesem Orte seinen Wohnsitz[1])[2]).

Der Wohnsitz kann gleichzeitig an mehreren Orten bestehen[3]).

Der Wohnsitz wird aufgehoben, wenn die Niederlassung mit dem Willen aufgehoben wird, sie aufzugeben[4]).

E I 34 II 17; M 1 68 ff.; P 1 37 ff.

1. Die **Begründung des Wohnsitzes** setzt voraus die tatsächliche Niederlassung an einem Orte mit dem durch die Niederlassung in Erscheinung tretenden Willen, diesen Ort bleibend zum Mittelpunkt der Lebensverhältnisse zu machen (ständige Niederlassung — vgl. RG Warn 1916 Nr 269). Nur die Niederlassung, nicht der Rechtserfolg des Wohnsitzes, braucht gewollt zu sein. Die bloße Herrichtung der Wohnung, ohne daß sie in persönliche Benutzung ge-

nommen wird, genügt nicht zum Erwerbe des Wohnsitzes. Dagegen steht dem Erwerbe nicht entgegen, daß die Niederlassung in der Absicht erfolgt, später nach geraumer Zeit zu einem bestimmten Zeitpunkt oder bei sich bietender Gelegenheit den Wohnsitz zu ändern. Er darf aber nicht bloß auf einen vorübergehenden Aufenthalt sich eingerichtet haben. Kein Wohnsitz wird erworben durch den bloßen Aufenthalt zu Zwecken der Ausbildung (wie bei Schülern und Studenten), durch den Aufenthalt in einer Heilanstalt oder durch den zur Erfüllung der Wehrpflicht genommenen Aufenthalt, da es hier an der Absicht der ständigen Niederlassung fehlt. Aus dem gleichen Grunde wird auch durch Eingehung eines Dienstverhältnisses der Regel nach, falls nicht das zeitige Dienstverhältnis den Charakter einer dauernden Erwerbsstellung hat, kein Wohnsitz begründet (landesrechtlich können hierüber nach Artt 95, 218 EG besondere Bestimmungen getroffen werden). Kein Wohnsitz wird durch den Aufenthalt in einer Gefangenanstalt, der ein unfreiwilliger ist, begründet (a. A. Planck A 7). Über den amtlichen Wohnsitz s. § 9 A 1. Allgemeine Voraussetzung der Begründung eines Wohnsitzes ist, daß die Niederlassung nicht verboten ist (vgl. §§ 3ff. des FreizügG v. 1. 11. 67). Dagegen hat eine vertragliche Beschränkung des Rechtes zur Änderung des Wohnsitzes und eine dem Beamten auf Grund dienstlicher Vorschriften in dieser Beziehung auferlegte Beschränkung nicht die Wirkung, daß dementgegen ein Wohnsitz nicht erworben werden könnte. Auch dem nach § 101 Abs 1 KO für den Gemeinschuldner bestehenden Verbote, sich ohne Erlaubnis des Gerichts von dem Wohnort zu entfernen, kann eine solche Wirkung nicht beigelegt werden (BayObLG in SeuffA 64 Nr 19). Verschieden von dem Begriff des Wohnsitzes ist der Begriff der **geschäftlichen Niederlassung** für einen bestimmten Geschäftsbetrieb, der persönliches Wohnen nicht erfordert (vgl. § 21 ZPO, § 42 GewO, §§ 29, 30, 31, 55 HGB). Unter Aufenthalt wird im Gegensatz zum Wohnsitz das tatsächliche Verweilen an einem Orte verstanden, ohne daß die Anwesenheit eine gewollte oder bewußte zu sein braucht (vgl. **RG** JW 92, 461³). Für das Vorhandensein des gewöhnlichen Aufenthalts (vgl. § 6 Abs 2 ErbschStG v. 3. 6. 06, § 14 II ErbschStG v. 10. 9. 19) ist nur zu erfordern, daß das Verweilen von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit ist, nicht auch, daß der Mittelpunkt der Lebenshaltung für einige Zeit an dem Orte des Aufenthalts begründet wird (**RG** 91, 287). Besondere Grundsätze gelten für Erwerb und Verlust des Unterstützungswohnsitzes nach §§ 10—27 des Ges. v. 30. 5. 08. Exterritoriale werden so behandelt, als ob sie außerhalb des Heimatstaats keinen Wohnsitz hätten. Über den von der bloßen Niederlassung verschiedenen Sitz der juristischen Person s. § 24 A 1. — Die freie Wahl eines mit dem wirklichen Wohnsitz nicht übereinstimmenden Wohnsitzes ist den Parteien nicht mehr, wie dies nach französischen und badischen Gesetzen der Fall war, gestattet. Die Wirkungen der Wahl bleiben aber, soweit sie für das bereits verwirklichte Rechtsverhältnis von Bedeutung sind, nach Art 157 EG in Kraft.

2. Der Begriff des Wohnsitzes ist von Wichtigkeit sowohl für das Privatrecht (vgl. namentlich §§ 269, 270, 1433 Abs 2, 1944 Abs 3, 1954 Abs 3 und Art 29 EG), als für das **öffentliche Recht**. Durch den Ort des Wohnsitzes, der an sich nur den Punkt der Erdoberfläche bedeutet, auf dem die Niederlassung sich befindet, wird die allgemeine Zugehörigkeit zu einer bestimmten politischen Gemeinde, zu den Verwaltungsbezirken und Gerichtsbezirken hergestellt. Nicht ist unter Ort des Wohnsitzes im Sinne des § 7 BGB die politische Gemeinde als eine für alle andern Bezirke maßgebende kleinste Einheit zu verstehen, so daß die Landesgesetzgebung bei Abgrenzung der Gerichtsbezirke durch den reichsrechtlichen Begriff des Wohnsitzes, der auch dem § 13 ZPO zugrunde liegt, verhindert wäre, die Gemeinde in mehrere Bezirke zu teilen (**RG** 67, 191). Für die örtliche Zuständigkeit des Gerichts ist in diesem Falle nicht der Wohnsitz in der Gemeinde, sondern im Gerichtsbezirk maßgebend. — Durch ein vertragliches Wohnsitzverbot darf nicht in Widerspruch mit dem in § 1 Ges. v. 1. 11. 67 anerkannten Grundsatz der Freizügigkeit die Bewegungsfreiheit in unzulässigem Maße eingeschränkt werden. Ein ohne jede zeitliche Grenze auferlegtes Verbot des Wohnsitzes an einem bestimmten Orte ist nach § 138 nichtig (**RG** Warn 1915 Nr 8).

3. Dies ist der Fall, wenn sich an **mehreren Wohnorten** gleichmäßig der Mittelpunkt der Lebensverhältnisse in ihrer Gesamtheit befindet, wenn insbesondere mit dem Wohnen an mehreren Wohnorten zeitweilig in der Weise abgewechselt wird, daß der jedesmalige Wohnort den Mittelpunkt der Lebensverhältnisse und der Verwaltung bildet (vgl. OVG 54, 185 Nr 50).

4. Der bloße Wille, die Niederlassung aufzugeben, genügt allein nicht zur **Aufhebung des Wohnsitzes**. Es muß die wirkliche Aufgabe der Niederlassung hinzukommen. Ebenso wird der Wohnsitz dadurch nicht aufgehoben, daß der Wohnungsinhaber zeitweilig in der Absicht der Rückkehr sich entfernt. Der Wohnsitz kann unter Umständen selbst bei Aufgabe der Wohnung beibehalten werden, wenn die Aufgabe nur vorübergehend erfolgt, weil der bisherige Wohnungsinhaber auf Reisen geht, seine geschäftlichen, amtlichen usw. Beziehungen jedoch auch fernerhin in dem bisherigen Wohnorte ihren Mittelpunkt finden (etwas abweichend Staudinger A 10; Planck A 4). Der Wohnsitz ist nicht aufgehoben, wenn jemand, der an einem andern Orte Wohnung nimmt, die frühere, für seine Bedürfnisse eingerichtete Wohnung zu

seiner Verfügung behält. In solchem Falle kann das Bestehen eines doppelten Wohnsitzes angenommen werden (vgl. PrOVG 58, 230). Mit dem Aufenthalt in einer Gefangenanstalt (vgl. A 1) ist die Aufgabe des bisherigen Wohnsitzes nicht notwendig verbunden.

§ 8

Wer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, kann ohne den Willen seines gesetzlichen Vertreters einen Wohnsitz weder begründen noch aufheben[1]).

E I 36 II 18; M 1 72; P 1 39; 6 119 ff.

1. Die Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes stellt sich als eine für die verschiedensten Rechtsverhältnisse bedeutsame Rechtshandlung dar, für welche deshalb ebenso wie für lästige Rechtsgeschäfte **unbeschränkte Geschäftsfähigkeit** gefordert wird. Ist diese Geschäftsfähigkeit nicht vorhanden, so entscheidet der Wille des gesetzlichen Vertreters, und zwar des Vertreters in persönlichen Angelegenheiten (vgl. § 1631 A 1), der den Willen des Vertretenen ersetzen oder ihn ergänzen kann. Zur Vertretung ist derjenige Elternteil, welchem nur die tatsächliche Fürsorge für die Person des Kindes zusteht, nicht berechtigt (vgl. §§ 1635, 1666, 1676 Abs 2, 1696, 1700, 1702 Abs 2, 1707). Ob der Wille des gesetzlichen Vertreters dahin gegangen ist, den Ort der Niederlassung zum Wohnsitze, d. i. zum Mittelpunkte der Lebensverhältnisse, des Geschäftsunfähigen zu erheben, ist aus den Umständen zu erkennen (vgl. OLG 1916, 19). Von Bedeutung hierfür kann sein, daß der unheilbar Geisteskranke unter Aufgabe der ihn mit andern Orten verknüpfenden Beziehungen dauernd in eine Irrenanstalt untergebracht ist (vgl. OLG 33, 19; abw. Josef in ArchZivPrax 114, 408). Die Zustimmung zu der Handlung des Geschäftsunfähigen hat regelmäßig die Bedeutung, daß dessen Wille ersetzt wird (a. A. namentlich Staudinger A 1 u. 3, welcher, falls nicht der gesetzliche Vertreter den Wohnsitz selbst bestimmt hat, eine natürliche Handlungsfähigkeit des Vertretenen fordert). Der Vertreter muß, damit sein Wille Wirksamkeit gewinnt, unbeschränkt geschäftsfähig sein.

§ 9

Eine Militärperson hat ihren Wohnsitz am Garnisonorte. Als Wohnsitz einer Militärperson, deren Truppenteil im Inlande keinen Garnisonort hat, gilt der letzte inländische Garnisonort des Truppenteils.

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Militärpersonen, die nur zur Erfüllung der Wehrpflicht dienen oder die nicht selbständig einen Wohnsitz begründen können[1])[2]).

E I 37 II 19; M 1 72 ff.; P 1 40.

1. Zu den **Militärpersonen** im Sinne des § 9 sind, da die in Abs 2 bezeichneten Personen ausgenommen sind, nach der bisherigen Heeresverfassung nur die Berufsoffiziere, Militärärzte und einen militärischen Rang einnehmenden Militärbeamten (auch die Kriegsgerichtsräte, RG 17. 12. 07 III 215/07) für die Dauer der Anstellung und die Unteroffizierkapitulanten für die Dauer der Kapitulation zu zählen (§ 4 MStGB v. 20. 6. 72 und Anlage I zu diesem Ges. in der Fassung v. 6. 2. 11; Kais. VO v. 1. 8. 08, betr. die Klasseneinteilung der Militärbeamten; § 38 des RMilG v. 2. 5. 74). Die Landgendarmen (vgl. § 2 Abs 3 EG zur MStGO) wurden in Preußen und in den meisten Bundesstaaten — nicht in Bayern und Württemberg — zu den Personen des Soldatenstandes gerechnet. In gleicher Weise ist der Kreis der Militärpersonen auch für die Kriegszeit zu begrenzen mit der Änderung, daß die Dienstpflicht der Unteroffizierkapitulanten für die Dauer des Krieges (nach angeordneter Mobilmachung) eine zeitlich unbeschränkte ist. Mit den zur Erfüllung der Wehrpflicht dienenden Militärpersonen des Abs 2 — welcher Ausdruck insofern kein genauer ist, als der Kriegsdienst freiwillig übernommen werden kann, selbst von solchen Personen, die das wehrpflichtige Alter bereits überschritten haben und als die zeitliche Grenze der Wehrpflicht für die Kriegszeit nicht gilt — hat nur der Gegensatz zu den Personen, die den Heeresdienst als Beruf ausüben, bezeichnet werden sollen (KGJ 48, 74; JW 1916, 211; LZ 1917, 137 — abw. frühere Auflage). Die in § 9 bezeichneten Militärpersonen haben, sofern sie selbständig einen Wohnsitz begründen können (§ 8 A 1), kraft Gesetzes, ohne daß es auf ihren Willen oder das Vorhandensein einer tatsächlichen Niederlassung (RG Warn 08 Nr 112) ankommt, ihren Wohnsitz (nicht den ausschließlichen Wohnsitz — bestr., vgl. LZ 1918, 137) an ihrem inländischen Garnisonorte oder, wenn ein solcher fehlt, am letzten inländischen Garnisonorte. Ist auch dieser nicht vorhanden, so kann für Angelegenheiten der streitigen Gerichtsbarkeit ein im Inlande belegener Ort als Garnisonort durch Kais. VO bestimmt werden (§ 8 des Ges. v. 28. 5. 01). Durch eine bloße

Abkommandierung wird der Garnisonort nicht geändert. Nach dem Erl des PrKM v. 27. 2. 16 bestimmt sich für neu aufgestellte Formationen der Garnisonort nach dem Standort der entsprechenden Ersatzformation. Der Gerichtsstand der Niederlassung (§ 21 ZPO) und der aus der Niederlassung sich ergebende Erfüllungsort (§ 269 Abs 2) wird selbstverständlich durch diesen Wohnsitz nicht berührt. Die Grundlagen der Wehrverfassung sind jetzt (Ges. über Bildung einer vorläufigen Reichswehr v. 6. 3. 19, über Bildung einer vorläufigen Reichsmarine v. 16. 4. 19) dahin geändert, daß die Mannschaften angeworben werden. Eine Änderung der Vorschriften über den gesetzlichen Wohnsitz der Militärpersonen ist hierdurch nur insofern herbeigeführt, als die Angeworbenen zu den Militärpersonen gehören, die den Heeresdienst als Beruf ausüben. Nicht hierzu gehören die Mitglieder der Einwohnerwehr, die nur polizeiliche Verrichtungen zu erfüllen haben.

2. Ein gesetzlicher Wohnsitz der **Beamten** besteht nicht. Die Beamten haben zwar an dem Orte, wo sie ihre dienstliche Tätigkeit zu versehen haben, ihren Amtssitz, und sie können von der vorgesetzten Behörde angehalten werden, dort ihren Wohnsitz zu nehmen. Ob sie aber an diesem Ort ihren Wohnsitz haben, ist lediglich nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 7 ff. zu beurteilen. Denjenigen Deutschen, welche das Recht der Exterritorialität besitzen oder welche als Beamte des Reiches oder eines Bundesstaats im Auslande tätig sind und keinen inländischen Wohnsitz haben, ist ein gesetzlicher Wohnsitz nur in Ansehung des Gerichtsstandes, und zwar am letzten inländischen Wohnort oder in der Hauptstadt des Heimatstaats zugewiesen (§ 15 ZPO). Hinsichtlich der früheren Kolonialbeamten s. §§ 7 ff. KolBG v. 8. 6. 10.

§ 10

Die Ehefrau teilt den Wohnsitz des Ehemanns. Sie teilt den Wohnsitz nicht, wenn der Mann seinen Wohnsitz im Ausland an einem Orte begründet, an den die Frau ihm nicht folgt und zu folgen nicht verpflichtet ist[1])[2]).

Solange der Mann keinen Wohnsitz hat oder die Frau seinen Wohnsitz nicht teilt, kann die Frau selbständig einen Wohnsitz haben[1]).

E I 39 II 20; M 1 74; P 1 41 ff.; 6 113.

1. Der Verpflichtung der **Ehefrau** zur häuslichen Gemeinschaft mit dem Manne (§§ 1353, 1354) entspricht es, daß sie einen von dem Wohnsitz des Mannes verschiedenen Wohnsitz nicht für sich begründen kann. Sie hat diese Befugnis auch nicht während einer Strafhaft des Mannes (RG 5. 7. 1915 IV 177/13). Dagegen steht ihr, solange der Mann keinen Wohnsitz hat (obschon die Pflicht zur ehelichen Folge nicht aufgehoben ist), die Begründung eines selbständigen Wohnsitzes frei. Die Frau kann auch von dem Manne ermächtigt werden, für sich und den Mann einen neuen Ehewohnsitz zu begründen. Eine stillschweigende Ermächtigung dieser Art wird nach der Lage des Falles angenommen werden können, wenn der Mann durch Antritt einer mehrjährigen Freiheitsstrafe gezwungen ist, die erforderliche Wahl des neuen Wohnsitzes der Frau zu überlassen. Die von der Frau vorgenommene Wahl des neuen Wohnortes wird auch durch nachträgliche, wenn auch nur stillschweigende Genehmigung seitens des Mannes von dem Augenblick der Genehmigung an wirksam. Die Regel, daß die Frau den Wohnsitz des Mannes teilt, greift auch durch, wenn der Mann seinen inländischen oder ausländischen Wohnsitz arglistig der Frau verschwiegen haben sollte. Eine Ausnahme ist nur in dem Falle zugelassen, daß der Mann ins *Ausland* gezogen ist und die Frau ihm nicht folgt, auch, weil ein solches Verlangen des Mannes ein Mißbrauch seines Rechtes sein würde, *nicht zu folgen braucht*. Als Ausland im Sinne des § 10 sind auch die bisherigen Schutzgebiete anzusehen. Ein Mißbrauch des ehemännlichen Rechtes wird nicht anzunehmen sein, wenn die Frau von vornherein infolge der geschäftlichen oder amtlichen Beziehungen ihres Mannes mit der Verlegung des Wohnsitzes in das Ausland rechnen mußte. Bis zu dem Zeitpunkte, wo die Frau sich endgültig entschließt, dem Manne nicht zu folgen, bleibt der ausländische Wohnsitz des Mannes für sie maßgebend. Sonstige Gründe, aus denen sie die eheliche Gemeinschaft verweigern darf, berechtigen sie nicht zum Erwerb eines selbständigen Wohnsitzes (RG 59, 337; a. A. Staudinger A 8 und Planck A 5 für den Fall, daß die Frau dem Manne ins Ausland gefolgt, demnächst aber wieder in das Inland zurückgekehrt ist). Die von ihrem Manne *getrennt lebende Frau* ist hierzu selbst dann nicht berechtigt, wenn ihr das Recht zum Getrenntleben zuerkannt ist (RG 59, 337). Das Gesetz hat davon abgesehen, das Wohnsitzrecht und die Verpflichtung der Frau, dem Manne zu folgen, übereinstimmend zu gestalten, um die Feststellung des Wohnsitzes der Frau nicht zu erschweren. Die Vorschrift des Abs 1 Satz 2 gilt auch für den Fall, daß der Mann bereits zur Zeit der Verheiratung seinen Wohnsitz im Inlande hatte.

2. Der Wohnsitz der Ehefrau ist ein **abgeleiteter**. Es brauchen also die Voraussetzungen zum Erwerb des Wohnsitzes nur in der Person des Mannes vorzuliegen. Die Frau teilt den Wohnsitz, auch wenn zur Zeit der Eheschließung die Eheleute bereits den Willen haben, den

früher von dem Manne erworbenen Wohnsitz binnen kurzem aufzugeben, somit die Frau den Wohnsitz als eigenen nicht hätte erwerben können. Der abgeleitete Wohnsitz bleibt so lange bestehen, bis rechtskräftig die Ehe geschieden oder die eheliche Gemeinschaft aufgehoben (RG 59, 340) oder die Ehe für nichtig erklärt ist. Es sind dies Vorgänge, die in das Heiratsregister eingetragen werden (§ 55 PStG in der Fassung des Art 46 EG) und leicht feststellbar sind. Den Wohnsitz des Mannes behält in diesem Falle die Frau nur bei, wenn der Wohnsitz gemäß § 7 auch von ihr begründet war. Ist die Ehe wegen mangelnder Form der Eheschließung und wegen mangelnden Eintrags in das Heiratsregister schlechthin nichtig (§ 1329 Satz 2), so tritt der abgeleitete Wohnsitz nicht ein.

§ 11

Ein eheliches Kind teilt den Wohnsitz des Vaters, ein uneheliches Kind den Wohnsitz der Mutter, ein an Kindes Statt angenommenes Kind den Wohnsitz des Annehmenden[1]). Das Kind behält den Wohnsitz, bis es ihn rechtsgültig aufhebt[2]).

Eine erst nach dem Eintritte der Volljährigkeit des Kindes erfolgende Legitimation oder Annahme an Kindes Statt hat keinen Einfluß auf den Wohnsitz des Kindes[3]).

E I 40 II 21; M 1 75 ff.; P 1 423; 6 113.

1. Die Familiengemeinschaft hat im Verhältnis zwischen Eltern und Kindern regelmäßig (vgl. A 2) auch eine **Gemeinschaft des Wohnsitzes** zur Folge. Das eheliche Kind, dem das durch nachfolgende Ehe oder Ehelichkeitserklärung legitimierte Kind gleichsteht (§§ 1719, 1736), teilt den Wohnsitz des Vaters, nicht des Inhabers der elterlichen Gewalt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob es minderjährig oder volljährig ist, ob die Ehe besteht oder geschieden ist, ob dem Vater die Sorge für die Person des Kindes zusteht oder nicht. Über die Ehelichkeit des Kindes aus nichtiger Ehe s. § 1699. Der die Nichtigkeit kennende Vater verliert zwar nach § 1701 alle sich aus der Vaterschaft ergebenden Rechte. Gleichwohl bleibt sein Wohnsitz, da ein Vaterschaftsrecht hierin nicht zu erblicken ist, maßgebend für den Wohnsitz des Kindes, falls nicht die Ehe schlechthin nichtig ist (§ 1699 Abs 2). Das uneheliche Kind (sofern es nicht legitimiert ist) teilt den Wohnsitz der Mutter, nicht aber das eheliche Kind, auch nicht, wenn der Vater gestorben ist und die Mutter im Besitz der elterlichen Gewalt sich befindet. Das an Kindes Statt angenommene Kind endlich hat, da es dem Einfluß der Eltern gänzlich entzogen ist (vgl. § 1765 A 1), den gleichen Wohnsitz wie der Annehmende.

2. Die zu 1 behandelte Gemeinschaft des Wohnsitzes hat nicht die Bedeutung, daß damit ein **selbständiger Wohnsitz** des Kindes ausgeschlossen wäre. Schon vor erreichter Volljährigkeit kann das Kind mit Willen des gesetzlichen Vertreters oder der gesetzliche Vertreter für das Kind (§ 8 A 1) einen besondern Wohnsitz begründen, vorausgesetzt, daß der hierauf gerichtete Wille zur Durchführung gebracht ist. Ebenso kann der Vater bei Veränderung seines Wohnsitzes dem Kinde den bisherigen Wohnsitz belassen. Eine Änderung des Wohnsitzes des Kindes wird regelmäßig nicht schon darin zu finden sein, daß der Vater seiner am andern Orte wohnenden geschiedenen Ehefrau das Kind zur Erziehung überlassen hat (KGJ 38 A 79). Die zur Fürsorge für die Person des Kindes berechtigte Mutter ist nicht die gesetzliche Vertreterin in bezug auf den Wohnsitz des Kindes. Nach Erreichung der Volljährigkeit kann das Kind selbständig einen Wohnsitz nehmen. Dies kann auch dadurch geschehen, daß es, wenn der Vater verzieht, den bisherigen Wohnsitz beibehält. Es kann auch ohne Begründung eines neuen Wohnsitzes den früheren Wohnsitz aufgeben. Die Gemeinschaft des Wohnsitzes mit dem Vater erlischt in diesen Fällen und lebt nicht etwa dadurch wieder auf, daß das Kind den erworbenen Wohnsitz später wieder verliert. Bloß dadurch, daß der Vater wohnsitzlos wird (ohne daß er zugleich den Wohnsitz für das Kind aufgibt), geht dem minderjährigen Kinde der einmal erlangte Wohnsitz nicht verloren (M 1, 76).

3. In Übereinstimmung mit dem selbständigen Wohnsitzrecht des volljährigen Kindes (vgl. A 2) steht es, daß eine erst nach der Volljährigkeit eintretende **Legitimation oder Annahme an Kindes Statt** auf den Wohnsitz des Kindes **ohne Einfluß** ist.

§ 12

Wird das Recht[1]) zum Gebrauch eines Namens[2]) dem Berechtigten von einem anderen bestritten[3]) oder wird das Interesse des Berechtigten dadurch verletzt, daß ein anderer unbefugt den gleichen Namen gebraucht[4]), so kann der Berechtigte von dem anderen Beseitigung der Beeinträchtigung ver-

langen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen[5]).

E II 22; P 1 43 ff.; 6 113.

1. Das Recht auf **Namensschutz,** das auf gewerblichem Gebiete durch besondere Gesetze geordnet ist (s. über Firmenrecht HGB §§ 17 ff., über Warenzeichenrecht WZG v. 12. 5. 94; vgl. auch § 16 UnlWG v. 7. 6. 09), hat durch § 12 seine allgemeine gesetzliche Anerkennung gefunden. Bei dem Schutz des Namens, der den einzelnen im bürgerlichen und gesellschaftlichen Verkehre unterscheidet und hervorhebt, handelt es sich — wie bei dem Recht am eigenen Bilde, vgl. §§ 22, 23 KunstUG v. 9. 1. 07 — wesentlich um ein Persönlichkeitsrecht (vgl. RG 69, 403). Die Vermögensinteressen kommen hierbei erst in zweiter Linie in Betracht. Der Anspruch erscheint deshalb als ein nicht vermögensrechtlicher, für welchen die Revision nach § 546 ZPO ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig ist (RG JW 99, 574[8]). Der Namensschutz des BGB erstreckt sich sowohl auf den die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Familie klarstellenden Familiennamen als auf den zur Unterscheidung des einzelnen von den Trägern des gleichen Familiennamens bestimmten Vornamen, ebenso auf den Geburtsnamen der verheirateten Frau (RG JW 1912, 338[1]). Geschützt ist durch § 12 auch die Adelsbezeichnung in ihrer namensrechtlichen Bedeutung, während über die Frage der Zugehörigkeit eines Geschlechts zum Adelsstande, als eine Frage des öffentlichen Rechtes — soweit nicht hierüber als Voraussetzung eines andern Klageanspruchs zu entscheiden ist —, der Rechtsweg ausgeschlossen war (RG JW 01, 173[36]; 04, 53[3]; 2. 5. 07 IV 480/06; 24. 6. 09 IV 553/08; vgl. über die Maßgeblichkeit der Entscheidung des bisherigen preußischen Heroldsamts über das Adelsrecht eines preußischen Staatsangehörigen für Berichtigung des Standesregisters KGJ 36 A 55; 42 A 66; 44 A 65 und für Prozeßentscheidungen RGSt 43, 33; JW 01, 173[36]; PrJMBl 1913, 61; a. A. OLG Celle in JW 1911, 610). Die Beschränkung des Rechtswegs ist jetzt weggefallen, da die Adelsbezeichnung nach Art 109 RV nur noch die Bedeutung hat, daß sie als Teil des Namens gilt. In Bayern ist durch Ges. v. 28. 3. 19 (vgl. indes Aufsatz in LZ 1919, 771) der Adel vollständig beseitigt. Die Bestimmungen über den Schutz des Namensrechts kommen ferner der Telegrammadresse (einer mit der Telegraphenanstalt vereinbarten abgekürzten Adresse, TelO v. 16. 6. 04 § 3 VII) zugute (RG 27. 5. 09 IV 559/08). Sie haben wegen Rechtsähnlichkeit auch auf die Verletzung des Wappenrechts entsprechende Anwendung zu finden, und zwar auch dann, wenn es sich um das Wappenrecht einer Körperschaft des öffentlichen Rechtes handelt (RG 71, 262). Darin allein, daß das Ortswappen einer Stadtgemeinde auf der Ausstattung eines gewerblichen Erzeugnisses angebracht wird, ist übrigens, wenn der Benutzer sich nicht das Recht anmaßt, das Wappen als eigenes zu führen, eine Verletzung des Wappenrechts noch nicht zu finden. Auf einen bloßen Titel oder eine bloße Standesbezeichnung, wie den persönlichen Adel in Bayern und Württemberg (RG JW 04, 53[3]), findet § 12 keine Anwendung (a. A. Planck A 5, der § 12 entsprechend anwenden will). Die Fortführung eines nach der Verleihung entzogenen Hoflieferantentitels kann gegen § 3 UnlWG verstoßen (RG 80, 273). Der in § 12 gewährte Namensschutz ist, obschon diese Vorschrift in dem von den natürlichen Personen handelnden Abschnitte seine Stelle hat, auch auf juristische Personen (RG 74, 114) und selbst auf nicht rechtsfähige Vereine (RG 78, 101) auszudehnen, da diese Vereinigungen zur Unterscheidung im Rechtsverkehr unbedingt auf die Führung eines Namens angewiesen sind (vgl. § 22 A 3, § 57). Die Berechtigung zum Gebrauch des Namens ist nach dem Rechte der Staatsangehörigkeit des den Namen Beanspruchenden zu beurteilen, nicht nach dem Rechte des Staatsgebiets, in welchem der Name geführt wird (RG 95, 272).

2. Den Namensschutz kann nur geltend machen, wer das **Recht zur Führung des Namens** hat. Hinsichtlich des Familiennamens steht dieses Recht allen Mitgliedern der Familie zu. Insbesondere kann die Ehefrau die unbefugte Führung des Familiennamens ihres Mannes aus eigenem Recht untersagen (RG Gruch 46, 127). Über das Namensrecht der Ehefrau s. § 1355, der geschiedenen Ehefrau § 1577, über das Recht des Kindes § 1616, des angenommenen Kindes § 1758. Über Erteilung der Vornamen s. § 1616 A 2. Beweisend für die Richtigkeit des Namens sind die Eintragungen im Standesregister, deren Berichtigung nach § 66 PStG v. 6. 2. 75 nur von dem Gericht angeordnet werden kann. Die Landespolizeibehörde hat nicht das Recht, die Führung eines nach dem Standesregister dem andern zukommenden Namens zu untersagen (KGJ 42 A 72). Einen von diesen Bestimmungen abweichenden bürgerlichen Namen (Familiennamen und Vornamen) darf der einzelne sich nicht willkürlich beilegen. Die Änderung des Namens ist nur zulässig mit Genehmigung der Behörde — in Preußen des Regierungspräsidenten (A. E. 12. 7. 67, AVf v. 15. 8. 98, 26. 4. 17), jetzt nach V v. 3. 11. 19 des Justizministers, in Bayern der Distriktspolizeibehörde (MinBek v. 27. 12. 99). In unbestrittener Übung ist jedoch, daß Künstler und Schriftsteller sich für ihr Fachgebiet einen von ihrem bürgerlichen Namen verschiedenen Namen beilegen. In der Benutzung dieses Namens, der ein gutes Teil künstlerischer und schrift-

stellerischer Ehre einschließt, haben sie deshalb nach § 12 auch Schutz zu beanspruchen. Weiter darf man aber in dem Schutz des **Decknamens** (Pseudonyms) nicht gehen (bestr.). Auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts oder einer Klage ist es übrigens ohne Einfluß, daß die Partei mit einem Decknamen bezeichnet ist. Beruht das Namensrecht darauf, daß der Name im Standesregister als von dem Vater überkommen eingetragen ist, so hat darüber, ob der Name der richtige ist, lediglich der für die Berichtigung des Standesregisters zuständige Richter zu entscheiden. Die Landespolizeibehörde hat nicht das Recht, die Führung eines nach dem Standesregister zukommenden Namens zu untersagen (KGJ 42 A 72). Grundsätzlich verschieden von dem Namensschutz ist der Firmenschutz (§ 37 HGB). Ein den Namen des früheren Geschäftsinhabers enthaltender Zusatz zu der Firma kann mit dieser ein einheitliches Ganze bilden (RG 88, 423). Die Berechtigung, den Namen eines andern in seiner Firma zu führen, gibt noch nicht die Rechte aus § 12 (RG JW 05, 72[3]). Zulässig ist es, obschon das Namensrecht selbst von der Person des Berechtigten nicht abgetrennt und einem andern übertragen werden kann (RG 87, 147), durch schuldrechtlichen Vertrag die Benutzung des Namens einem andern zur Bezeichnung eines Geschäfts, einer Anstalt, eines Vereins, einer Druckschrift, einer Ware usw. zu gestatten. In diesem Falle darf der Namensberechtigte von seinem Recht keinen dem Vertrage zuwiderlaufenden Gebrauch machen. Ein Streit darüber, ob das Namensrecht verletzt ist, kann nur zwischen dem Inhaber des Rechtes und dem Verletzer ausgetragen werden (RG 87, 147). Ein derartiges Benutzungsrecht kann einen großen Vermögenswert darstellen, namentlich dann, wenn das Geschäft oder die Ware unter dem ihnen beigelegten Namen in der Kundschaft sich gut eingeführt hat. Im Zweifel ist deshalb bei Verkauf eines den Namen des Verkäufers tragenden Fremdenheims anzunehmen, daß der Käufer befugt sein soll, bei Weiterveräußerung das Recht zur Benutzung des Namens mit zu übertragen (RG Gruch 45, 74). Der Benutzungsberechtigte erlangt (abgesehen von den besondern Bestimmungen über Schutz der Firma oder des Warenzeichens) nicht das eigene Recht, die Führung des Namens Dritten zu untersagen (RG SeuffA 53 Nr 207). Er kann aber das Untersagungsrecht als Bevollmächtigter des Namensberechtigten ausüben. Hat der Namensberechtigte die unbeschränkte Verwertung der unter seinem Namen in den Verkehr gebrachten Ware einem andern überlassen, so kann diesem hiermit die Befugnis eingeräumt sein, den Namen als Warenzeichen für sich eintragen zu lassen (RG 30. 5. 07 IV 539/06; vgl. auch Warn 1911 Nr 221). In der Zustimmung des früheren Firmeninhabers zur Fortführung der Firma liegt im Zweifel auch die Ermächtigung, die Firma für eine Zweigniederlassung zu gebrauchen, nicht aber auch die Ermächtigung, die Zweigniederlassung unter dieser Firma als selbständiges Geschäft weiterzuveräußern (RG JW 08, 18[23]). Der Betriebsinhaber kann, wenn er seinen Namen zur Bezeichnung des Geschäfts verwendet hat, das Recht auf Führung dieses Anstaltsnamens seinem Nachfolger einräumen. Wird lediglich aus Gefälligkeit die Benutzung des Namens gestattet, so ist diese Erlaubniserteilung im Zweifel als eine widerrufliche anzusehen. Durch die Eintragung eines Warenzeichens wird niemand gehindert, seinen eigenen Namen im Geschäftsverkehr zu gebrauchen (§ 13 WZG v. 12. 5. 94; RG 90, 88). Das Namensrecht des Ausländers bestimmt sich nach seinem Heimatsrecht. Er kann jedoch im Inlande nur nach Maßgabe des § 12 Schutz beanspruchen (bestr.).

3. Das Klagerecht des Namensberechtigten hat eine doppelte Richtung. Er kann verlangen, daß ihm selbst das Recht der Namensführung nicht beeinträchtigt wird, und er kann einem jeden andern (s. hierüber A 4) die Benutzung des Namens verbieten. Als Beeinträchtigung ist es anzusehen, wenn dem Berechtigten die Befugnis zum Gebrauch seines Namens, sei es zur Bezeichnung seiner Person oder seines Geschäfts usw., **von einem andern bestritten wird.** Das Bestreiten kann wörtlich oder durch Handlungen erfolgen, die mit dem Namensrecht in Widerspruch treten. Es kann mittelbar auch in der Weise geschehen, daß dem Berechtigten grundsätzlich statt des ihm zukommenden Namens ein anderer Name beigelegt wird. Das Klagerecht richtet sich gegen jeden, der das Namensrecht bestreitet. Der Rechtsweg ist aber unzulässig, wenn eine Behörde in Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse tätig geworden ist (RG 39, 303; JW 1919, 309[11]; 05, 72[4]; Gruch 50, 881). Zugelassen ist jedoch von dem RG im Urteil v. 21. 10. 09 IV 5/09 eine Klage gegen den Hamburgischen Staat, vertreten durch die Aufsichtsbehörde für die Hamburgischen Staatsämter, weil diese Aufsichtsbehörde im Wege des Berichtigungsverfahrens einen unrichtigen Namen für den Kläger in das Standesregister hatte eintragen lassen. Zur Klageerhebung kann auch der Umstand Veranlassung geben, daß in dem Gothaischen Genealogischen Taschenbuch eine zum Uradel gehörige Familie als zum Briefadel gehörig verzeichnet ist (vgl. RG 21. 3. 12 IV 419/11).

4. Ein **unbefugter Gebrauch des Namens** liegt vor, wenn jemand den Namen ohne Recht zur Bezeichnung seiner Person, seines Geschäfts, seiner Ware usw. verwendet. Dabei ist es gleichgültig, ob die Schreibweise des Namens etwas verändert ist und ob der Benennung des früheren Geschäftsinhabers zur Individualisierung des Geschäfts ein dementsprechender Zusatz, wie „vormals", „früher" beigefügt ist (RG 56, 187). Die Hinzufügung des Wortes

„nach“ (Ware nach N N) ist nicht immer Systembezeichnung, es kann hierin auch, was im einzelnen Falle zu prüfen, ein unbefugter Gebrauch des Namens liegen (RG Warn 1912 Nr 195). Ein unbefugter Gebrauch ist aber auch darin zu erblicken, daß der Name in verletzender Weise einem Tiere (anders RG DJZ 06, 543) oder einer in einem Roman, Theaterstück oder Bildwerk dargestellten, auf den berechtigten Namensträger hinweisenden Figur beigelegt wird (bestr.). Nach RG DJZ 06, 543 (vgl. auch KG in LZ 1914, 1674[1]) enthält die Benutzung des Namens zur Bezeichnung einer typischen Figur (Professor Biedermann) nicht ohne weiteres eine Verletzung des Namensrechts. Keine Verletzung des Namensrechts ist es, wenn hinsichtlich des berechtigten Namensträgers etwas Unrichtiges ausgesagt wird (RG 91, 353). Das Klagerecht setzt weiter voraus, daß durch den unbefugten Gebrauch das Interesse des Namensberechtigten verletzt ist. Wer den Namen „Müller“ oder „Schulze“ führt, kann bei der weiten Verbreitung des Namens regelmäßig kein Interesse daran haben, ob noch eine weitere Person existiert, die berechtigt oder unberechtigt sich des gleichen Namens bedient. Das Interesse, dem unbefugten Namensgebrauch entgegenzutreten, kann darin begründet sein, daß durch den Gebrauch der Schein der Zugehörigkeit zur Familie des Klägers erweckt wird, es genügt aber auch jedes andere persönliche oder vermögensrechtliche Interesse, das jedoch nicht über das verständige Maß hinausgehen darf. Der Namensberechtigte braucht sich nicht gefallen zu lassen, daß sein Name zu Anpreisungszwecken mit dem Geschäft oder den Waren eines andern in irgendeiner Weise in Verbindung gebracht wird (RG 74, 308 über Benutzung des Namens „Graf Zeppelin“ als Warenzeichen; 86, 123; JW 1911, 26[2]; Warn 1911 Nr 222 — anders hinsichtlich des städtischen Wappenrechts RG Warn 1911 Nr 468). Der Benutzung eines Namens zur Bezeichnung einer Ware kann jedoch nicht widersprochen werden, wenn der Name den Charakter einer bloßen Beschaffenheitsangabe angenommen hat (RG 69, 310). Dem Geschäftsnachfolger ist es über § 22 HGB hinaus nicht gestattet, einen den Namen des früheren Geschäftsinhabers angebenden Zusatz in die Firma aufzunehmen (RG 56, 188). Das persönliche Interesse des Namensberechtigten kann verletzt sein, wenn dem den Namen unbefugt Gebrauchenden ein persönlicher Makel anhaftet. Abgesehen hiervon wird bei völliger Verschiedenheit des Wohnsitzes und der Lebensstellung beider Teile eine Beeinträchtigung des persönlichen Interesses nicht leicht anzunehmen sein (RG Warn 1915 Nr 101). Ausgeschlossen ist das Klagerecht gegen denjenigen, der sich den Namen mit Genehmigung der zuständigen Behörde (vgl. A 2) beigelegt hat. Es kann in diesem Falle auch nicht gegen die Behörde geklagt werden, wennschon diese bei Erteilung der Genehmigung auf die Namensrechte dritter Personen Rücksicht nehmen soll. Nicht ausgeschlossen ist das Klagerecht, wenn der Name unberechtigt als Firma oder Warenzeichen eingetragen ist, sofern nicht etwa der als Warenzeichen benutzte Name Gattungsbezeichnung geworden ist (§§ 4 Nr 1, 13 WZG v. 12. 5. 94; RG 56, 160; Warn 1915 Nr 5). Die Verurteilung wird auch nicht dadurch gehindert, daß der Name für den Beklagten im Geburtsregister eingetragen ist (RG 2. 5. 07 IV 480/06). Ebensowenig steht der Klage entgegen, daß im standesamtlichen Berichtigungsverfahren das Namensrecht des Klägers nicht anerkannt ist (RG 21. 10. 09 IV 5/09). Ein unbefugter Gebrauch des Vereinsnamens (s. A 1 a. E.) ist anzunehmen, auch wenn der Name nicht ganz der gleiche ist, sondern geringfügige Abweichungen aufweist, denen im gewöhnlichen Verkehre keine Unterscheidungskraft beigemessen wird. Es kann aber nicht die Unterlassung einer Bezeichnung gefordert werden, die nach staatlicher Regelung gerechtfertigt ist (RG JW 1913, 1144[1] in einem Falle, wo der Verband deutscher Diplom-Ingenieure gegen den Verein deutscher Diplom-Brauerei-Ingenieure klagte). Ein Anspruch darauf, daß der den gleichen Familiennamen Führende zur Vermeidung von Verwechslungen sich dieses Namens nur in Verbindung mit seinem Vornamen oder einem sonstigen Unterscheidungsmerkmal bediene, ist aus § 12 nicht herzuleiten (vgl. RG JW 1911, 572[2] — anders bei der Firma gemäß § 16 UnlWG, RG Warn 1913 Nr 79).

5. Mit der Klage kann die **Beseitigung der Beeinträchtigung** (falls nicht etwa die Sache so liegt, daß das Bestreiten gar nicht ernsthaft gemeint sein konnte) und die **Unterlassung weiterer Beeinträchtigung** gefordert werden. Nötigenfalls auch die der zuständigen Stelle gegenüber zu erklärende Einwilligung in Ausübung des vom Kläger beanspruchten, von der Namensberechtigung abhängigen Rechtes. Zu der Beseitigung der Beeinträchtigung gehört, daß die rechtsverletzende Eintragung des Warenzeichens usw. gelöscht (RG 54, 42), der auf dem Ladenschild angebrachte Name entfernt, die unrichtige Namensangabe in Ankündigungen berichtigt wird, daß im Falle des öffentlichen Bestreitens des Namensrechts eine öffentliche Anerkennung erklärt wird u. dgl. Ist eine Fortsetzung des unbefugten Namensgebrauchs zu besorgen, so kann der Beklagte zur Unterlassung verurteilt werden, womit nach § 890 ZPO die Androhung von Haft- oder Geldstrafe und die Verurteilung zur Sicherheitsbestellung verbunden werden kann. Der Feststellungsklage des § 256 ZPO bedarf es hiernach zur Ergänzung des Namensschutzes nicht. Ein Anspruch auf Schadensersatz ist nach § 823 bei Verschulden des Gegners gegeben (vgl. RG 95, 272).

§ 13

Wer verschollen ist[1]), kann nach Maßgabe der §§ 14 bis 17 im Wege des Aufgebotsverfahrens[2]) für tot erklärt werden[3]).

E I 5, 10, 20 II 2 Abs 1 Satz 1, 6; M 1 33 ff., 41 ff.; P 1 4 ff., 10 ff., 25 ff.; 6 6 ff.

1. Die **Verschollenheit** setzt das Fehlen von Nachrichten über die Fortdauer des Lebens voraus. Sie wird regelmäßig schon dann anzunehmen sein, wenn an dem letzten inländischen Wohnsitz des Verschollenen — durch den zugleich, wenn ein solcher vorhanden ist, nach § 961 ZPO die Zuständigkeit des Aufgebotsgerichts bestimmt wird — keine Nachrichten über sein Leben zu erlangen sind und wenn auch die durch Verwandtschaft oder sonstige Beziehungen mit dem Verschollenen näher verbundenen Personen, bei denen das Vorhandensein von Nachrichten zu erwarten ist, ohne Nachricht sind, so daß Zweifel an dem Fortleben gerechtfertigt sind. Das Aufgebotsgericht hat gegebenenfalls nach § 968 ZPO hierüber Aufklärung zu schaffen. Die Verschollenheit kann eintreten, auch ohne daß der Verschollene sich von dem letzten bekannten Aufenthaltsorte entfernt hat.

2. Das Aufgebot ist in allen Fällen der **Todeserklärung** erforderlich (vgl. § 966 ZPO). Das Verfahren ist geregelt durch die allgemeinen Vorschriften der §§ 946—959 und die speziell auf das Todeserklärungsverfahren bezüglichen Vorschriften der §§ 960—976 ZPO. Das zuständige Gericht wird nötigenfalls von der Landesjustizverwaltung oder dem Reichskanzler bestimmt, § 961 (vgl. für Preußen AVf des JM v. 27. 11. 99). Antragsberechtigt ist ein jeder Interessent (§§ 962, 974). Dem Gläubiger des Verschollenen wird allgemein die Antragsberechtigung nicht zugestanden werden können (abw. der Aufsatz in JW 1916, 898). Über die Wirkung der Todeserklärung s. § 18 A 1, über die Rechtsstellung des Abwesenheitspflegers § 1921 A 3.

3. Die Todeserklärung eines **Deutschen** kann bei der großen Bedeutung dieser in alle Rechtsverhältnisse eingreifenden Maßnahme nur von deutschen Gerichten ausgesprochen werden. Das Bestehen der deutschen Reichsangehörigkeit braucht selbstverständlich nur für den Beginn der Verschollenheit nachgewiesen zu werden, da für die spätere Zeit keine Nachrichten vorhanden sind. Ausnahmsweise ist in Art 9 Abs 2 EG auch die Todeserklärung eines **Ausländers** durch deutsche Gerichte zugelassen mit einer auf das inländische Vermögen (auch die in § 2369 Abs 2 BGB bestimmten Gegenstände) beschränkten Wirkung, worin ein Eingriff in die Rechte des Auslandsstaats nicht gesehen werden kann. Dem ausländischen Staate muß natürlich die Befugnis zu gleichen Anordnungen hinsichtlich eines Deutschen zugestanden werden. Art 9 Abs 2 hat auch nicht etwa die Bedeutung, daß die Wirkung der im Auslande erfolgten Todeserklärung eines Ausländers für die deutschen Rechtsverhältnisse ausgeschlossen wäre (a. A. Niemeyer § 10 S. 122). Eine weitere Ausnahme ist in diesem Artikel im Interesse der im Inlande befindlichen Ehefrau gemacht, die bis zu ihrer Verheiratung Deutsche war. Auf ihren Antrag kann der ausländische Ehemann, der seinen letzten Wohnsitz im Inlande hatte, von dem deutschen Gericht für tot erklärt werden, was namentlich für die Lösung der Ehe von Wichtigkeit ist. Die in Deutschland ausgesprochene Todeserklärung eines Deutschen, der in Österreich wohnhaft ist, wird nach dortigem Recht nicht als wirksam angesehen (BöhmsZ 20, 85 ff.). — War das Todeserklärungsverfahren **vor Inkrafttreten** des BGB anhängig, so wird das Verfahren gemäß Art 161 EG nach den früheren Gesetzen fortgeführt, und nach diesen bestimmt sich auch die Wirkung der Todeserklärung. Hinsichtlich der Beendigung der Ehe (vgl. §§ 1348—1352), der elterlichen Gewalt, des Amtes als Vormund usw. ist jedoch unbedingt, auch wenn die Todeserklärung früher erfolgt war, das neue Recht maßgebend (Art 158—160 EG).

§ 14

Die Todeserklärung ist zulässig, wenn seit zehn Jahren keine Nachricht von dem Leben des Verschollenen eingegangen ist[1]). Sie darf nicht vor dem Schlusse des Jahres erfolgen, in welchem der Verschollene das einunddreißigste Lebensjahr vollendet haben würde[2]).

Ein Verschollener, der das siebzigste Lebensjahr vollendet haben würde, kann für tot erklärt werden, wenn seit fünf Jahren keine Nachricht von seinem Leben eingegangen ist[1]).

Der Zeitraum von zehn oder fünf Jahren beginnt mit dem Schlusse des letzten Jahres, in welchem der Verschollene den vorhandenen Nachrichten zufolge noch gelebt hat[1]).

E I 6 II 2; M 1 37, 38; P 1 4 ff.; 6 107 ff.

1. Die Verschollenheit muß, damit die Todeserklärung zulässig ist, eine gewisse Zeit — zehn Jahre und bezüglich eines Verschollenen, der zur Zeit der Todeserklärung das 70. Lebensjahr vollendet haben würde, fünf Jahre — gedauert haben, wobei der Beginn der Frist von Schluß des Jahres, in welchem nach den eingegangenen Nachrichten der Verschollene zuletzt noch gelebt hat, zu rechnen ist (Kalenderjahrrechnung). Der Ablauf der **Verschollenheitsfrist** ist bei Stellung des Aufgebotsantrags glaubhaft zu machen (§ 963 ZPO). Ist dies versäumt, so wird gleichwohl die Todeserklärung zulässig sein, wenn nur zur Zeit des Urteils — das aber nicht zu diesem Zwecke auf längere Zeit hinausgeschoben werden darf — die Verschollenheitsfrist abgelaufen ist (vgl. § 970 ZPO). Bezüglich der Verschollenheitsfrist des Abs 2 ist nicht etwa zu verlangen, daß der Verschollene das 70. Lebensjahr bereits vor Ablauf der Frist vollendet haben muß. Die fünfjährige Verschollenheitsfrist beginnt auch hier mit dem Schluß des Kalenderjahrs. Dagegen braucht der Ablauf des Kalenderjahrs, in welchem der Verschollene später das 70. Lebensjahr vollendet haben würde, vor Erlaß des Aufgebots nicht abgewartet zu werden (a. A. Staudinger A III). Sind bei Erlaß des Aufgebots seit der Geburt des Verschollenen bereits 100 Jahre vergangen, so kann die Bekanntmachung des Aufgebots durch öffentliche Blätter unterbleiben (§ 966 ZPO).

2. Dem **Minderjährigen** soll daraus kein Nachteil entstehen, daß er oder sein gesetzlicher Vertreter, dem dies hauptsächlich zur Last fallen würde, über sein Fortleben keine Nachricht gegeben hat. Die zehnjährige Verschollenheitsfrist nimmt deshalb erst nach Aufhören der Minderjährigkeit, und zwar mit Ablauf des Kalenderjahrs, in dem die Minderjährigkeit aufgehört hat, ihren Anfang.

§ 15

Wer als Angehöriger einer bewaffneten Macht an einem Kriege teilgenommen hat[1]), während des Krieges vermißt worden und seitdem verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Friedensschlusse drei Jahre verstrichen sind. Hat ein Friedensschluß nicht stattgefunden, so beginnt der dreijährige Zeitraum mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der Krieg beendigt worden ist[2]).

Als Angehöriger einer bewaffneten Macht gilt auch derjenige, welcher sich in einem Amts- oder Dienstverhältnis oder zum Zwecke freiwilliger Hilfeleistung bei der bewaffneten Macht befindet[1])[3]).

E I 7 II 3; M 1 38 ff.; P 1 67.

1. Die §§ 15—17 geben Vorschriften für den Fall, daß der Verschollene in einer bestimmten Lebensgefahr sich befunden hat. Die allgemeine Bestimmung ist in § 17 enthalten. § 15, der von der **Kriegsgefahr** handelt, gilt nicht bloß für die Militärpersonen (vgl. § 9 A 1), sondern auch für alle diejenigen, die sich, sei es auf Grund eines Amts- oder Dienstverhältnisses, sei es freiwillig, ohne zurückgewiesen zu sein, in den Dienst der bewaffneten Macht (Heer, Landsturm, Marine) gestellt haben (vgl. § 155 des MStGB v. 20. 6. 72 über die Geltung der Kriegsgesetze). § 15 kommt auch zur Anwendung, wenn ein Verschollener als Angehöriger der bewaffneten Macht eines andern Staates, sofern er nach den Gesetzen dieses Staates als Angehöriger anzusehen ist, an einem Kriege teilgenommen hat. Nicht unbedingt notwendig ist für den Begriff des Krieges im Sinne des § 15, daß es sich um Feindseligkeiten zwischen mehreren Staaten handelt. Über die Anwendbarkeit des § 15 auf Ausländer s. § 13 A 2.

2. Die Todeserklärung setzt voraus, daß die betreffende Person während des Krieges **„vermißt"** ist, was regelmäßig durch Auskunft der militärischen Dienststelle festzustellen ist. Die Verschollenheit muß sodann seit dem Friedensschluß, von welcher Zeit an darauf gerechnet werden kann, daß der Vermißte im Falle des Lebens sich melden werde, drei Jahre lang gedauert haben, was mit der Vorschrift des § 17 übereinstimmt. An Stelle des Friedensschlusses tritt, wenn der Krieg ohne Friedensschluß beendet ist, der Ablauf des Kalenderjahrs, in welchem der Krieg tatsächlich durch Niederwerfung des Gegners oder Aufhören der Feindseligkeiten sein Ende erreicht hat. Die Verschollenheit muß mit der Kriegsgefahr in Verbindung stehen. Der Zusammenhang kann gegeben sein, auch wenn das Vermißtsein nicht auf dem Kriegsschauplatze eingetreten ist, wenn z. B. jemand als Gefangener abseits vom Kriegsschauplatze verbracht ist (bestr.). Vor dem Friedensschluß kann eine Todeserklärung nicht stattfinden. Mitunter wird in der Weise geholfen werden können, daß der Truppenteil den Tod bescheinigt, auch wenn die angestellten Ermittlungen den Tod des Vermißten nur als in hohem Maße wahrscheinlich ergeben haben.

3. Besondere Vorschriften sind in der VO des BR v. 18. 4. 16, abgeändert am 9. 8. 17, über die Todeserklärung der **Teilnehmer am letzten Kriege** getroffen. Die

lange Dauer des Krieges ließ es als ein dringendes Bedürfnis erscheinen, die Todeserklärung der Kriegsverschollenen schon vor Beendigung des Krieges zu ermöglichen. Die VO findet nicht bloß Anwendung auf die Angehörigen der bewaffneten Macht des Deutschen Reiches oder eines mit ihm verbündeten oder befreundeten Staates, sondern auch auf alle Personen, die tatsächlich sich der bewaffneten Macht angeschlossen haben oder (durch Festhaltung, Verschleppung usw.) in Feindeshand geraten sind. Zulässig ist der Antrag auf Todeserklärung, wenn seit dem Tage des Eingangs der letzten Nachricht bei den Stellen, bei denen füglich weitere Nachrichten zu erwarten waren, ein Jahr verstrichen ist (§ 1, vgl. Dronke in JW 1916, 635 f.; Stern in Gruch 60, 556). Hinsichtlich des Zeitpunkts des Todes gilt unter Aufrechterhaltung der Grundsätze des § 18 Abs 1 u. 3 BGB die dem § 18 Abs 2 Fall 1 entsprechende Vorschrift des § 2, hinsichtlich der Lebensvermutung die dem § 19 BGB entsprechende Vorschrift des § 3. Neben der letzteren Vorschrift kann natürlich die in § 15 BGB enthaltene Bestimmung eines dreijährigen Zeitraums nicht Platz greifen (RG 93, 108). Ist der Verschollene seit einem „besonderen" Kriegsereignis vermißt, so ist beim Mangel weiterer Aufklärung der Zeitpunkt dieses Ereignisses als Zeitpunkt des Todes anzunehmen (§ 2 Satz 2). Das Verfahren ist in den §§ 4—23 in Anschluß an die Vorschriften der ZPO geregelt. Abweichend ist namentlich, daß die Bekanntmachung des Aufgebots durch öffentliche Blätter unterbleiben kann, daß unter Umständen das Verfahren bis zur Dauer eines Jahres ausgesetzt werden darf und daß die Todeserklärung, wenn der Verschollene sie überlebt hat, durch Beschluß (§ 16) aufzuheben ist (vgl. § 12 Abs 2). Hinsichtlich der bei dem Truppenteil (Kompagnie, Lazarett usw.) bekannten Tatsachen kann die Zeugenvernehmung durch eine mit Dienstsiegel versehene Erklärung des militärischen Disziplinarvorgesetzten ersetzt werden. Auch genügt die mit Dienstsiegel versehene Auskunft der obersten Militärverwaltungsbehörde (§ 22 — Zentral-Nachweisebureau beim Kriegsministerium). Zu dem Antrag auf Todeserklärung, auf Aufhebung derselben und auf Berichtigung des Zeitpunkts des Todes — die auch von Amts wegen erfolgen kann — ist in allen Fällen die Staatsanwaltschaft befugt, nicht dagegen zur Erhebung der Anfechtungsklage. Die Staatsanwaltschaft ist auch sonst im Aufgebotsverfahren zuzuziehen (§§ 5, 9, 14, 19). Das Verfahren ist gebührenfrei. Wegen der Mitteilung an die Militärbehörde s. PrJMBl 1916 S. 129 und 291).

§ 16

Wer sich bei einer Seefahrt auf einem während der Fahrt untergegangenen Fahrzeuge befunden hat und seit dem Untergange des Fahrzeugs verschollen ist[1]), kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Untergang ein Jahr verstrichen ist[2]).

Der Untergang des Fahrzeugs wird vermutet, wenn es an dem Orte seiner Bestimmung nicht eingetroffen oder in Ermangelung eines festen Reiseziels nicht zurückgekehrt ist und wenn

bei Fahrten innerhalb der Ostsee ein Jahr,

bei Fahrten innerhalb anderer europäischer Meere, mit Einschluß sämtlicher Teile des Mittelländischen, Schwarzen und Azowschen Meeres, zwei Jahre,

bei Fahrten, die über außereuropäische Meere führen, drei Jahre

seit dem Antritte der Reise verstrichen sind[2]). Sind Nachrichten über das Fahrzeug eingegangen, so ist der Ablauf des Zeitraums erforderlich, der verstrichen sein müßte, wenn das Fahrzeug von dem Orte abgegangen wäre, an dem es sich den Nachrichten zufolge zuletzt befunden hat[2])[3]).

E I 8 II 4; M 1 39 ff.; P 1 7 ff.; 6 111.

1. Voraussetzung der **Seegefahr** ist, daß das Fahrzeug auf der Seefahrt, auf den in Abs 2 bezeichneten Meeren, sich befand, daß zweitens das Fahrzeug untergegangen ist und daß endlich der Verschollene, dessen Verschollenheit seit Untergang des Fahrzeugs eingetreten sein muß, zur Zeit des Untergangs sich auf diesem Fahrzeug aufhielt. Es greift deshalb nicht § 16, sondern allenfalls § 17 Platz, wenn es feststeht, daß das Fahrzeug beim Untergang nicht auf der See, sondern ohne Zusammenhang mit der Seefahrt auf einem Flusse oder in einem Hafen sich befand (bestr.). § 16 ist ferner nicht anwendbar, wenn der Verschollene nicht auf dem untergegangenen Fahrzeug, sondern auf einem andern Fahrzeug beziehentlich im Rettungsboot oder auf dem Lande war oder wenn über die Fortdauer seines Lebens noch nach dem Untergang des Fahrzeugs zuverlässige Nachricht vorhanden ist. Der Anwendbarkeit des § 16 steht nicht entgegen, daß der Verschollene zu seiner

Rettung in das Meer gesprungen ist (a. A. Hölder A 1 b, anscheinend auch Staudinger A 3b). Gleichgültig ist es, durch welche Ursachen, ob durch Wellengang, durch Brand, Explosion usw. der Untergang des Fahrzeugs herbeigeführt ist.

2. Die **Verschollenheitsdauer** ist auf ein Jahr beschränkt. Der Beweis des Untergangs des Fahrzeugs ist erleichtert durch die in Abs 2 aufgestellten Vermutungen. Die hier vorgeschriebenen Fristen richten sich danach, auf welchem Meere sich das Fahrzeug nach der letzten Nachricht befand, mit der Besonderheit jedoch, daß die längere Frist einzuhalten ist, wenn die Fahrt nach der von vornherein oder später dem Schiffe gegebenen Bestimmung nach einem Meere gehen sollte, für das die längere Frist gilt. Die bloße Möglichkeit, daß das Fahrzeug planwidrig nach einem solchen Meere gekommen ist, kann die Berechnung einer längeren Frist nicht rechtfertigen (a. A. Dernburg I § 52 III 2 und Hölder A 2b). Die Frist ist von dem Tage des Antritts der Reise an zu berechnen, auch wenn das Fahrzeug nicht sogleich das Meer erreicht hat. Sind während der Fahrt Nachrichten eingegangen, so beginnt die Frist mit der Zeit, in welcher das Fahrzeug nach diesen Nachrichten zuletzt noch unterwegs war. Zugrunde zu legen ist, wenn das Fahrzeug, das zunächst ein anderes Meer durchfahren hatte, nach den letzten Nachrichten sich in einem Meere, für das eine kürzere Frist gilt, befunden hat, diese kürzere Frist. Als europäisches Meer ist, abgesehen von den in Abs 2 bestimmten Ausnahmen, das von europäischem Lande begrenzte Meer anzusehen (vgl. Enneccerus § 79 A 14).

3. Trifft die Seeverschollenheit mit der **Kriegsverschollenheit** zusammen, so gelten nicht die Vorschriften des § 16, sondern des § 15, die gerade mit Rücksicht darauf gegeben sind, daß der Verschollene in Feindesland zurückgeblieben sein kann.

§ 17

Wer unter anderen als den in den §§ 15, 16 bezeichneten Umständen in eine Lebensgefahr geraten und seitdem verschollen ist, kann für tot erklärt werden, wenn seit dem Ereignisse, durch welches die Lebensgefahr entstanden ist, drei Jahre verstrichen sind[1]).

E II 5; P 1 9, 10; 6 111.

1. Das die **Lebensgefahr** verursachende Ereignis kann in einem Unfall (Eisenbahnunfall, Brand eines Gebäudes usw.), dem der Vermißte ausgesetzt war, oder in einer besonders gefahrvollen Lage bestehen, wie dies z. B. bei einer gefährlichen Bergbesteigung, einer Reise durch unwirtliche Gegenden, durch das Gebiet feindlicher Völker angenommen werden darf (abw. namentlich Kluckhohn in ArchZivPrax 107, 354 ff., welcher die als erhebliche Steigerung der allgemeinen Lebensgefährdung von ihm bezeichnete Gefahr von dem Zustande unterscheiden will, aus dem die Gefahr sich entwickelt). In dem Falle der besonders gefahrvollen Lage ist die dreijährige Frist des § 17 von der Zeit an zu rechnen, wo der Verschollene annehmbar, wenn er am Leben geblieben, aus der gefährlichen Lage befreit gewesen wäre. — Unter § 17 fällt auch die infolge der Gefahren der Luftschiffahrt eingetretene Verschollenheit.

§ 18

Die Todeserklärung begründet die Vermutung[1]), daß der Verschollene in dem Zeitpunkte gestorben sei, welcher in dem die Todeserklärung aussprechenden Urteile festgestellt ist.

Als Zeitpunkt des Todes[2]) ist, sofern nicht die Ermittelungen ein anderes ergeben, anzunehmen:

in den Fällen des § 14 der Zeitpunkt, in welchem die Todeserklärung zulässig geworden ist;

in den Fällen des § 15 der Zeitpunkt des Friedensschlusses oder der Schluß des Jahres, in welchem der Krieg beendigt worden ist;

in den Fällen des § 16 der Zeitpunkt, in welchem das Fahrzeug untergegangen ist oder von welchem an der Untergang vermutet wird;

in den Fällen des § 17 der Zeitpunkt, in welchem das Ereignis stattgefunden hat.

Ist die Todeszeit nur dem Tage nach festgestellt, so gilt das Ende des Tages als Zeitpunkt des Todes[3]).

E I 21 II 7; M 1 47 ff.; P 1 18 ff.; 6 111.

1. Die Todeserklärung begründet regelmäßig nur eine **Vermutung des Todes,** die durch Gegenbeweis widerlegt werden kann (§ 292 ZPO; RG JW 1910, 104[1]). Ausnahmsweise kommt ihr auf dem Gebiete des Familienrechts verschiedentlich eine rechtsgestaltende Wirkung zu. Sie hat zwar nicht ohne weiteres die Auflösung der Ehe zur Folge; hinsichtlich der persönlichen und vermögensrechtlichen Befugnisse und Verpflichtungen des andern Ehegatten und hinsichtlich der Ehelichkeit der Kinder (vgl. § 1591 A 1) greift nur die Todesvermutung ein. Sobald sich aber der andere Ehegatte wieder verheiratet, wird hierdurch die frühere Ehe aufgelöst, sofern nicht beide Ehegatten der neuen Ehe das Fortleben des für tot Erklärten gekannt haben (§ 1348). Die Verwaltung und Nutznießung des Mannes am eingebrachten Gute, die fortgesetzte Gütergemeinschaft, die Errungenschaftsgemeinschaft und die elterliche Gewalt (nicht aber die allgemeine Gütergemeinschaft) läßt das Gesetz zur Vermeidung von Verwicklungen mit der Todeserklärung, genauer dem in der Todeserklärung festgesetzten Zeitpunkt des Todes, endigen (§§ 1420, 1494, 1544, 1679 Abs 1). Hierin liegt keine Unbilligkeit, da der noch lebende Ehemann auf Wiederherstellung der Verwaltung und Nutznießung und bei der Errungenschaftsgemeinschaft der noch lebende Ehegatte auf Wiederherstellung der Gemeinschaft klagen kann (§§ 1425 Abs 1, 1547 Abs 1) — bis zur Wiederherstellung gilt Gütertrennung —, und da der Gewalthaber die elterliche Gewalt schon durch eine dem Vormundschaftsgericht gegenüber abzugebende Erklärung zurückerlangt (§ 1679 Abs 2). Das Amt des Vormundes, Gegenvormundes, Pflegers, Beistandes oder Mitgliedes eines Familienrats wird durch die Todeserklärung des Amtsinhabers endgültig beendet, ohne daß der irrtümlich für tot Erklärte ein Recht darauf hat, das Amt von neuem übertragen zu erhalten (§§ 1884 Abs 2, 1885 Abs 2, 1878, 1895, 1915, 1694, 1878). Auch die Vormundschaft endet mit Todeserklärung des Mündels, was selbstverständlich der Wiedereinleitung der Vormundschaft, falls sich das Fortleben des Mündels herausstellt, nicht entgegensteht. Im übrigen kann der irrtümlich für tot Erklärte nach § 2031 die Herausgabe seines Vermögens nach den für den Erbschaftsanspruch geltenden Vorschriften mit den in § 2370 zugunsten des redlichen Dritten bestimmten Beschränkungen verlangen. Ein Gesellschaftsverhältnis bleibt, wenn inzwischen die Auseinandersetzung stattgefunden hat, aufgelöst. Die Todeserklärung hat Wirkung für und gegen alle, ebenso das auf Anfechtungsklage eines Beteiligten ergehende, die Todeserklärung aufhebende Urteil (§§ 973, 974, 976 A 3 ZPO). Ist die zur Erhebung der Anfechtungsklage vorgeschriebene Monatsfrist versäumt, so bleibt den Beteiligten nur übrig, den Beweis der Unrichtigkeit der Todeserklärung in den zu führenden einzelnen Rechtsstreitigkeiten zu erbringen. In das Sterberegister kann die Todeserklärung, die nur eine Vermutung des Todes begründet, nicht den Tod mit Sicherheit feststellt, nicht eingetragen werden. Nach § 2370 kommt der Todeserklärung, was die Richtigkeit der Tatsache des Todes betrifft, für die Legitimation des Erben die gleiche Bedeutung wie dem Erbschein zu. Im übrigen kommen dem Dritten, der auf die Todeserklärung vertraut, die allgemeinen Vorschriften über den Schutz des redlichen Dritten zugute.

2. In dem die Todeserklärung aussprechenden Urteil ist zugleich der **Zeitpunkt des Todes** festzustellen, zu welchem Zwecke Ermittlungen von Amts wegen angestellt werden können (§ 968 ZPO). Die Feststellung kann natürlich bei dem Fehlen sicherer Nachrichten nur nach Wahrscheinlichkeitsregeln erfolgen. Ist der Tod sicher bewiesen und nur die Todeszeit ungewiß, so ist für den Antrag auf Todeserklärung überhaupt kein Raum. Auch die Feststellung des Zeitpunkts des Todes nimmt an der Eigenschaft des Todeserklärungsurteils, daß es Wirkung für und gegen alle hat, teil, und es ist deshalb die Anfechtungsklage (vgl. A 1) schon wegen unrichtiger Feststellung der Zeit des Todes statthaft. Ist für einen andern Zeitpunkt kein genügender Anhalt gegeben, so ist anzunehmen, daß der Verschollene bei Ablauf der Verschollenheitsfrist (im letzten Augenblick des betreffenden Kalenderjahrs) oder, wenn er in einer bestimmten Lebensgefahr sich befunden hat (§§ 15—17), bei Aufhören der Gefahr gestorben ist. Im ersteren Falle beruht die Vermutung darauf, daß die Verschollenheit eine bestimmte Zeit gedauert hat, im letzteren Falle wesentlich auf dem Vorhandensein der Gefahr, während die nachfolgende Verschollenheitsfrist nur dazu dient, die Vermutung des Umkommens in der Gefahr zu verstärken. Läßt sich nur so viel als wahrscheinlich feststellen, daß der Verschollene spätestens zu einer Zeit verstorben ist, die vor dem aus § 18 sich ergebenden gesetzlichen Zeitpunkte liegt, so ist diese späteste Zeit, und wenn wahrscheinlich der Verschollene frühestens zu einer nach dem gesetzlichen Zeitpunkt liegenden Zeit verstorben ist, diese früheste Zeit als Zeitpunkt des Todes anzunehmen. Die Unrichtigkeit der in der Todeserklärung festgestellten Todeszeit kann nicht bloß im Wege der Anfechtungsklage, wodurch die Vermutung des § 18 mit allgemeiner Wirkung beseitigt wird, sondern mit einer auf die Parteien beschränkten Wirkung auch in einem sonstigen Prozesse geltend gemacht werden (RG JW 1910, 104[1]).

3. Soweit möglich, ist nicht bloß der **Tag,** sondern der genauere Zeitpunkt des Todes festzustellen. Andernfalls soll der Ablauf des Tages als Zeitpunkt des Todes gelten.

§ 19

Solange nicht die Todeserklärung erfolgt ist, wird das Fortleben[1])[2]) des Verschollenen bis zu dem Zeitpunkte vermutet, der nach § 18 Abs 2 in Ermangelung eines anderen Ergebnisses der Ermittelungen als Zeitpunkt des Todes anzunehmen ist; die Vorschrift des § 18 Abs 3 findet entsprechende Anwendung.

E II 9; P 1 22, 23; 6 112.

1. Der in § 18 Abs 2 vom Gesetz bestimmte mutmaßliche Zeitpunkt des Todes (oder im Falle der Todeserklärung der im Urteil festgesetzte anderweite Zeitpunkt) hat zugleich die Bedeutung, daß bis zu diesem Zeitpunkte das Fortleben des Verschollenen vermutet wird. Diese **Lebensvermutung** gilt nicht bloß hinsichtlich des erbrechtlichen Erwerbs, sondern für alle Rechtsverhältnisse und — abweichend von der Todesvermutung — ohne Rücksicht darauf, ob eine Todeserklärung stattgefunden hat oder nicht. In Ermanglung einer Todeserklärung ist der hiernach maßgebende Zeitpunkt, wenn über den Eintritt der Verschollenheit usw. Streit entsteht, im Prozesse festzustellen. Die Beweislast für das Verschollensein fällt demjenigen zu, der die Lebensvermutung für sich in Anspruch nimmt. Den Beweis, daß die Verschollenheit schon zu einem früheren Zeitpunkt eingetreten sei oder daß die zur Vermutung einer kürzeren Lebensdauer führenden besonderen Voraussetzungen der §§ 15—17, 14 Abs 2 vorliegen, hat der Gegner zu führen. Mehr als die Glaubhaftmachung, die im Todeserklärungsverfahren genügt (vgl. § 18 A 2), wird auch hier nicht zu erfordern sein. Die Lebensvermutung hat Geltung auch für das Erbscheinverfahren. — Die in § 19 aufgestellte Lebensvermutung kommt, da es sich um eine Frage der Rechtsfähigkeit handelt, nur für Deutsche zur Anwendung (vgl. § 13 A 3). Es genügt jedoch nach dem auch hier anwendbaren Grundsatz des Art 9 Abs 1 EG, daß der Verschollene bei Beginn der Verschollenheit deutscher Reichsangehöriger gewesen ist.

2. Nur wenn die zur Vermutung des Todes führende **Verschollenheit** besteht, nicht auch in andern Fällen ist die Lebensvermutung gegeben (bestr.). Greift jene Vermutung nicht Platz, so hat bei Geltendmachung eines von der Fortdauer des Lebens abhängigen Anspruchs derjenige, der den Anspruch erhebt, die Fortdauer des Lebens zu beweisen. Der Schuldner kann demgemäß die Zahlung einer auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Pension von Beibringung einer Lebensbescheinigung abhängig machen. Hat die Verschollenheit über die in § 18 Abs 2 bestimmte Zeit hinaus fortgedauert, ohne daß eine Todeserklärung stattgefunden hat, so ist für die überschießende Zeit weder die Lebensvermutung noch die Todesvermutung begründet. Der Beweis des Lebens, beziehentlich des Todes, ist daher für diese Zeit von demjenigen zu führen, welcher hieraus Rechte herleitet.

§ 20

Sind mehrere in einer gemeinsamen Gefahr umgekommen, so wird vermutet, daß sie gleichzeitig gestorben seien[1]).

E II 10; P 1 30, 31.

1. An Stelle der Todesvermutung des § 18 und der Lebensvermutung des § 19 greift, wenn mehrere Personen in gemeinsamer Gefahr umgekommen sind, die (auch im Todeserklärungsurteil zu berücksichtigende) Vermutung Platz, daß sie **gleichzeitig gestorben** sind. Die Gemeinsamkeit der Gefahr wird, sofern dieselbe Gefahr räumlich und zeitlich die mehreren betroffen hat, anzunehmen sein, auch wenn die Art und Weise, wie die Gefahr sich schließlich bei dem einzelnen verwirklicht hat, eine verschiedene ist (a. A. Hölder A 1). Die Vermutung des § 20 hat nicht zur Folge, daß als Todeszeit, wenn für den Tod des einen Beteiligten ein von § 18 abweichender Zeitpunkt festgestellt ist, der gleiche Zeitpunkt auch für die andern Beteiligten angenommen werden müßte.

Zweiter Titel
Juristische Personen

1. **Begriff der juristischen Person.** Von dem Vermögen des einzelnen kann ein Vermögen derart abgesondert werden, daß die innerhalb eines bestimmten Rechtskreises entstandenen Rechte und Verbindlichkeiten geradeso als zu diesem Vermögen gehörig angesehen werden, als wenn Inhaber des Vermögens eine natürliche Person wäre. Für die Schulden ist das Sondervermögen verhaftet, entweder ausschließlich oder in der Weise, daß daneben eine unbeschränkte oder beschränkte persönliche Haftung der Mitglieder der betreffenden

Vereinigung stattfindet. Das Sondervermögen kann wie ein anderes Vermögen im Eigentum bestimmter Personen stehen (die dem Gemeinschuldner gehörige Konkursmasse, die den Erben gehörige Nachlaßmasse, das den Gesellschaftern gehörige Gesellschaftsvermögen). Es kann aber auch sein, daß das Sondervermögen nicht an einen Eigentümer, sondern an Verfügungsberechtigte oder Verwaltungsberechtigte angeknüpft ist. Diese sind es dann, die innerhalb bestimmter Grenzen das rechtliche Geschick des Vermögens zu bestimmen haben, die unter dem Namen der juristischen Person klagen und verklagt werden können. Sie sind es, welche die Stelle des Berechtigten einnehmen, für deren Handlungen daher die juristische Person nach § 31 einzustehen hat (ähnlich Hölder, Natürliche und juristische Personen; Binder, Problem der juristischen Persönlichkeit). Von diesem Standpunkte aus ist sowohl die Fiktionstheorie, die zur Erklärung der Erscheinung nichts beiträgt, und die hauptsächlich von Gierke vertretene Realitätstheorie, welche der juristischen Person selbst als einem über dem Menschen stehenden besondern Gebilde Realität beilegen will, abzulehnen. Das Wesentliche der juristischen Person ist darin zu sehen, daß an Stelle des Eigentümers der Verfügungsberechtigte, der Vorstand in Verbindung mit der Mitgliederversammlung (vgl. § 32 A 1), und bei der Stiftung der Verwaltungsberechtigte, der Vorstand auf Grundlage der Stiftungsurkunde, tritt. Als Vermögen der Mitglieder darf das Vermögen des rechtsfähigen Vereins auch dann nicht aufgefaßt werden, wenn der Verein nicht zu den gemeinnützigen Vereinen gehört (vgl. hierüber Hölder S. 587ff.), sondern nur den Interessen seiner Mitglieder dient, denen aus diesem Grunde in § 45 Abs 3 ein Anfallrecht gewährt ist. Die Bedeutung der juristischen Person liegt wesentlich auf vermögensrechtlichem Gebiete. Ein Recht auf Ehre kommt nur der natürlichen Person zu, was indes den Schutz der juristischen Person gegen Kreditgefährdung nach § 824 (RG 60, 5) nicht ausschließt. Über den Umfang der Rechtsfähigkeit s. § 21 A 4.

2. Über die **juristischen Personen des öffentlichen Rechtes** sind — abgesehen davon, daß § 31 und im Falle der Zulässigkeit des Konkurses § 42 A 2 auf sämtliche juristische Personen für anwendbar erklärt sind (§ 89) — im BGB keine Vorschriften getroffen. Desgleichen beziehen sich die Vorschriften der §§ 80—88 nicht auf die Stiftungen des öffentlichen Rechtes. Das Unterscheidende zwischen den privatrechtlichen Körperschaften (Vereinen) und den öffentlich-rechtlichen Körperschaften (öffentlichen Verbänden) ist im allgemeinen darin zu sehen, daß letztere der Staatsordnung (ähnlich wie die Gemeinden) eingegliedert sind. Ebenso unterscheiden sich die Stiftungen (Anstalten) des öffentlichen Rechtes von denen des Privatrechts darin, daß sie einen Teil der öffentlichen Ordnung des Staates oder der Kirche bilden. Eine solche Eingliederung kann nur von dem Staate oder der Kirche vorgenommen werden. Es erscheint somit das Stiftungsgeschäft, auch wenn eine zunächst private Stiftung vorausgegangen ist, weil der Errichtungswille des Staates oder der Kirche hinzukommen muß, als ein öffentlich-rechtliches. Die Errichtung einer Stiftung des Reiches erfolgt auf Grund besondern Gesetzes (vgl. RGes. v. 31. 5. 77 über Errichtung einer Generalstabsstiftung und RGes. v. 7. 1. 08, betreffend Errichtung zweier Stiftungen aus dem Nachlasse des Malers Professor Gustav Müller, durch welches die Errichtung und Verwaltung der beiden Stiftungen dem Reichskanzler übertragen ist). Dadurch allein, daß der Verein oder die Stiftung die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben übernommen hat oder daß die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde geführt oder die für Zuwendungen an juristische Personen erforderliche staatliche Genehmigung erteilt wird, ist der öffentlich-rechtliche Charakter nicht hergestellt, wohl aber dadurch, daß den Ämtern die aus der öffentlich-rechtlichen Natur des Verbandes folgende Eigenschaft eines mittelbaren Staatsamts beigelegt wird (vgl. Hubrich ArchBürgR 43, 66ff.). Verschieden von diesem Begriffe der öffentlich-rechtlichen Stiftung ist übrigens der im bayrischen Recht (vgl. Oertmann, Bayrisches Landesprivatrecht § 28, Full in JW 1914, 549) ausgebildete Begriff der öffentlichen Stiftung, worunter auch die privaten Stiftungen fallen, die einem öffentlichen Interesse dienen. Zu den juristischen Personen des öffentlichen Rechtes gehören vor allem der Staat, der, soweit er als Träger privater Rechte oder Verbindlichkeiten in Frage kommt, als Fiskus bezeichnet wird (§ 89), die Gemeinden und gemeindeartigen Verbände, ferner die Religionsgesellschaften, die nach Regelung des Landesrechts bisher schon Körperschaften des öffentlichen Rechtes waren, wie die ausdrücklich aufgenommenen Kirchengesellschaften, deren Geistliche geradeso wie die Staatsbeamten in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehen (RG 59, 329; 62, 259), und die Religionsgesellschaften, denen die Rechte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft später gewährt sind, worauf sie nach Art 137 RV Anspruch haben, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bieten (über das Recht der Steuererhebung s. Art 137 Abs 6), die Schulverbände und Unterrichtsanstalten (vgl. RG 74, 57; ALR II 12 §§ 54, 67), die Armen- und Versicherungsanstalten, größere Krankenanstalten usw. (vgl. ALR II 19 § 42). Den verschiedenen fiskalischen Stationen kommt eine gesonderte Rechtspersönlichkeit nicht zu. Sie sind, auch in prozeßrechtlicher Hinsicht, nur Vertreter des ein einheitliches Rechtssubjekt darstellenden Fiskus (RG 2, 392; 59, 404; JW 1912, 641[12]). Keine Korporations-

rechte haben in Preußen die durch Ges. v. 29. 4. 87 wieder zugelassenen Orden und ordensähnlichen Vereinigungen der katholischen Kirche, soweit sie ihnen nicht durch Ges. v. 22. 5. 88 verliehen sind (vgl. RG 41, 304). Eine Behörde kann als selbständige juristische Person nicht in Betracht kommen (RG JW 1900, 534[32]; 1905, 201[4]). Der Reichsfiskus untersteht keinem einheitlichen Rechte, sondern ist den Rechtsregeln unterworfen, die in dem fraglichen Rechtsgebiet nach der Landesgesetzgebung für den Landesfiskus gelten würden (RG 54, 201). Den Schutzgebieten kam besondere Rechtspersönlichkeit zu. Unter den auf Reichsrecht beruhenden juristischen Personen des öffentlichen Rechtes sind ferner zu nennen: die Reichsbank (BankG v. 14. 3. 75) — vgl. KGJ 39 A 149 darüber, daß zwar die Reichsbankstelle, nicht die Reichsbanknebenstelle, die Eigenschaft einer öffentlichen Behörde hat —, der Reichsinvalidenfonds (Ges. v. 23. 5. 73), die körperschaftlich geordneten Orts-, Land- und Betriebskrankenkassen und Berufsgenossenschaften (deren Beamte aber nicht als mittelbare Staatsbeamte anzusehen sind, vgl. RG 71, 236) sowie die Versicherungsanstalten nach §§ 3, 4 RVO v. 19. 7. 11, die Landlieferungsverbände nach § 12 Abs 1 des Reichssiedlungsges. v. 11. 8. 19, die Kohlensyndikate und der Reichskohlenverband, welche Vereinigungen eine juristische Person und zugleich mit Ausnahme der der juristischen Person vorbehaltenen Vertretung und Vermögensverwaltung des Verbandes eine Gesellschaft bürgerlichen Rechtes bilden können (§§ 8—23 der Ausführungsbestimmungen v. 21. 8. 19 zum Kohlenwirtschaftsges. v. 23. 3. 19), die Innungen (§ 86 GewO) — vgl. über die Unzulässigkeit der Anfechtung der Beschlüsse im Rechtswege RG 70, 177 —, Innungskrankenkassen (§ 250 RVO) und Handwerkskammern (§ 103n GewO). Den Innungsausschüssen kann von den Landeszentralbehörden, den Innungsverbänden durch Beschluß des Bundesrats (§§ 101, 104g GewO) Rechtsfähigkeit beigelegt werden. Allgemein hervorzuheben ist, daß die für besondere Verwaltungszwecke bestimmten, getrennt verwalteten öffentlichen Fonds nicht ohne weiteres juristische Persönlichkeit besitzen (s. über die Behandlung dieser Fonds im Staatshaushalt PrGes. v. 11. 5. 98 §§ 2 u. 3; über die Parteifähigkeit RG 64, 401; 68, 280). Als selbständige Fonds mit eigener Rechtspersönlichkeit sind durch PrGes. v. 26. 5. 09 die daselbst in Art 2 bezeichneten Kassen für evangelische Geistliche anerkannt. Die juristische Persönlichkeit fehlt regelmäßig der Gemeindekrankenkasse, der Gemeindearmenkasse, der Kommunalsparkasse (RG 34, 6; vgl. über die Stellung der Sparkassenverwaltung als einer öffentlichen Behörde Beschl. des KG v. 26. 10. 91 im JMBl 92, 51), der Innungskrankenkasse und den sonstigen Innungseinrichtungen (§ 85 Abs 2 GewO). Die über privatrechtliche Stiftungen, insbesondere die Familienstiftungen, von den Verwaltungsbehörden oder Gerichten zu führende Aufsicht bestimmt sich nach öffentlichem Recht. Es ist dieserhalb auf die Gesetzgebung der einzelnen Bundesstaaten zu verweisen. Verpflichtungen privatrechtlicher Stiftungen zu Schulzwecken werden, wenn daraufhin die Schule errichtet ist, durch Bestätigung der Schulbehörde zu einem Teil der örtlichen Schulverfassung, so daß der Rechtsweg hierüber ausgeschlossen ist (RG 78, 8). Über die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen und die Zulässigkeit des Konkurses gegen juristische Personen des öffentlichen Rechtes entscheidet das Landesrecht (§ 15 Nr 3 EG.ZPO, EG.KO v. 17. 5. 98 Art IV). Dem Landesrecht sind ferner vorbehalten die Bestimmungen über Erwerbsbeschränkungen der juristischen Personen (Art 86 EG, Artt 6, 7 PrAG, Artt 7—10 BayAG usw.). Der für die Notwendigkeit der Genehmigung maßgebende Wert ist auch im Falle des Art 6 PrAG (Zuwendung von Grundstücken) ohne Abzug der Lasten und Schulden zu berechnen (RG 76, 384 — a. A. KGJ 40 A 25). Das Fehlen der nach diesen Bestimmungen erforderlichen Genehmigung macht übrigens die Zuwendung nicht derart nichtig, daß vor Erteilung der Genehmigung eine Feststellungsklage nicht erhoben werden könnte. Es findet vielmehr bis zu diesem Zeitpunkt ein Schwebeverhältnis statt (RG 75, 406; 76, 385; JW 1916, 843[15]). Auf Vereine ohne Rechtsfähigkeit sind diese Vorschriften nicht anwendbar (RG JW 1917, 221[8]). Über die Verpflichtung zur Entrichtung der Erbanfallsteuer von Zuwendungen an juristische Personen s. §§ 24, 25, 35 des RErbschStG v. 10. 9. 19. Die Steuer beträgt 10 v. H. für Zuwendungen an eine inländische Kirche, d. i. eine rechtsfähige inländische Religionsgesellschaft oder gleichgestellte Vereinigung (§ 35 Abs 2), oder an solche inländische, im Falle der Gegenseitigkeit auch ausländische Stiftungen, Gesellschaften, Vereine oder Veranstaltungen, die ausschließlich kirchliche, mildtätige oder gemeinnützige Zwecke verfolgen (über unselbständige Stiftungen s. § 35 Abs 3; vgl. RG 75 S. 379 u. 383). Zuwendungen unter Lebenden für die bezeichneten Zwecke sind nach § 42 Nr 4 von dem Schenkungsstempel befreit. Die zur Begründung der Steuerpflicht erforderliche Bereicherung darf nicht deshalb verneint werden, weil die juristische Person etwas erhält, was sie zur Erfüllung ihres Zweckes wieder verausgaben muß (RG 71, 140). Eine milde Stiftung im Sinne des preußischen Gerichtskosten- und Stempelgesetzes setzt im Unterschiede von einer wohltätigen Stiftung voraus, daß die Stiftungsbezüge hilfsbedürftigen Personen zugute kommen (RG 80, 145; JW 01, 95[46]; KGJ 37 B 1). Es genügt nicht, daß die Stiftung den Zwecken sozialer Wohlfahrtspflege dient. — Nicht als juristische Person erscheint

die Allgemeinheit (das Publikum). Für die Allgemeinheit können deshalb auch keine Rechte durch Ersitzung usw. erworben werden. Es ist jedoch im einzelnen Falle zu prüfen, ob mit der Allgemeinheit etwa die örtliche Allgemeinheit, d. i. die Gemeinde (vgl. RG JW 1911, 413[41]), gemeint ist. Die Ersitzung einer Wegegerechtigkeit für das Publikum durch die Gemeinde ist zulässig (RG SeuffA 59 Nr 6). — Für das Gebiet des Strafrechts kommt der juristischen Person keine Bedeutung zu. Strafrechtlich verantwortlich sind nur die natürlichen Personen.

3. Die allgemeinen Grundsätze über Vereine, insbesondere die Bestimmungen der §§ 30, 31, 43, 48 sind, da § 22 alle juristischen Personen des Privatrechts einbegreift, die auf Grund reichsgesetzlicher Vorschrift Rechtsfähigkeit erlangt haben, auf diese, insbesondere auf die **juristischen Personen des Handelsrechts** ergänzungsweise anzuwenden (KG in KJA 8, 26; **RG** 57, 94; 78, 354; vgl. ZHR 49, 1ff.; 50, 100ff.). Über die allgemeine Anwendbarkeit des § 29 s. das. A 1. Für die Verfassung der Vereine, die auf staatlicher Verleihung beruhen, gelten nach Art 82 EG in erster Linie die Landesgesetze (s. hierüber § 25 A 1).

4. Die juristischen Personen unterstehen an sich dem **Rechte des Heimatstaats**, das ist, da von einer eigentlichen Staatsangehörigkeit nicht die Rede sein kann, dem Rechte des Staates, welchem sie nach den Hergängen bei der Errichtung angehören (vgl. JW 1911, 932ff.). Ist ein Verein nach dem Recht eines bestimmten Staates als juristische Person errichtet, so bleibt dieses Recht auch weiterhin für seine rechtlichen Schicksale maßgebend. Als dem Inlande angehörend, ist jedoch eine juristische Person, wie aus § 22 Satz 2 und § 55 folgt, nur dann anzuerkennen, wenn sie ihren Sitz (s. § 24 A 1) im Inlande hat. Ebenso kann einer Gewerkschaft die Rechtsfähigkeit mit Wirkung für die andern Bundesstaaten nur von demjenigen Bundesstaate verliehen werden, in welchem sie ihren Sitz hat (**RG** Warn 1917 Nr 254), und es braucht der Bundesstaat, dem die Gewerkschaft nach ihrem Sitze angehört, jedenfalls so lange, als diese Angehörigkeit bestehen bleibt, die von einem andern Bundesstaate ausgehende Verleihung nicht anzuerkennen (**RG** 92, 73; vgl. § 22 A 4). Ausländische Vereine, die nach dem Rechte des Heimatstaates rechtsfähig sind, werden deutscherseits nach Art 10 EG nur unter der weiteren Voraussetzung als rechtsfähig behandelt, daß die Rechtsfähigkeit von dem Bundesrat (jetzt Reichsrat) anerkannt ist. (Planck A 4 und Staudinger II G zu Art 10 EG wollen dies beschränken auf die nach deutschem Rechte sich bestimmenden Rechtsverhältnisse.) Es soll dadurch verhütet werden, daß ausländische Vereine besser gestellt sind als inländische, die den Beschränkungen der §§ 21 u. 22 unterliegen. Auf ausländische Handelsgesellschaften findet deshalb Art 10 keine Anwendung, falls nicht etwa der Sitz im Auslande nur dem Namen nach besteht und der wirkliche Verwaltungssitz sich im Inlande befindet (Prot 6 S. 24 u. 26; **RG** 83, 36[7]; JW 04, 231[1]). Die Rechts-, Partei- und Prozeßfähigkeit der auswärtigen Handelsgesellschaften ist auch im Inlande anzuerkennen, sofern nicht etwa das Bestehen der Gesellschaft gegen die guten Sitten oder den Zweck eines deutschen Gesetzes verstößt (Art 30 EG; **RG** 83, 367). Keinesfalls können juristische Personen des Auslandes mehr Rechte im Inlande beanspruchen wie juristische Personen des Inlandes. Es gilt dies hinsichtlich des Umfangs der Rechtsfähigkeit und hinsichtlich der Erwerbsbeschränkungen (vgl. A 2). Deutsches Recht wird anwendbar, wenn das Recht des Heimatstaats hierauf verweist. Die von dem Bundesrat erteilte Anerkennung ist jederzeit widerruflich. Über die Frage, welchem inländischen Bundesstaat eine Religionsgesellschaft angehört, s. § 61 A 3 a. E. Zum Erwerbe von Bergwerkseigentum durch ausländische juristische Personen ist nach dem PrGes. v. 23. 6. 09 besondere Genehmigung erforderlich.

5. **In zeitlicher Beziehung** gelten nach Artt 163—167 EG die Bestimmungen der §§ 25 bis 53, 85—89 auch für die vor Inkrafttreten des BGB errichteten juristischen Personen, soweit nicht nach den Vorbehalten in Artt 65, 66, 67, 69, 75, 83, 164—167 EG Landesrecht zur Anwendung kommt. Nach Art 82 EG bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über die Verfassung solcher Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, unberührt. Die Bestimmungen der §§ 55—79 haben dagegen nur Geltung für Vereine, die auf Grund des BGB in das Vereinsregister eingetragen werden. Für die vor dem 1. Januar 1900 gebildeten nichtrechtsfähigen Vereine bleibt gemäß Art 170 EG das frühere Recht maßgebend, desgleichen für die erlaubten Privatgesellschaften im Sinne der §§ 11ff. ALR II 6 (**RG** 51, 160; 17. 4. 02 IV 19/02); 13. 3. 13 IV 327/12; LZ 1915, 909[12]), soweit nicht der Verein sich durch Satzungsänderung dem neuen Recht unterstellt hat **RG** 77, 21); nur ist die Frage der Haftbarkeit der Mitglieder aus den seit dem 1. Januar 1900 geschlossenen Rechtsgeschäften nach neuem Recht (§ 54) zu beurteilen (**RG** 63, 64; 77, 429; JW 1915, 450[8]).

I. Vereine

1. Allgemeine Vorschriften

§ 21

Ein Verein[1]), dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb[2]) gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts[3])[4]).

E I 41, 42; II 23; M 1 78 ff.; P 1 476 ff., 578 ff.

1. Ein **Verein** kann in der Weise errichtet werden, daß er vor Erlangung der Rechtsfähigkeit überhaupt nicht in Wirksamkeit tritt. Es wird damit nur eine Vorbedingung für den Erwerb der Rechtsfähigkeit geschaffen, ohne daß vor diesem Zeitpunkte Vereinsverbindlichkeiten irgendwelcher Art, insbesondere auch nicht gegenüber dem die Erlangung der Rechtsfähigkeit betreibenden Vorstande, begründet werden. Das Regelmäßige wird aber sein (abw. Planck A 7), daß der Verein, der als rechtsfähiger errichtet werden soll, schon vor Erlangung der Rechtsfähigkeit als nichtrechtsfähiger mit der mehr oder weniger begrenzten Aufgabe besteht, die vorbereitenden Handlungen zur Gründung und Inbetriebsetzung des rechtsfähigen Vereins vorzunehmen (vgl. RG JW 04, 395[27]). Für den in der Entstehung begriffenen rechtsfähigen Verein können von diesem Vorverein bindende Verpflichtungen übernommen werden, vorausgesetzt, daß das Rechtsgeschäft dem Erwerb der Rechtsfähigkeit dient, nicht schon zum Vereinsbetriebe gehört (RG 85, 260f.; SeuffA 67 Nr 171; vgl. auch hinsichtlich der Gesellschaften m. b. H. RG JW 04, 309[12] und 1913, 925[12]). Für den Verein (Gründerverein) sind, wennschon er eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes bildet, die für den rechtsfähigen Verein geltenden Grundsätze in gewissem Umfange (vgl. § 54 A 1) heranzuziehen und es ist deshalb anzunehmen, daß, abweichend von § 728, die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters keinen Auflösungsgrund bildet (so mit Bezug auf Gesellschaften m. b. H. RG JW 1913, 925[12]). Erwirbt sonst ein bereits bestehender Verein die Rechtsfähigkeit, so wandelt er sich in einen rechtsfähigen derart um, daß die Rechte und Verbindlichkeiten — unbeschadet der bereits entstandenen persönlichen Haftung der Mitglieder — dem neuen Verein verbleiben (so jetzt auch Planck A 8). Der Verein besteht in der Form des rechtsfähigen Vereins mit allen bisherigen Rechten und Verbindlichkeiten weiter, ohne daß eine Rechtsnachfolge stattfindet und ohne daß demgemäß, wenn die Umwandlung im Laufe eines Rechtsstreits erfolgt, eine Unterbrechung des Prozesses eintritt (RG 85, 256). Es bedarf auch nicht zum Zwecke der Umschreibung der Grundstücke auf den Namen des neuen Vereins der Auflassung (bestr.). Haben die Mitglieder beschlossen, die Satzung des einzutragenden Vereins sofort in Kraft zu setzen, so ist zwar die Wirksamkeit des Vereins von der schließlichen Eintragung abhängig, aber nur in dem Sinne, daß damit eine auflösende, nicht eine aufschiebende Bedingung gesetzt ist (RG 4. 7. 18 IV 175/18).

2. Für die Erlangung der Rechtsfähigkeit ist ein verschiedener Weg gewiesen, je nachdem der Zweck des Vereins auf einen **wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb** (§ 22) gerichtet ist oder nicht (§ 21). Vereine der letzteren Art werden auch als Vereine mit idealen Bestrebungen oder kürzer Idealvereine bezeichnet. Der E II 23 und die Reichstagsvorlage § 21 bezeichnete sie als Vereine zu gemeinnützigen, wohltätigen, geselligen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder andern nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zwecken. Auch diese Vereine sind zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse auf Geldmittel angewiesen. Die Verwaltung des Vermögens und die Verwendung für die idealen Zwecke stellt jedoch einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb noch nicht dar. Hierzu gehört die Einrichtung eines landwirtschaftlichen, gewerblichen oder kaufmännischen Geschäfts, das zu dem Zwecke betrieben wird, wirtschaftliche Machtmittel zu gewinnen. Der Geschäftsbetrieb kann auch so gestaltet sein, daß der wirtschaftliche Vorteil unmittelbar den Vereinsmitgliedern zufließt. Anderseits wird das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Geschäftserträge der Bestimmung des Vereins entsprechend für gemeinnützige Zwecke usw. Verwendung finden, daß also das Geschäftsunternehmen das Mittel zur Erreichung dieser Zwecke bildet (vgl. v. Tuhr § 33; a. A. namentlich Staudinger unter V, welcher für den wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verlangt, daß er unmittelbar den Zweck des Vereins verwirklichen müsse, Dernburg I § 74 A 6 sowie Wiedemann, Beiträge zur Lehre von den idealen Vereinen § 9, insbesondere S. 273 β). Der Begriff des kaufmännischen Geschäftsbetriebs, worunter eine jede Verwaltungstätigkeit gebracht werden könnte, darf aber nicht zu weit ausgedehnt werden. Ein Verein, der sich mit der Förderung der allgemeinen beruflichen Interessen der Mitglieder, der Erteilung von Auskunft über Berufsangelegenheiten, der Herausgabe einer Berufszeitung, der Erleichterung des Rechtsschutzes u. dgl. befaßt (wie

Ärztevereine, Vereine von Haus- und Grundbesitzern, Kreditreformvereine), kann als nichtwirtschaftlicher Verein in das Vereinsregister eingetragen werden. Anerkannt ist durch Beschluß des **RG** v. 30. 10. 13 (83, 231) die Eintragungsfähigkeit ärztlicher Vereine, welche die Vermittlung einer geregelten, angemessen bezahlten ärztlichen Berufsausübung gegenüber den Krankenkassen und ähnlichen Verbänden sich zur Aufgabe machen. Zwar fehlt es bei den von dem Verein geschlossenen Verträgen nicht an dem wirtschaftlichen Entgelt, der eben darin besteht, daß den Mitgliedern die Möglichkeit einer wirtschaftlich vorteilhaften Berufsausübung verschafft wird. Wohl trifft aber der weitere Grund zu (der regelmäßig auch für andere Berufsvereine Bedeutung hat), daß die Bestrebungen zur Erhaltung eines leistungsfähigen Ärztestandes dem Allgemeinwohle dienen und deshalb die ideale Seite überwiegt (vgl. auch **RG** JW 1916, 1432[9] — wenig klar **RG** 88, 334). Daß der Verein die wirtschaftliche Besserung der Lage seiner Mitglieder bezweckt, daß er den bedürftigen Mitgliedern Unterstützungen gewährt, genügt nicht, um einen auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichteten Zweck anzunehmen (ähnlich KGJ 36 A 146 hinsichtlich gemeinnütziger Vereine). Ein solcher Zweck liegt aber vor, soweit der Verein geschäftsbetriebmäßig sich damit befaßt, Forderungen seiner Mitglieder einzuziehen (Inkassogeschäft — bestr.). Ein idealer Verein wird nicht dadurch zu einem wirtschaftlichen, daß nebenbei im Rahmen des Vereinszwecks gewisse geschäftliche Veranstaltungen stattfinden, wie dies z. B. der Fall ist bei einem Leseverein, der die angeschafften Bücher nach der Benutzung durch die Mitglieder bestmöglich verkauft, einem Wohltätigkeitsverein, der zu einem wohltätigen Zwecke einen Basar veranstaltet, einem geselligen Verein, der für seine Mitglieder ein Kasino einrichtet, einem Alpenverein, der die von ihm errichtete Schutzhütte bewirtschaften läßt. Anders ist es, wenn der Geschäftsbetrieb zu einem selbständigen Erwerbsunternehmen auswächst. In solchen Fällen ist es gerechtfertigt, daß die Erlangung der Rechtsfähigkeit von staatlicher Verleihung abhängig ist, damit auf den Schutz dritter Personen, die mit dem Verein in rechtsgeschäftlichen Verkehr treten und ihm Kredit gewähren, Rücksicht genommen werden kann. Stellt sich nach der Eintragung in das Vereinsregister heraus, daß der Verein entgegen der Satzung einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb verfolgt, so kann ihm die Rechtsfähigkeit nach §§ 43 Abs 2, 44 entzogen werden. Ist der Zweck des Vereins in gleicher Weise auf einen wirtschaftlichen und auf einen nichtwirtschaftlichen Betrieb gerichtet, so bleibt zur Erlangung der Rechtsfähigkeit nur der Weg der Verleihung. — Die Körperschaften des öffentlichen Rechtes, auch die nach öffentlich-rechtlicher Norm zum Organismus der Kirche gehörigen Klöster und Brüderschaften sind nicht eintragungsfähig.

3. Für die **Eintragung in das Vereinsregister** ist nach § 55 das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hat. Über die Art der Eintragung s. § 64, über die Gültigkeit der Eintragung § 59 A 1, § 63 A 1, § 64 A 1. Etwaige der Errichtung des Vereins anhaftende sachliche Mängel werden durch die Eintragung nicht geheilt (vgl. **RG** JW 04, 395[27] und über Ungültigkeit und Unerlaubtheit des Vereins § 60 A 1, § 57 A 1). Eine rechtsgestaltende Wirkung in dem Sinne, daß bis zur Löschung die Eintragung in jeder Hinsicht gültig bleibt, kann der Eintragung nicht beigelegt werden (a. A. Hellwig, Grenzen der Rückwirkung S. 29ff.; Eccius in Gruch 46, 693; Oertmann A 3a, § 59 A 1d). Nur das ist richtig, daß durch die Ungültigkeit Dritte, die mit dem Verein in Rechtsverkehr getreten sind, keinen Schaden erleiden dürfen und daß deshalb vor Rückerstattung des Vermögens die Gläubiger befriedigt werden müssen, ohne daß ein eigentliches Liquidationsverfahren stattzufinden braucht. Ebensowenig wie der Eintragung kann der Verleihung der Rechtsfähigkeit rechtsgestaltende Wirkung beigelegt werden. Die Rechtsfähigkeit kann aber — abgesehen von der Zulässigkeit der Beschwerde und der Berechtigung des Registergerichts, die unzulässige Eintragung von Amts wegen zu löschen — nicht aus dem Grunde beanstandet werden, weil das Amtsgericht den im Vereinsregister eingetragenen Verein irrtümlich als einen nichtwirtschaftlichen oder die Verwaltungsbehörde, welche die Rechtsfähigkeit verliehen hat, den Verein irrtümlich als einen wirtschaftlichen angesehen hat (a. A. Staudinger A III u. IV, ferner A 9 zu § 22; Hölder A 2c). Weiter geht das **RG** in dem Urt. v. 17. 1. 13 (81, 206), indem es annimmt, daß durch die Eintragung in das Vereinsregister das Vorhandensein der sämtlichen gesetzlichen Vorbedingungen (vgl. indes § 57 A 1, § 59 A 1, § 60 A 1) für die Eintragung in maßgebender Weise bis zur Löschung der Eintragung festgestellt werde. Ausgesprochen ist dieser Satz jedoch nur für einen Fall, in welchem behauptet wurde, daß der Zweck des Vereins auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet gewesen und deshalb die Eintragung des Vereins unstatthaft gewesen sei. — Ist die Eintragung des Vereins von dem Registerrichter abgelehnt, weil er den Vereinszweck als wirtschaftlichen betrachtet, so kann die Rechtsfähigkeit verliehen werden, obschon die verleihende Behörde den Verein nicht als einen wirtschaftlichen ansieht.

4. Die von dem Verein erlangte **Rechtsfähigkeit** beschränkt sich nicht auf die Vermögensangelegenheiten, die sich innerhalb des satzungsmäßigen Zweckes des Vereins halten, wie z. B. einer Gewerkschaft, welche sich auf einem dem Bergbaubetrieb fremden Gebiete betätigt, für diese Angelegenheiten die Rechtsfähigkeit nicht versagt werden kann (**RG** 49, 292). Der

rechtsfähige Verein kann Inhaber von Individualrechten, Patentrechten usw. sein, ist namensberechtigt (vgl. § 12 A 1), kann zum Testamentsvollstrecker (a. A. Warn Vorbem I vor § 21), auch zum Mitgliede des Gläubigerausschusses im Konkurse bestellt werden, kann Schadensersatz aus § 824 beanspruchen und kann Mitglied von andern Vereinigungen, insbesondere einer offenen Handelsgesellschaft, werden. In der Rechtsfähigkeit ist auch die Erbfähigkeit enthalten. Ist im Testament die einer selbständigen Rechtspersönlichkeit entbehrende Anstalt einer juristischen Person als Erbe eingesetzt, so darf das Testament dahin ausgelegt werden, daß die juristische Person selbst als Erbe mit der Auflage berufen ist, die Erbschaft zum Besten der Anstalt zu verwenden (RG 9. 3. 11 IV 238/10). Über Besitz der juristischen Person vgl. § 26 A 4. Auf dem Gebiete des Prozesses entspricht der Rechtsfähigkeit die Parteifähigkeit (§ 50 Abs 1 ZPO).

§ 22

Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist[1]), erlangt in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften[2]) Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung[3]) steht dem Bundesstaate zu, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz[4]) hat.

E I 41, 42 II 23; M 1 78 ff.; P 1 476 ff., 538, 578 ff.

1. Über die Frage, ob der Verein schon vorher bestanden haben muß, über den Begriff des wirtschaftlichen Vereins und die Wirkung der Verleihung s. § 21 A 1, 2, 3 u. 4.

2. Besondere **reichsgesetzliche Vorschriften** bestehen für die Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften (§§ 178 ff., 320 ff. HGB), für die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Ges. v. 1. 5. 89/20. 5. 98), für Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Ges. v. 20. 4. 92/20. 5. 98), welche Gesetze die Erlangung der Rechtsfähigkeit von Eintragung in das Handelsregister nach Erfüllung besonderer „Normativbestimmungen" abhängig machen, für eingeschriebene Hilfskassen (Ges. v. 10. 4. 76/1. 6. 84, §§ 503 ff. RVO), deren Zulassung von der höheren Verwaltungsbehörde nur aus gesetzlichen Gründen verweigert werden darf, für Kolonialgesellschaften, welchen nach § 11 des SchutzgebG in der Fassung v. 10. 9. 00 die Rechtsfähigkeit auf Grund eines vom Reichskanzler genehmigten Gesellschaftsvertrags durch Beschluß des Bundesrats verliehen wurde, und für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (wozu auch die mit den Kriegervereinen verbundenen, einen Rechtsanspruch gewährenden Krankenkassen zu rechnen sind), welche nach §§ 15 ff. PrivVUntG v. 12. 5. 01 (vgl. auch § 103 das.) durch die von der Aufsichtsbehörde erteilte Erlaubnis zum Geschäftsbetriebe die Rechtsfähigkeit erlangen. Rechtsfähig sind ferner nach Art II § 1 Abs 3 BRV v. 12. 7. 15 die auf Grund dieser Verordnung für den Steinkohlen- und Braunkohlenbergbau gebildeten Zwangssyndikate.

3. Die **Verleihung der Rechtsfähigkeit** steht in den meisten Bundesstaaten der obersten Verwaltungsstelle zu. Die Verleihung steht im Ermessen der zuständigen Stelle und kann von beliebigen Bedingungen, insbesondere von der Aufnahme bestimmter Vorschriften in die Satzung, abhängig gemacht werden. Landesgesetzlich können allgemeine Vorschriften darüber erlassen werden, unter welchen Bedingungen die Verleihung statthaft sein soll. Es steht auch nichts im Wege, die Rechtsfähigkeit allen zur Zeit vorhandenen Vereinen bestimmter Art zu erteilen, wie dies in Preußen durch Allerh. Erlaß v. 27. 12. 99 hinsichtlich der damals bestehenden Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit geschehen ist. Daß der Verein eine Satzung haben muß, und daß diese den Zweck und den Namen des Vereins angeben muß (vgl. § 57), ist für derartige Vereine zwar nicht besonders vorgeschrieben, folgt aber so sehr aus der Natur der Sache, daß ohne Erfüllung dieses Erfordernisses die Verleihung der Rechtsfähigkeit wirkungslos bleiben müßte. Vgl. im übrigen wegen der Wirkung der Verleihung § 21 A 3. In der Verleihung ist sachlich ein Gesetzeserlaß (§ 3 A 2) nicht zu sehen. Die einmal erteilte Verleihung bleibt in Kraft, auch wenn der Verein später seine Satzungen ändert. Es kann jedoch nach § 33 Abs 2, soweit diese Vorschrift nicht durch die Satzung beseitigt ist, eine jede Satzungsänderung dadurch verhindert werden, daß die hierzu erforderliche Genehmigung nicht erteilt wird. Werden die Bestimmungen der Satzung tatsächlich nicht beobachtet, so kann dies unter den Voraussetzungen des § 43 zur Entziehung der Rechtsfähigkeit führen. Der Verein muß ferner, damit ein Handeln in seinem Namen möglich ist, einen besonderen Namen führen. Für Preußen ist durch Vf des MdJ. v. 19. 11. 07 (MBl 373) bestimmt, daß die Verleihung, wenn der Verein es beantragt, auf dessen Kosten im Regierungsblatt bekanntgemacht werden soll. Über die Ausübung des Verleihungsrechts können landesrechtliche Bestimmungen getroffen werden. Durch Landesgesetz würde aber nicht bestimmt werden können, daß allen künftig entstehenden Vereinen einer bestimmten Art die Rechtsfähigkeit erteilt sein soll. Die Landesgesetzgebung hat auch nicht die Macht, die Verfassung eines bereits bestehenden rechtsfähigen Vereins zu ändern.

4. Die Zuständigkeit des Bundesstaats richtet sich nach dem **Sitz** des Vereins (vgl. § 24 A 1). Ein unbeschränktes Recht des Vereins, den Sitz beliebig zu wählen, um auf diese Weise von den

landesgesetzlichen Beschränkungen frei zu werden, denen er sonst hinsichtlich des Erwerbs der Rechtsfähigkeit unterliegen würde, kann nicht anerkannt werden (vgl. RG JW 1916, 495[11] über Gewerkschaften, LZ 1918, 611[6]; OLG Dresden in LZ 1918, 407[6]; s. auch § 61 A 3).

§ 23

Einem Vereine, der seinen Sitz nicht in einem Bundesstaate hat, kann in Ermangelung besonderer reichsgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch Beschluß des Bundesrats verliehen werden[1])[2]).

1. § 23, der auf einem Beschlusse des Bundesrats beruht, hat seine hauptsächlichste Bedeutung für Vereine, die im deutschen Schutzgebiete oder in einem deutschen Konsulargerichtsbezirke ihren Sitz hatten, auf welche Vereine nach § 3 des SchutzgebG in der Fassung v. 10. 9. 00 und § 31 des Ges. v. 7. 4. 00 die §§ 21, 22, 44 Abs 1, 55—79 Anwendung finden. An Stelle des Bundesrats ist jetzt nach Art 60 RV der Reichsrat getreten. Über Kolonialgesellschaften s. die besondere Bestimmung in § 11 des SchutzgebG (vgl. § 22 A 2). § 23 gibt aber auch die Möglichkeit, solchen **ausländischen** Vereinen, die für das Deutschtum von Bedeutung sind, im Auslande aber nicht als rechtsfähig anerkannt werden, für das Inland (einschließlich der deutschen Schutzgebiete und Konsulargerichtsbezirke) Rechtsfähigkeit beizulegen. Über ausländische Handelsgesellschaften vgl. Vorbem 4 vor § 21.

2. Für Vereine der in § 21 bezeichneten Art, die ihren Sitz in einem **Schutzgebiete** hatten, war durch § 13a SchutzgebG — eingefügt durch Ges. v. 22. 7. 13 — die in den §§ 33 Abs 2, 43, 44 bestimmte Zuständigkeit des Bundesrats dem Reichskanzler zugewiesen, der ermächtigt war, diese Zuständigkeit, soweit es sich nicht um Religionsgesellschaften oder geistliche Gesellschaften handelte, weiter auf den Gouverneur zu übertragen.

§ 24

Als Sitz eines Vereins gilt, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird[1])[2]).

E II 23 Abs 4; M 1 77; P 1 504.

1. Wie die natürliche Person ihren Wohnsitz an dem Orte hat, wo der Mittelpunkt ihrer Lebensverhältnisse sich befindet (§ 7 A 1), ist als **Sitz der juristischen Person** der Ort anzusehen, wo der Mittelpunkt der Verwaltung ist. Abweichend von den Bestimmungen über den Wohnsitz ist es, daß die juristische Person — s. jedoch hinsichtlich der Inlandseigenschaft Vorbem 4 vor § 21, § 22 A 4 und hinsichtlich der in § 61 Abs 2 bezeichneten Vereine A 3 das. — ihren Sitz frei wählen kann (RG JW 1918, 304[8]; Warn 1918 Nr 47 — in der Rechtslehre bestr.). Der Sitz ist von Bedeutung für die Staatszugehörigkeit (Vorbem 4 vor § 21), für den Gerichtsstand nach § 17 ZPO und für die Zuständigkeit der Behörde nach §§ 22, 23, 55 BGB. Von diesem Sitz kann der tatsächliche Verwaltungssitz (vgl. RG JW 09, 504[23]) verschieden sein, der jedoch in den angegebenen Beziehungen nicht maßgebend ist. Zulässig ist nach § 17 Abs 3 ZPO, daß neben dem durch den Sitz des Vereins bestimmten allgemeinen Gerichtsstand ein weiterer allgemeiner Gerichtsstand in der Satzung festgesetzt wird (RG 59, 106 betreffs Aktiengesellschaften). Sollte eine juristische Person trotz der im Inlande geführten Verwaltung ihren Sitz im Auslande wählen, so erleidet sie hierdurch den Nachteil, daß sie im Inlande ohne besondere Anerkennung durch den Bundesrat, jetzt Reichsrat (§ 23), nicht als rechtsfähig gilt (Art 10 EG). Über den Sitz braucht die **Satzung** — anders beim eingetragenen Verein nach § 57 A 1 — nichts zu enthalten. Zu einer Verlegung des Sitzes bedarf es dann nicht der in § 33 Abs 2 vorgeschriebenen Genehmigung. Gleichwohl wird, da der inländische Sitz die unerläßliche Voraussetzung der Verleihung bildet, anzunehmen sein, daß mit der Verlegung des Sitzes in das Ausland die aus der Verleihung folgende Rechtsfähigkeit wegfällt (vgl. RG 7, 68 über Verlegung des Sitzes einer Aktiengesellschaft in das Ausland). Ebenso hat die von einem Bundesstaat ausgehende Verleihung nur so lange Geltung, als die durch den Sitz begründete Zugehörigkeit des Vereins zu diesem Bundesstaate fortdauert. Verlegt der Verein seinen Sitz in das Gebiet eines andern Bundesstaates, so hört er auf, als rechtsfähiger Verein zu bestehen (RG 88, 53; JW 1918, 510[10] hinsichtlich der Gewerkschaft, die in diesem Falle in den Liquidationszustand tritt). Ist in der Satzung ein anderer Sitz nicht bestimmt, so gilt der Ort, wo die Verwaltung geführt wird, als Sitz des Vereins. Nicht als Sitz des Vereins kommt derjenige Ort in Betracht, wo der technische Betrieb des Unternehmens geführt wird.

2. Die **Zweigniederlassung** eines Vereins oder einer staatlichen Anstalt, von welcher aus unmittelbar Geschäfte abgeschlossen werden können, wenn auch regelmäßig nur im beschränktem Umfange (vgl. RG Warn 1918 Nr 233), besitzt nicht eine selbständige juristische Persönlichkeit. Der für die Zweigniederlassung geschlossene Vertrag gilt als für die juristische Person geschlossen (RG JW 04, 297[37]). Dies hindert aber nicht, daß die Hypothek, die von der Zweig-

niederlassung unter ihrer von der Hauptniederlassung verschiedenen Firma erworben ist, auch im Grundbuch auf diese Firma einzutragen ist. Dieser Name ist die richtige Bezeichnung der juristischen Person für die durch die Zweigniederlassung betriebenen Geschäfte (RG 62, 7). Über die Stellung des Leiters der Zweigniederlassung als besonderen Vertreters s. § 31 A 1.

§ 25

[1]) Die Verfassung eines rechtsfähigen Vereins wird, soweit sie nicht auf den nachfolgenden Vorschriften beruht, durch die Vereinssatzung bestimmt[2]) [3]).

E I 43 II 34; M 1 93 ff.; P 1 504 ff.

1. Die über die **Verfassung** des Vereins in §§ 26 ff. gegebenen Vorschriften gelten auch für die eingetragenen Vereine mit der aus den §§ 55 ff. sich ergebenden Ergänzung. Die §§ 26—31 handeln von dem Vorstand, die §§ 32—39 von den Mitgliederrechten und der Mitgliederversammlung. Die Verfassung wird durch die Vereinssatzung bestimmt, soweit nicht ausnahmsweise die reichsrechtlichen Vorschriften zwingendes Recht enthalten, wie hinsichtlich der Notwendigkeit eines Vorstandes und der Mitgliederversammlung und der Freiheit des Austritts (§ 26 A 1, § 32 A 1, § 39 A 1). Über die Verfassung der Vereine, deren Rechtsfähigkeit auf staatlicher Verleihung beruht, können nach Art 82 EG landesrechtlich besondere Vorschriften gegeben werden. Es kann dies dadurch geschehen, daß bei der Verleihung der Rechtsfähigkeit dem Vereine besondere Vorschriften auferlegt werden oder daß für diese Art Vereine besondere gesetzliche Vorschriften aufgestellt werden, die dann bei Verleihung der Rechtsfähigkeit als stillschweigend auferlegt gelten. Derartige besondere Vorschriften aus früherer Zeit sind durch Art 82 (vgl. auch Art 89c PrAG) für die vor Inkrafttreten des BGB errichteten rechtsfähigen Vereine aufrechterhalten (RG 81, 244). Über die Anwendbarkeit der §§ 25 ff. auf nichtrechtsfähige Vereine vgl. § 54 A 1.

2. Die von den Mitgliedern errichtete **Satzung** hat nicht die Bedeutung, daß damit von dem Vereine ein Recht der Selbstgesetzgebung ausgeübt würde. Die Satzung kann deshalb nicht dem Gesetzesrecht gleichgestellt werden (a. A. Oertmann A 4 und ArchsRuWirtsch Philos 7, 127 — vgl. über die Anwendbarkeit des § 139 § 60 A 1 a. E.). Der Verein hat nur das Recht, seine inneren Angelegenheiten selbständig ohne Einmischung der Behörde zu verwalten, soweit nicht bei Verleihung der Rechtsfähigkeit (§ 22) Beschränkungen festgesetzt sind, und ist demgemäß auch befugt, sich selbst die Verfassung zu geben. Nur hierin besteht die sog. Vereinsautonomie. Von der Unterordnung unter die Gerichte wird der Verein hierdurch nicht befreit. Der Rechtsweg kann für die Rechtsbeziehungen zu den Mitgliedern in der Satzung ebensowenig ausgeschlossen werden, als dies sonst statthaft ist. Nur in der Form ist die Ausschließung möglich, daß ein Schiedsgericht bestimmt wird, dessen Verrichtungen einem besondern von dem Vereine gewählten Ausschuß — der aber nicht so zusammengesetzt sein darf, daß ihm die erforderliche Selbständigkeit gegenüber dem Vereine fehlt —, nicht dagegen dem Vorstande oder der Mitgliederversammlung übertragen werden dürfen (RG 80, 191; 88, 402; 90, 306 mit Anm in JW 1917, 930[8]; 93, 288). Auch das einzelne Vorstandsmitglied ist zur Ausübung der schiedsrichterlichen Tätigkeit unfähig (RG JW 1918, 732[2]). Zulässig ist die Anordnung, daß vor Beschreiten des Rechtswegs die Entscheidung des Vereins eingeholt werden muß. Soll nach der Satzung die Mitgliederversammlung unter Ausschluß des Rechtswegs entscheiden, so hat diese Bestimmung doch insofern Gültigkeit, als vor Entscheidung der Mitgliederversammlung die Gerichte nicht angerufen werden dürfen (RG Warn 1919 Nr 20). Die Zulässigkeit des Rechtswegs kann somit dadurch beschränkt werden, daß den Vereinsorganen die Vorentscheidung übertragen wird. Über Streitigkeiten zwischen Vorstand und Versammlung s. § 26 A 1. Eine besondere Vergünstigung ist den Vereinen im Interesse der Selbstverwaltung — was auch auf die nichtrechtsfähigen Vereine auszudehnen sein dürfte (bestr.) — dadurch gewährt, daß ein Beschluß des Vereins über Ausschließung eines Mitgliedes der sachlichen Nachprüfung durch die Gerichte nicht unterliegt. Die über die Ausschließung in § 39 A 2 dargelegten Grundsätze gelten gleicherweise für die in der Satzung zugelassene Bestrafung eines Mitglieds, vorausgesetzt, daß die Bestrafung über das das innere Vereinsleben betreffende Gebiet hinausgeht (RG JW 1915, 1424[1]; 13. 11. 19 IV 371/19). Nicht berechtigt ist der Verein — was der richterlichen Nachprüfung unterliegt (RG 31. 5. 16 IV 17/16) —, das Mitglied wegen einer nicht in das Vereinsgebiet fallenden Tätigkeit zur Verantwortung zu ziehen. Ehrenmitglieder und ausländische korrespondierende Mitglieder sind der Vereinsgerichtsbarkeit, wenn das Gegenteil nicht zweifelsfrei in der Satzung zum Ausdruck gebracht ist, nicht unterworfen (RG 22. 2. 17 IV 289/16). Von dem Gesellschaftsvertrage unterscheidet sich der Vertrag über Errichtung des Vereins — der vielfach als sozialrechtlicher Gesamtakt bezeichnet wird — darin, daß grundsätzlich die Gültigkeit des letzteren Vertrags durch Mängel, welche die Beteiligung des einzelnen Mitgliedes betreffen, nicht beeinträchtigt wird. Das gleiche ist für die Errichtung eines nichtrechtsfähigen Vereins anzu-

nehmen. Dem einzelnen ist dagegen die Anfechtung seiner Beteiligung wegen Betrugs, Irrtums usw. nicht beschränkt (anders v. Tuhr S 481 hinsichtlich der wirtschaftlichen Vereine). Damit die Satzung der verleihenden Behörde oder dem für die Eintragung zuständigen Amtsgericht eingereicht werden kann, ist schriftliche Abfassung nötig. Zur Gültigkeit des Errichtungsvertrags oder des Beitritts zum Verein begarf es aber nicht der Schriftform. In der Satzung pflegen Bestimmungen über die Beurkundung der Beschlüsse des Vorstandes und der Mitgliederversammlung getroffen zu werden. Ist Schriftlichkeit des Beschlusses für erforderlich erklärt, so wird dieser Form im Zweifel schon dadurch genügt, daß ein satzungsgemäßes Protokoll hierüber aufgenommen ist (RG JW 1912, 187[2]). Für die Auslegung der Satzung kann eine langjährige Übung von Wichtigkeit sein. Die Bestimmungen über die Verfassung (über die Ordnung des Vereins und seiner Organe, über Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft und über Auflösung des Vereins) bilden einen Teil der Satzung, auch wenn sie in eine besondere Urkunde, in einen Anhang zur Satzung aufgenommen sein sollten (RG 73, 187), und können überhaupt nur in der Satzung getroffen werden. Auch die von den Mitgliedern an den Verein zu gewährenden Leistungen können nur durch die Satzung, nicht durch einfachen Beschluß der Mitgliederversammlung auferlegt werden. Ein solcher Beschluß genügt nur, wenn es sich um nähere Ausgestaltung der satzungsmäßig bestimmten Leistungen handelt (vgl. RG JW 1916, 128[12]). In die Satzung gehören ferner die Bestimmungen über Zusammensetzung und Zuständigkeit des in Vereinssachen entscheidenden Schiedsgerichts sowie über das Verfahren vor dem Schiedsgericht. Die Frage, welche Gegenstände nur durch Satzungsbeschluß geregelt werden können, ist von besonderer Wichtigkeit für eingetragene Vereine, weil § 71 zur Wirksamkeit einer Änderung der Satzung die Eintragung in das Vereinsregister erfordert. Über den Unterschied zwischen Verein und Gesellschaft vgl. auch § 54 A 1. — Die Satzungen der durch landesherrliche VO (oder Bestätigung der Behörde) gebildeten Zwangsverbände haben die Eigenschaft von Gesetzesrecht (RG 25, 274; 38, 126; JW 93, 318[49]; 06, 758[30] u. 09, 117[15]; Art 167 EG).

3. Das **Recht, seine Angelegenheiten selbständig zu verwalten,** ist für den Bestand des Vereins wesentlich. Der Vorstand, Aufsichtsrat usw. müssen in Wahrheit Glieder des Vereins sein, die den Vereinsinteressen zu dienen haben. Sie dürfen nicht im Wege des Vertrags in eine solche Abhängigkeit von einer außenstehenden Person gebracht werden, daß damit dem Verein die Selbständigkeit genommen ist. Dies würde der Fall sein, wenn einer fremden Person eine derartige Einwirkung auf die Geschäftsführung zugestanden wird, daß sie die Ernennung und Entlassung der Geschäftsführer und die Fassung bestimmter Beschlüsse durch den Aufsichtsrat und die Mitgliederversammlung verlangen kann. Ein Vertrag, durch welchen ein bestehender Verein in dieser Weise zum willenlosen Werkzeug herabgedrückt wird, kann deshalb nach § 138 nicht als gültig angesehen werden (RG JW 1913, 916[11]; vgl. auch RG 3, 123). Und ein Verein, dem von vornherein das Selbstverwaltungsrecht entzogen ist, kann überhaupt nicht zur Entstehung kommen. Nicht unzulässig ist es, wenn hinsichtlich der Gewinnverteilung dem Ermessen eines Dritten ein gewisser Einfluß eingeräumt wird. Ein Verein, der im öffentlichen Interesse liegende Bestrebungen verfolgt, kann sich insbesondere durch Vertrag mit der Behörde einer dem Zwecke des Vereins entsprechenden Begrenzung der Gewinnverteilung unterwerfen (vgl. RG 83, 377).

§ 26

Der Verein muß einen Vorstand¹) haben. Der Vorstand kann aus mehreren²) Personen bestehen.

Der Vorstand vertritt den Verein gerichtlich und außergerichtlich; er hat die Stellung eines gesetzlichen Vertreters³)⁴). Der Umfang seiner Vertretungsmacht kann durch die Satzung mit Wirkung gegen Dritte beschränkt werden³).

E I 44 Abs 1 u. 4 II 25; M 1 94 ff., 97 ff.; P 1 506 ff., 513; 6 114.

1. Der **Vorstand** bildet das notwendigste Vereinsgebilde. Ohne den Vorstand würde der Verein überhaupt nicht in Tätigkeit treten können. Er ist ein von der Mitgliederversammlung verschiedenes Gebilde, wennschon in der Satzung bestimmt werden kann, daß die sämtlichen Mitglieder den Vorstand bilden. Ohne eine solche Bestimmung ist dies nicht anzunehmen, da der für die Gesellschaft geltende Grundsatz des § 709 Satz 1 nicht auf den Verein übertragen werden kann (a. A. Hölder A 3 — vgl. hinsichtlich der Gewerkschaft RG JW 1915, 527[23]). Trifft die Satzung nicht in anderer Weise Vorsorge, so ist der Vorstand nach § 27 A 1 von der Mitgliederversammlung zu wählen. Außer dem Vorstande können noch andere Vereinsgebilde bestehen. Es können für gewisse Geschäfte besondere Vertreter bestellt sein (§ 30). Es kann ein Aufsichtsrat, ein Ehrenrat usw. eingerichtet sein. Ist zwischen Vor-

stand und Mitgliederversammlung eine Meinungsverschiedenheit über die ordnungsmäßige Wahl eines Vereinsgliedes, über dessen Befugnisse usw. entstanden, indem der Vorstand entgegen der Mitgliederversammlung die Wahl nicht anerkennt und den Gewählten nicht zu den Geschäften heranzieht, so steht nichts entgegen, daß der Gewählte gegen den Verein auf Anerkennung seiner Rechte klagt. Es handelt sich auch hier um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit, deren Entscheidung den Gerichten nicht entzogen ist (a. A. **RG** 79, 409, welche Entscheidung die Einmischung der Gerichte in derartige innere Vereinsangelegenheiten für ausgeschlossen hält und die Mitgliederversammlung darauf verweist, ihren Willen durch Entlassung des Vorstandes durchzusetzen). — Die Freiheit der Vereinsmitglieder, ein Vereinsamt anzunehmen, kann in der Regel durch vertragsmäßige Abmachungen nicht beschränkt werden (§ 138 — vgl. **RG** 57, 205). Über Beschränkungen des Stimmrechts s. § 32 A 3.

2. Soll der Vorstand aus **mehreren Personen** bestehen, so muß dies in der Satzung festgesetzt werden. Es genügt jedoch, wenn in der Satzung die Zusammensetzung des Vorstandes aus mehreren Mitgliedern für zulässig erklärt und die Höchstzahl dieser Mitglieder bestimmt wird. Über das Vertretungsrecht bei Vorhandensein mehrerer Vorstandsmitglieder s. § 28 A 1. Besteht der Vorstand teilweise aus Mitgliedern, die mit der Geschäftsführung betraut sind, teilweise aus andern Mitgliedern, so bilden nur die ersteren den Vorstand im Sinne des § 26, während im übrigen der als Vorstand bezeichnete Ausschuß den Charakter eines Aufsichtsrats hat (vgl. Planck A 5; RJA 11, 265).

3. Dem Vorstande gebührt die unbeschränkte gerichtliche und außergerichtliche **Vertretung** in allen Angelegenheiten des Vereins, und zwar hat der Vorstand hierbei die **Stellung eines gesetzlichen Vertreters** (vgl. §§ 52, 56, 241, 246, 473, 474, 171, 184 ZPO — nicht aber wird die Anwendbarkeit des § 206 BGB wegen Verjährung hierdurch begründet, a. A. Planck A 3). Die Stellung als gesetzlicher Vertreter zeigt sich auch darin, daß die Rechte des Vereins selbst in solchen Fällen, wo eine Vertretung an sich unstatthaft ist, durch den Vorstand wahrzunehmen sind, was im Grunde darauf beruht, daß die Handlungen des Vorstandes die eigenen Handlungen des Vereins sind. Das BGB hat davon abgesehen, den Vorstand geradezu als gesetzlichen Vertreter zu bezeichnen, um in den wissenschaftlichen Streit, ob die juristische Person als ein willensunfähiges Gedankengebilde sich darstellt oder eine wirkliche Persönlichkeit hat (vgl. Vorbem 1), nicht einzugreifen. Die Vertretungsbefugnis des Vorstandes geht sowohl dahin, daß er Rechtshandlungen für den Verein vornehmen darf, als daß ihm gegenüber Rechtshandlungen für den Verein vorgenommen werden dürfen (tätige und duldende Vertretung). Sie kann dem Vorstande durch die Satzung niemals ganz entzogen werden, womit die Einrichtung des Vorstandes beseitigt wäre, wohl aber beschränkt werden, ohne daß sich Dritte auf ihre Unkenntnis der Beschränkung berufen können (**RG** im Recht 07 Nr 2497). Die Vertretungsbeschränkung kann darin bestehen, daß dem Vorstande die Vornahme bestimmter Arten von Rechtshandlungen untersagt oder nur unter bestimmten Bedingungen — Willenserklärung in bestimmter Form, Zustimmung der Mitgliederversammlung, Zustimmung eines Angestellten usw. — gestattet wird. Die Geschäfte können auch zwischen mehreren Vorstandsmitgliedern und zwischen den Vorstandsmitgliedern und einem besondern Vertreter (§ 30) derart geteilt werden, daß ein jeder nur für einen bestimmten Geschäftszweig vertretungsberechtigt ist. Eine nicht durch Satzungsbeschluß auferlegte Beschränkung (z. B. eine von der Mitgliederversammlung für einen einzelnen Fall erteilte Anweisung) hat gegen den Dritten keine Wirkung. Nicht beschränkbar ist die Befugnis zur Entgegennahme von Willenserklärungen (vgl. § 28 A 2). Durch Verfügungen, die erkennbar außerhalb des Rahmens des Vereinszweckes liegen, kann der Vorstand den Verein nicht verpflichten (abw. Planck A 4; vgl. **RG** 85, 262). Auf die Vertretungsbefugnis des Vorstandes ist es an sich ohne Einfluß, daß der von ihm geschlossene Vertrag einen gesetzwidrigen oder unsittlichen Zweck verfolgt. Ein derartiger Vertragsinhalt macht den Vertrag — im Gegensatz zu einer bloß einseitigen Verfügung — nur ungültig, wenn der Sachverhalt auch dem Vertragsgegner bei Eingehung des Vertrags klar war, wenn also ein arglistiges Zusammenwirken beider Teile stattgefunden hat (**RG** JW 1912, 526[2]). Das gleiche gilt für den Fall, daß die Vertretungsbefugnis von dem Vorstande zu eigennützigen Zwecken mißbraucht wird. Ist in der Satzung einem Mitgliede die Vertretungsbefugnis unter Ausschluß der übrigen übertragen, so können diese im Rechtssinne (vgl. A 2 a. E.) nicht als Vorstandsmitglieder gelten. Dem Vorstande verbleibt die Vertretungsbefugnis nach außen auch dann, wenn nach den die innere Verfassung regelnden Satzungsbestimmungen in der fraglichen Angelegenheit eine andere Vereinsstelle, Ausschuß, Aufsichtsrat usw. beschliessen soll. Durch ein dem Vorstande auferlegtes Veräußerungsverbot werden übrigens die Gläubiger des Vereins nicht gehindert, die betreffenden Vermögensgegenstände zu ihrer Befriedigung in Anspruch zu nehmen.

4. Der **Besitz** wird dem Vereine durch Handlungen des Vorstandes erworben, der auch hierbei die Stellung eines Vertreters, nicht eines Besitzdieners hat (a. A. Dernburg III § 14 unter 7). Der Besitz des Vorstandes wird der juristischen Person als eigener Besitz zugerechnet (Förtsch in Gruch 43, 545). Es ist deshalb auch nicht richtig, dem Vorstande (vgl. OLG 5, 148)

den unmittelbaren und der juristischen Person den mittelbaren Besitz (§ 868) zuzuschreiben. Die Angestellten der juristischen Person sind dagegen regelmäßig als Besitzdiener (§ 855) anzusehen. Bei einer Gemeinde kann der Besitz auch durch Benutzungshandlungen der Gemeindemitglieder erworben werden, wenn es sich um Sachen handelt, an denen den Gemeindemitgliedern ein Benutzungsrecht zukommt.

§ 27

Die Bestellung des Vorstandes erfolgt durch Beschluß der Mitgliederversammlung[1]).

Die Bestellung ist jederzeit widerruflich[2]), unbeschadet des Anspruchs auf die vertragsmäßige Vergütung. Die Widerruflichkeit kann durch die Satzung auf den Fall beschränkt werden, daß ein wichtiger Grund für den Widerruf vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung.

Auf die Geschäftsführung[3]) des Vorstandes finden die für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670 entsprechende Anwendung.

E I 44 Abs 2 u 3 II 26; M 1 95 ff.; P 1 509 ff., 552 ff.; 2 377 ff.

1. Die Vorschrift des § 27 Abs 1 ist durch die Satzung abänderlich (§ 40). Die **Bestellung des Vorstandes** oder das Vorschlagsrecht kann deshalb auch einem andern Vereinsgliede, z. B. dem Aufsichtsrat oder bestimmten Mitgliedern oder einem Dritten, insbesondere einer Behörde, übertragen werden. Auch die Satzung selbst kann eine bestimmte Person zum Vorstande bestellen oder ihr ein Recht auf Bestellung einräumen. Einem mehrgliedrigen Vorstande kann das Recht der Selbstergänzung gewährt werden. In Ermanglung einer andern Bestimmung hat die Mitgliederversammlung den Vorstand zu wählen. Die Wahl erfolgt nach den für die Beschlußfassung geltenden Regeln (§ 32 A 3). Das Recht der Vertretung erlangt der Vorstand kraft der Bestellung, die ein einseitiges Rechtsgeschäft bildet, von dem ihm eine besondere Mitteilung nicht gemacht zu werden braucht (ähnlich Planck A 5). Es genügt, daß er von der Bestellung in irgendeiner Weise Kenntnis erhalten hat. Die Geschäftsführungspflicht überkommt er dagegen, falls nicht ein besonderer Vertrag mit ihm geschlossen ist, erst durch die Annahme der Bestellung. Eine Verpflichtung hierzu kann der beschränkt Geschäftsfähige nur mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters übernehmen. Mit Rücksicht hierauf wird der Regel nach anzunehmen sein, daß auch die Ermächtigung zur Vertretung erst mit Erteilung der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zur Geschäftsführung wirksam werden soll. Daß der Vorstand ein Vereinsmitglied ist, ist nicht erforderlich (a. A. Hölder A 1).

2. Das **Widerrufsrecht** steht in der Regel derselben Stelle zu, welche den Vorstand zu bestellen hat. Daß daneben auch die Mitgliederversammlung zum Widerruf berechtigt wäre (so Staudinger A 9, ähnlich v. Tuhr S 534), ist aus dem Gesetz nicht zu entnehmen. Die Zulässigkeit des Widerrufs kann auf den Fall, daß ein wichtiger Grund vorliegt (vgl. §§ 671, 712), beschränkt, nicht aber in noch weiterem Maße ausgeschlossen werden, da sonst der Vorstand zum unbeschränkten Herren des Vermögens gemacht würde (vgl. **RG** 3, 129). Unzulässig sind auch Vereinbarungen, welche das Recht, die Bestellung aus wichtigem Grunde zu widerrufen, durch Festsetzung hoher Entschädigungspflichten oder sonstiger Nachteile derart erschweren, daß seine Ausübung dem Vereine nicht wohl möglich ist (vgl. **RG** 61, 328; 75, 238; JW 1915, 1106[6]). Für den Anspruch des Vorstandsmitgliedes auf Fortbezug der Vergütung kommt es darauf an, ob das Vertragsverhältnis (A 3) wirksam beendet ist. Über Einräumung eines Sonderrechts auf Mitgliedschaft im Vorstande s. § 35 A 1.

3. Der **Vertrag zwischen dem Vereine und Vorstande** ist, wenn der Vorstand eine Vergütung erhält, nach den Regeln des Dienstvertrags, sonst nach den Regeln des Auftrags zu beurteilen. Hierbei ist allerdings der Eigenart des Verhältnisses, daß der Vorstand eine selbständigere Stellung einnimmt wie sonst der Beauftragte oder Dienstverpflichtete, Rechnung zu tragen, ohne daß aus diesem Grunde mit der herrschenden Meinung ein besondersartiger sozialrechtlicher Vertrag angenommen zu werden braucht. Hinsichtlich der Geschäftsführung sind in Ermanglung einer andern Vereinbarung die (nach § 713 auch bei der Gesellschaft geltenden) Bestimmungen der §§ 664—670 entsprechend anwendbar, die §§ 665 u. 666 natürlich nur insoweit, als in der fraglichen Beziehung ein Unterordnungsverhältnis des Vorstandes besteht. Diese Bestimmungen verhalten sich darüber, daß die Ausführung des Auftrags und der Anspruch des Auftraggebers auf diese Ausführung im Zweifel nicht übertragbar ist (§ 664). Der Beauftragte darf ferner nach § 665 von den Weisungen des Auftraggebers nur abweichen, wenn er auf dessen Billigung rechnen kann. Er ist nach § 666 zur Auskunftserteilung und Rechenschaftslegung, gemäß §§ 667, 668 zur Herausgabe und, falls er das herauszugebende

Geld für sich verwendet hat, zur Verzinsung verpflichtet. Der Auftraggeber hat ihm nach § 669 auf sein Verlangen Vorschuß zu leisten und nach § 670 ihm die Aufwendungen, die er für erforderlich halten durfte, zu ersetzen. Die Kündigung des Vertragsverhältnisses ist dem Vorstandsmitgliede und dem Vereine, wenn ein dauerndes Dienstverhältnis mit festen Bezügen eingegangen ist, ohne Einhaltung der vertragsmäßigen Kündigungsfrist nur aus wichtigem Grunde (§§ 626, 627), sonst unbeschränkt, nur nicht zur Unzeit (§§ 627, 671, 675) gestattet. Verschieden von dem Kündigungsrecht ist das in A 2 behandelte Widerrufsrecht. Wird aber durch rechtmäßige Kündigung das Vertragsverhältnis aufgelöst, so ist damit zugleich die Bestellung des Vorstandsmitgliedes widerrufen. Als ein grobes Verschulden des Vorstandes, das ihn Dritten gegenüber ersatzpflichtig machen kann, ist es anzusehen, wenn er Veröffentlichungen in Vereinsangelegenheiten unter seinem Namen, ohne den Inhalt geprüft zu haben, zuläßt (**RG** 16. 3. 06 II 351/05). Wegen Verletzung seiner Pflichten haftet der Vorstand nur dem Verein, nicht den Mitgliedern (vgl. wegen der G. m. b. H. **RG** 59, 50), auch der Regel nach (s. jedoch § 42 A 2) nicht den Gläubigern. Durch eine von dem Vorstande vorgenommene Verteilung der Geschäfte unter die Mitglieder werden die bei der Geschäftsführung nicht mitwirkenden Mitglieder von der allgemeinen Aufsichtspflicht nicht befreit.

§ 28

Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so erfolgt die Beschlußfassung nach den für die Beschlüsse der Mitglieder des Vereins geltenden Vorschriften der §§ 32, 34[1])[3]).

Ist eine Willenserklärung dem Vereine gegenüber abzugeben, so genügt die Abgabe gegenüber einem Mitgliede des Vorstandes[2])[3]).

E I 44 Abs 5 u. 6 II 27; M 1 99 ff.; P 1 512 ff.; 6 114 ff.

1. Die Anwendbarkeit der §§ 32 u. 34 ergibt, daß die **Beschlußfassung des mehrgliedrigen Vorstandes,** falls nicht sämtliche Mitglieder schriftlich ihre Zustimmung zu dem Beschlusse erklären, nur in einer Sitzung erfolgen kann, zu der sämtliche Vorstandsmitglieder in dieser ihrer Eigenschaft unter Mitteilung des Gegenstandes der Beschlußfassung eingeladen sind. Der Beschluß ist nach Stimmenmehrheit der erschienenen und an der Abstimmung sich beteiligenden Mitglieder zu fassen, wobei die Stimmen der persönlich interessierten Mitglieder (§ 34) nicht mitzuzählen sind. Hat ein Vorstandsmitglied seine Erklärung über den Beschluß sich vorbehalten, so ist darin bis zur Erteilung späterer Zustimmung eine Ablehnung zu sehen (vgl. **RG** JW 1913, 994[23]). Über die Beurkundung der Beschlüsse vgl. § 25 A 2. Dem Dritten gegenüber wird der ordnungsmäßig gefaßte Beschluß erst wirksam, wenn er ihm mitgeteilt wird. Bis dahin handelt es sich bei dem gefaßten Beschluß um eine innere Angelegenheit (vgl. über Beschlüsse des Magistrats **RG** 89, 442). Durch die Mitteilung an den Dritten wird eine Befugnis zur Vertretung des Vereins ausgeübt, für welche in Ermanglung anderer Bestimmungen die gleichen Grundsätze gelten müssen, wie sie in § 28 Abs. 1 für die Beschlußfassung gegeben sind (vgl. Schack in Gruch 61, 864 ff.). Den Vorstandsmitgliedern, die vorschriftsmäßig den Beschluß gefaßt haben, ist es unbenommen, die Wirksamkeit des Beschlusses nach außen dadurch herbeizuführen, daß sie dem Dritten den Beschluß mitteilen (vgl. Oertmann 1 b β, Planck A 2). Die Mitteilung kann auch durch das von ihnen hierzu bevollmächtigte Vorstandsmitglied erfolgen, und auch ohne besondere Bevollmächtigung darf es als im Sinne der Satzung liegend angesehen werden, daß der Vorsitzende des Vorstandes kraft seiner Geschäftsleitungsbefugnis hierzu berechtigt ist. Nicht erforderlich ist es, daß die Mitteilung von sämtlichen Vorstandsmitgliedern (a. A. Staudinger A 11a zu § 26) oder der Mehrheit der vorhandenen Verstandsmitglieder (a. A. v. Tuhr S. 531) ausgeht. Die Ungültigkeit des Beschlusses kann durch die Mitteilung insofern geheilt werden, als darin eine neue gültige Beschlußfassung zu sehen ist. Die Vorschriften der §§ 28 u. 32 sind abänderlich (§ 40). Durch die Satzung kann bestimmt werden, daß ein einzelnes Mitglied des Vorstandes oder einige der Vorstandsmitglieder zur Vertretung des Vereins nach außen hin ermächtigt sind (**RG**St 42, 219). Durch die Satzung kann ferner angeordnet werden, daß ein jedes Vorstandsmitglied in allen Vereinsangelegenheiten selbstandig handeln kann, in welchem Falle (vgl. § 711) angenommen werden darf, daß ein jedes andere Vorstandsmitglied ein — allerdings nicht nach außen wirkendes — Widerrufsrecht hat (v. Tuhr S. 530). Es kann unter Ausschaltung des Mehrheitsgrundsatzes in der Satzung auch festgesetzt werden, daß die Vorstandsmitglieder oder eine bestimmte Anzahl von ihnen nur gemeinschaftlich für den Verein handeln dürfen (Gesamt- oder Kollektivvertretung), eine Vertretungsweise, die in § 44 des ersten Entwurfs allgemein für Vereine vorgesehen war und die namentlich bei Handelsgesellschaften, Aktiengesellschaften usw. vorkommt. Es genügt hier, daß die Willenserklärung des einen Vertreters mit Ermächtigung oder nachträglicher Genehmigung des andern Vertreters erfolgt. Die frühere An-

sicht des Reichsgerichts, daß die Genehmigung stets dem Dritten gegenüber erklärt werden müsse und daß ebenso die für die Genehmigung bedeutsamen Handlungen oder Unterlassungen dem Dritten gegenüber in Erscheinung treten müssen (vgl. RG 75, 419), ist jetzt in dem Urteil des RG 81, 325 aufgegeben. Eine solche Kundgebung dem Dritten gegenüber ist nur zu erfordern, wenn der Gesamtvertreter das Rechtsgeschäft nicht als ein fertiges abgeschlossen, sondern durch sein Auftreten als Gesamtvertreter die Mitwirkung (Mitunterschrift usw.) des zweiten Vertreters vorbehalten hat. Festzuhalten ist aber daran, daß ein den Verein verbindendes Rechtsgeschäft immer erst dann vorliegt, wenn die Genehmigung des zweiten Vertreters erteilt wird. In diesem Zeitpunkt muß daher das Einverständnis des ersten Vertreters noch vorhanden sein. Zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts ist bei der Gesamtvertretung die Übereinstimmung sämtlicher Vertreter nötig. Zur Annahme einer Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts genügt es deshalb, wenn auch nur in der Person eines der Vertreter ein Nichtigkeits- oder Anfechtbarkeitsgrund vorhanden ist (RG 78, 354). Auf andere Handlungen als Willenserklärungen erstreckt sich die Notwendigkeit des Zusammenwirkens nicht. Die Kenntnis einer Tatsache seitens eines Gesamtvertreters oder Vorstandsmitgliedes ist der juristischen Person als eigene Kenntnis zuzurechnen (RG JW 1911, 1013[2]; 1914, 401[1]), und zwar auch in dem Falle, daß er beim Abschluß des Geschäfts nicht mitgewirkt hat, sofern es ihm als Verschulden anzurechnen, daß er seine Kenntnis den übrigen Vertretern nicht mitgeteilt hat. Die juristische Person haftet deshalb gemäß § 31, wenn auch nur der eine Vertreter innerhalb seines Geschäftskreises bewußt unwahre Auskunft erteilt oder sonst arglistig gehandelt hat (RG 2. 12. 07 VI 79/07; RG 57, 94; 78, 354 oben; 81, 436; JW 1915, 999[6]). Die Satzungsvorschrift der Gesamtvertretung kann nicht dadurch beseitigt werden, daß der eine Vertreter die Gesamtheit seiner Rechte auf den andern überträgt.

2. Die Vorschrift des Abs 2 über **Willenserklärungen gegenüber dem Vereine,** die dem Dritten die Berechtigungsprüfung abnehmen will, enthält zwingendes Recht (§ 40). Eine Anwendung des gleichen Grundsatzes findet sich in § 171 ZPO. Die Zustellung an einen Vorsteher genügt, auch wenn dieser satzungsmäßig nicht zur Vertretung befugt sein sollte (RG JW 06, 47[19]). Nicht zur Empfangnahme der Erklärung ist derjenige Vorsteher befugt, von welchem die Erklärung ausgegangen ist (§ 181).

3. Für die juristischen Personen des **öffentlichen Rechtes** hat § 28 keine Geltung (vgl. § 86 A 2). Über die Willenserklärungen eines Schulvorstandes s. RG 58, 62; über Vertretung einer Betriebskrankenkasse RG Gruch 52, 1175.

§ 29

Soweit die erforderlichen Mitglieder des Vorstandes fehlen, sind sie in dringenden Fällen für die Zeit bis zur Hebung des Mangels auf Antrag eines Beteiligten von dem Amtsgerichte zu bestellen, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat[1]).

E I 44 Abs 6 II 28; M 1 100; P 1 515 ff.

1. Die Vereine unterstehen nicht der gerichtlichen Aufsicht. Ausnahmsweise hat aber das Amtsgericht auf Antrag eines Beteiligten zur **Hebung eines Vertretungsmangels,** mögen nun die satzungsmäßig zur Beschlußfassung erforderlichen Vorstandsmitglieder nicht vorhanden oder aus tatsächlichen oder Rechtsgründen (§§ 34, 28) verhindert sein, bei Vorliegen eines dringenden Bedürfnisses einzugreifen. Die von ihm bestellten Vorstandsmitglieder bleiben so lange im Amt, bis der Verein in anderer Weise für die Vertretung gesorgt hat oder das Vertretungsbedürfnis weggefallen ist (a. A. Schack in Gruch 61, 854, der die Vertretungsbefugnis bis zur Aufhebung der Bestellung durch das Amtsgericht fortdauern lassen will). Doch kann über die Dauer der Vertretung in dem Beschlusse des Amtsgerichts, auf dessen Auslegung es ankommt, eine andere Festsetzung getroffen sein (RG JW 1918, 361[1]). Die Bestellung kann auch nur für eine bestimmte Handlung erfolgt sein. Zu weiteren Maßregeln (vgl. § 1846) ist das Amtsgericht nicht befugt. Nur wird es, um eine zur Übernahme des Amtes geneigte Person zu finden, den Betrag der von dem Vereine zu gewährenden Vergütung in dem Sinne festsetzen können, daß die Dienste der neu bestellten Vorstandsmitglieder nur gegen Leistung dieser Vergütung in Anspruch genommen werden können (abw. Schack a. a. O. S. 859). Der Beschluß wird wirksam mit Zustellung an den Antragsteller (§ 16 FGG). Die vom Amtsgericht ausgehende Bestellung hat ebenso wie die Bestellung eines Vormundes (vgl. § 1774 A 2) rechtsgestaltende Wirkung (RG JW 1918, 361[1]; vgl. KGJ 34 A 169). Die Bestellung eines Pflegers für die juristische Person ist durch die in § 29 bestimmte Regelung ausgeschlossen. Durch diese Regelung ist zugleich für die Vertretung im Prozesse — § 57 ZPO greift hier nicht ein — Vorsorge getroffen. Der durch Ges. v. 4. 8. 14 den Kriegsteilnehmern gewährte Schutz ist auf juristische Personen nicht auszudehnen, weil

hier dem praktischen Bedürfnisse durch die Vorschrift des § 29 genügt ist (Güthe in Gruch 59, 28). — § 29 findet auch Anwendung auf die juristischen Personen des Handelsrechts (KGJ 34 A 55; OLG München in LZ 1916, 72[2]). Die Anwendbarkeit auf G. m. b. H. ist anerkannt vom RG 68, 180. Auf Kommanditgesellschaften auf Aktien (RG 74, 301) und nichtrechtsfähige Vereine ist die Bestimmung nicht auszudehnen. Beim Fehlen eines Vorstandes sind hier die Geschäfte vorläufig von den Vereinsmitgliedern gemeinschaftlich zu führen (RG 78, 55). Eine dem § 29 ähnliche Vorschrift enthält § 130 PrBergGes.

§ 30

Durch die Satzung kann bestimmt werden, daß neben dem Vorstande für gewisse Geschäfte besondere Vertreter zu bestellen sind. Die Vertretungsmacht eines solchen Vertreters erstreckt sich im Zweifel auf alle Rechtsgeschäfte, die der ihm zugewiesene Geschäftskreis gewöhnlich mit sich bringt[1]).

E II 29; P 1 520 ff.

1. Regelmäßig bildet der Vorstand den Mittelpunkt für die Verwaltung aller Angelegenheiten des Vereins. Es ist aber auch zulässig, **besondere Vertreter** zu bestellen, denen unbeschadet der im allgemeinen und namentlich für das Innenverhältnis bestehenden Unterordnung unter den Vorstand für einen besondern Geschäftskreis eine selbständige Stellung übertragen ist. Auch der besondere Vertreter des § 30 ist als ein verfassungsmäßig berufener Vertreter im Sinne des § 31 anzusehen (RG 53, 279; a. A. v. Tuhr S. 540). Es kann deshalb wegen Erläuterung dieses Begriffs auf § 31 A 1 verwiesen werden. Die besondern Vertreter bilden in gleicher Weise wie der Vorstand ein Glied des Vereins und haben innerhalb ihres Geschäftsbereichs die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Von dem Vorstand unterscheidet sich der besondere Vertreter aber dadurch, daß seine Vertretungsbefugnis sich nur auf den ihm zugewiesenen besondern Geschäftskreis erstreckt, und zwar mangels einer weitergehenden Ermächtigung nur auf diejenigen Rechtsgeschäfte, die innerhalb dieses Geschäftskreises der gewöhnliche Betrieb mit sich bringt. Eine Beschränkung in letzterer Beziehung wirkt nach außen nur, wenn der Dritte die Beschränkung gekannt hat oder hat kennen müssen (RG 94, 320f.; JW 1917, 286[5]). Die über die Bestellung des Vorstandes gegebenen Vorschriften sind mit Ausnahme des § 29 auf sie entsprechend anzuwenden. Auch die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes können nach Maßgabe ihrer Verfassung einen besondern gesetzlichen Vertreter haben (vgl. RG 64, 403 und § 89 A 2).

§ 31

Der Verein ist für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstandes oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter[1]) durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt[2–4]).

E I 46 II 30; M 1 102 ff.; P 1 521 ff.; 6 144.

1. Der § 31 ordnet **die Verantwortlichkeit des Vereins für die Handlungen seiner Vertreter.** Als solche kommen, im Gegensatz zu den bloßen Angestellten, in Betracht die Vorstandsmitglieder und „verfassungsmäßig berufenen Vertreter", welche Bezeichnung dasselbe besagt wie der in § 30 gebrauchte Ausdruck „besonderer Vertreter". Aus § 30 ist zu entnehmen, daß ein solcher Vertreter durch die Satzung vorgesehen sein muß (RG 53, 277; 74 S. 21 u. 255; JW 1912, 399[2]). Es genügt nicht, daß die Bestellung — wie zwischendurch das RG in 70, 119 angenommen hatte — in den Bestimmungen der Satzung ihren Grund hat. Bei seiner Bestellung müssen natürlich die Bestimmungen der Satzung eingehalten sein. Erforderlich ist aber weiter, daß er innerhalb seines Geschäftsbereichs (auch wenn seine Vertretungsbefugnis nach § 30 Satz 2 eine eingeschränktere ist) eine dem Vorstand ähnliche Selbständigkeit und Verantwortlichkeit hat und die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (wenn auch nur in Gemeinschaft mit einem andern) besitzt (RG 74, 250). Der nach der Vereinssatzung mit der Leitung eines Krankenhauses betraute Arzt, der nur zu ärztlichen Leistungen, nicht zum rechtsgeschäftlichen Handeln berufen ist, kann daher als Vertreter im Sinne des § 31 nicht gelten (a. A. v. Tuhr S. 540). Kein verfassungsmäßiger Vertreter ist aus demselben Grunde der von einem genossenschaftlichen Revisionsverband gemäß § 54 GenG bestellte Verbandsrevisor (RG 78, 143). Die Stellung eines besondern Vertreters kann der Leiter einer Zweigniederlassung (Prokurist usw.) haben. Es kann in dieser Beziehung genügen, daß die Satzung, deren Bedeutung durch Auslegung zu ermitteln ist,

die Gründung einer Zweigniederlassung vorsieht (RG 91, 1; 94, 320; Warn 1915 Nr 317; 1917 Nr 110). Als besonderer Vertreter kann der von der Gemeinde mit der Verwaltung eines besondern Straßenbahnunternehmens betraute Betriebsdirektor anzusehen sein (RG Warn 1916 Nr 125). Die Vorstandsmitglieder und verfassungsmäßig berufenen Vertreter sind somit diejenigen Personen, welche, ähnlich wie die natürliche Person über das ihr gehörige Vermögen, über das Vermögen der juristischen Person verfügen und die deshalb zur Unterscheidung von Angestellten nicht unzutreffend als „Organe" der juristischen Person — vgl. jedoch gegen diese Ausdrucksweise Schloßmann in IheringsJ 44, 289; v. Tuhr § 32 — bezeichnet werden (vgl. Vorbem 1 vor § 21). Durch die innerhalb ihres Geschäftskreises vorgenommenen unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) wird das Vermögen der juristischen Person geradeso belastet wie das Vermögen der natürlichen Person durch die von dieser vorgenommenen Handlungen. Die Kenntnis eines solchen Vertreters — der auch als Wissensorgan bezeichnet werden darf (vgl. RG JW 1911, 1013[2]) — genügt zur Annahme der Kenntnis des Vereins. Für die unerlaubten Handlungen der Angestellten, deren Stellung und Wirkungskreis auf den Auftrag des Vorstandes oder eines verfassungsmäßigen Vertreters zurückgeht, hat dagegen die juristische Person nur einzustehen, wenn die Pflichtverletzung eines ihrer Vertreter hinzukommt. Die Haftbarkeit kann dadurch begründet sein, daß der verfassungsmäßige Vertreter entgegen dem § 831 bei Auswahl des Angestellten oder Beschaffung der Einrichtungen oder bei Leitung der Verrichtung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beobachtet hat, daß er insbesondere versäumt hat, die nötigen Sicherheitsmaßregeln vorzukehren, die erforderlichen Anweisungen über deren Handhabung zu erlassen oder daß er die aus § 823 herzuleitende allgemeine Pflicht der Dienstaufsicht, wozu namentlich auch die Pflicht gehört, die Dienstführung zu gewissen Zeiten nachzuprüfen, nicht erfüllt hat (RG JW 06, 427[13]; 1911, 939[1]; 1913, 924[10]; 1915, 397[8] — vgl. anderseits über Entbehrlichkeit der Anweisung, wenn ohnedies die sachgemäße Besorgung mit Sicherheit erwartet werden kann, Warn 1912 Nr 410; JW 1915, 397[8]). Auch wenn die besondere Aufsicht über den Angestellten durch einen höheren Angestellten geführt wird, darf sich die juristische Person der allgemeinen Dienstaufsicht über beide Angestellte durch einen verfassungsmäßigen Vertreter nicht entschlagen (RG 89, 136; JW 1911, 96[20]). Muß infolge des großen Umfangs des Geschäftsbetriebs die Auswahl der niederen Angestellten den Angestellten höherer Ordnung überlassen werden, so darf doch nicht unterlassen werden, durch allgemeine Anordnungen und Einrichtungen dafür zu sorgen, daß die höheren Angestellten auf dem ihnen zugewiesenen Gebiete sachgemäß verfahren (RG JW 1913, 920[6]). Die allgemeine Aufsicht muß durchweg in der Weise ausgeübt werden, daß die Überzeugung begründet erscheint, der mit der örtlichen Aufsicht betraute Betriebsleiter erfülle dauernd ordnungsgemäß seine Pflichten. Ist die Organisation eine mangelhafte und deshalb die Kontrolle eine unzureichende, so fällt dies der juristischen Person selbst zur Last (RG Warn 1914 Nr 35). Gehen dem Vorstande die zur Aufsichtführung erforderlichen Fachkenntnisse ab, so ist es seine Pflicht, sich der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen (vgl. RG Gruch 50, 984). Ausnahmsweise ist dem Vorstande eines gemeinnützigen Vereins nicht zuzumuten, die Aufsicht über den ärztlichen Anstaltsleiter auf Angelegenheiten auszudehnen, deren Beurteilung rein fachliche Kenntnisse voraussetzt, welche der Vorstand nicht haben kann (RG JW 1912, 339[2]). Hat der gefahrbringende Zustand einer Einrichtung längere Zeit hindurch bestanden, so darf angenommen werden, daß der verfassungsmäßige Vertreter seine Pflicht zur Aufsichtsführung nicht gehörig erfüllt hat (RG 15. 11. 06 IV 81/06; LZ 1914, 945[10]; Warn 1919 Nr 89). Die Haftung ist begründet, wenn ihm bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt das Bestehen der Gefahr nicht verborgen bleiben konnte. Der Feststellung des betreffenden Vertreters bedarf es nicht, wenn nach der Sachlage das Verschulden irgendeines Vertreters vorliegen muß (RG 89, 137; JW 1910, 583[20]; 1913, 924[10]; Warn 1910 Nr 189). Desgleichen haftet die juristische Person, wenn unter den Augen ihrer Vertreter ein Mißbrauch eingerissen ist (RG JW 06, 547[13]). Ist die Schadensersatzpflicht an das Halten eines Tieres (§ 833), den Einsturz eines Werkes oder die Ablösung von Teilen (§ 836) oder den Betrieb eines gefährlichen Unternehmens (HaftpflG v. 7. 6. 71 in der Fassung des Art 42 EG) angeknüpft, so ist die Haftung der juristischen Person in gleicher Weise gegeben wie die der natürlichen Personen. Die Haftung der juristischen Person wird selbstverständlich dadurch nicht ausgeschlossen, daß zugleich eine Schadensersatzpflicht des verfassungsmäßigen Vertreters besteht. Und umgekehrt wird die Verantwortlichkeit des Vertreters für gesetzwidrige Handlungen — welche Verantwortlichkeit die sämtlichen Vertreter trifft, vorbehaltlich des Entschuldigungsbeweises — nicht dadurch ausgeschlossen, daß zugleich die juristische Person haftet (RG 91, 72; JW 1911, 939[2]). Das mitwirkende Verschulden des Geschädigten kann gemäß § 254 die Schadensersatzpflicht der juristischen Person aufheben oder mindern. Ausnahmsweise findet nach den für die Aktiengesellschaft, die G. m. b. H. und die Genossenschaft bestehenden besondern Grundsätzen im Interesse der Erhaltung des den Gläubigern

verhafteten Gesellschaftsvermögens die Haftung der juristischen Person nicht statt, wenn der Beitritt eines Mitglieds durch Betrug des Vorstandes veranlaßt oder das Ausscheiden eines Genossen durch Schuld des Vorstandes nicht angemeldet ist (RG 54, 128; 68, 344; 72, 293; JW 1916, 938).

2. Die Haftung der juristischen Person setzt voraus, daß die Handlung des **Vertreters in den ihm zugewiesenen Geschäftsbereich** fällt, sie beruht nicht darauf, daß er im einzelnen Falle zur Vertretung oder zur alleinigen Vertretung berechtigt war (RG JW 1917, 593[1]), wie denn überhaupt von einer Berechtigung, in Vertretung der juristischen Person eine unerlaubte Handlung zu begehen, nicht wohl die Rede sein kann. Nicht haftbar ist die juristische Person, wenn der Vertreter nur bei Gelegenheit der Ausführung seiner Verrichtungen eine unerlaubte Handlung begeht, die mit der betreffenden Verrichtung nichts zu tun hat. Die Überschreitung amtlicher Befugnisse enthält jedoch eine Amtshandlung, sofern nur der gesetzliche Vertreter in seiner amtlichen Eigenschaft tätig geworden ist. Die juristische Person haftet, wenn der gesetzliche Vertreter (Pfarrer, Bürgermeister) seine amtliche Stellung zum Nachteil eines andern dazu mißbraucht, einen Vorstandsbeschluß zu fälschen und ihn durch Beidrückung des Amtssiegels als echt erscheinen zu lassen (RG JW 1917, 594[1] u. [2]). Hat der die Stadtgemeinde vertretende Bürgermeister einen Dritten zur Hergabe von Geld durch die betrügerische Vorspiegelung veranlaßt, die Stadtgemeinde habe die Aufnahme des Darlehns beschlossen, so wird durch diese unerlaubte Handlung die Stadtgemeinde zum Schadensersatz verpflichtet und folgt aus dieser Schadensersatzpflicht auch die Haftung der Stadtgemeinde dafür, daß der Bürgermeister die von ihm als Vertreter der Stadtgemeinde in Empfang genommenen Gelder unterschlagen hat (RG JW 1913, 587[1]). Aus der Unterschlagung allein, die nur der Stadtgemeinde, nicht dem Dritten gegenüber erfolgt ist, kann eine Schadensersatzpflicht der ersteren nicht hergeleitet werden. Eine andere Frage ist, ob der Besitz dadurch, daß der Bürgermeister die durch die Post eingegangenen Gelder auf Grund amtlicher Vertretungsbefugnis für die Stadtgemeinde in Empfang genommen hat, auf diese übergegangen ist, was für den Rückforderungsanspruch des Dritten von Bedeutung sein kann. Diese Frage wird nicht aus dem Grunde verneint werden können, weil der Bürgermeister sogleich bei der Empfangnahme in Ausführung des vorher gefaßten Entschlusses sich die Gelder rechtswidrig zugeeignet hat. Trotz des Vorhandenseins dieser Absicht hat der Bürgermeister das Geld zunächst für die Stadtgemeinde erworben, da er nur als Vertreter der Stadt den Besitz erlangen konnte (vgl. RG 44, 306; Warn 1910 Nr 311; anders anscheinend JW 1913, 587[1]).

3. In **Vertragsverhältnissen** haftet die juristische Person nicht nach § 31, sondern nach § 278, und sie hat demgemäß das Verschulden der Personen, deren sie sich zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten bedient, unbedingt zu vertreten (RG JW 04, 5[2]; 1913, 976[3] für den Fall eines durch Aufnahme eines Kranken begründeten Vertrags). Eingegangen werden können rechtsgeschäftliche Verpflichtungen für die juristische Person immer nur von demjenigen, welcher zu ihrer Vertretung befugt ist, ohne daß es hierbei auf den Unterschied zwischen den verfassungsmäßigen Vertretern und den Angestellten ankommt. Die Haftung aus § 31 ist auch begründet, wenn der Vertreter bei Eingehung der rechtsgeschäftlichen Verpflichtung oder bei den Vorverhandlungen, die zum Abschluß geführt haben, betrügerische oder unlautere Handlungen vorgenommen, insbesondere den Vertragsgegner arglistig getäuscht und ihm hierdurch Schaden zugefügt hat (RG JW 1916, 1270[2]).

4. Der Grundsatz des § 31 hat Geltung für alle juristischen Personen, auch diejenigen des **öffentlichen Rechtes** (§ 89 A 1). Ähnlich haftet die offene Handelsgesellschaft für die von einem vertretungsberechtigten Gesellschafter in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangenen unerlaubten Handlungen (RG 76, 48). Auf nichtrechtsfähige Vereine findet § 31 keine Anwendung. Die Besonderheit des § 31, daß die Handlungen des Vorstandes uneingeschränkt als eigene Handlungen des Vereins gelten, kann auf nichtrechtsfähige Vereine, bei denen der Vorstand grundsätzlich eine andere Stellung hat und die Mitglieder als solche haften, nicht ausgedehnt werden (RG 91, 75; Warn 1913 Nr 449; 1917 Nr 263).

§ 32

Die Angelegenheiten des Vereins werden, soweit sie nicht von dem Vorstand oder einem anderen Vereinsorgane zu besorgen sind, durch Beschlußfassung in einer Versammlung der Mitglieder geordnet[1]). Zur Gültigkeit[5]) des Beschlusses ist erforderlich, daß der Gegenstand bei der Berufung bezeichnet wird[2]). Bei der Beschlußfassung entscheidet die Mehrheit der erschienenen Mitglieder[3]).

Auch ohne Versammlung der Mitglieder ist ein Beschluß gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschlusse schriftlich erklären[4]).

E I 48 Abs 1—3 II 31 Abs 1 u. 2; M 1 105 ff.; P 1 524 ff.

1. Der **Mitgliederversammlung** steht die Beschlußfassung nur insoweit zu, als nicht der Vorstand oder ein anderes Vereinsorgan zuständig ist. Ist in der Satzung die Entscheidung über Ausschließung eines Mitgliedes dem als besonderes Vereinsorgan gebildeten Ehrengericht zugewiesen, so ist damit die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung ausgeschlossen. Die Mitgliederversammlung kann nicht etwa als oberstes Vereinsorgan die Sache an sich ziehen (RG Warn 1913 Nr 392). Nicht entzogen werden kann der Mitgliederversammlung das Recht, die Auflösung des Vereins zu beschließen (§ 41 A 1 — a. A. anscheinend Staudinger A III). Auch die Bestimmungen der §§ 36, 37 können nicht durch die Satzung beseitigt werden (abw. Planck A 5). Die von der Mitgliederversammlung gefaßten Beschlüsse sind von dem Vorstande zur Ausführung zu bringen, soweit nicht die Mitgliederversammlung die weitere Behandlung der Sache sich selbst vorbehalten hat. Die Vertretung nach außen gebührt dem Vorstande oder besondern Vertreter (§§ 26 Abs 2, 29 — RG 64, 153). Der Mitgliederversammlung kann diese Befugnis (falls die Mitglieder nicht zugleich den Vorstand bilden) nicht übertragen werden. Der Verein kann nicht als durch die Mitglieder vertreten klagen oder verklagt werden (vgl. RG 86, 340). Mit Rücksicht hierauf erscheint der Vorstand, wennschon er an sich der Mitgliederversammlung untergeordnet ist, als das wichtigere Glied des Vereins. Über das Recht zur Bestellung und Entlassung des Vorstandes s. § 27 A 1 u. 2. Über die dem Vorstande zu gewährende Rechtsstellung und die ihm einzuräumende Vergütung kann die Mitgliederversammlung Festsetzungen treffen, die ohne weiteres für den Vorstand wirksam sind (vgl. RG 63, 208).

2. Zur Gültigkeit des Beschlusses ist erforderlich, daß die Mitglieder in gehöriger Weise zu der Versammlung einberufen sind. Dies gilt ebensowohl für die ordentliche als die außerordentliche Mitgliederversammlung. Eine ohne gehörige Einladung sämtlicher Mitglieder zusammengetretene Mitgliederversammlung kann, abgesehen von § 32 Abs 2, nicht als Glied des Vereins in Tätigkeit treten und kann deshalb keine gültigen Beschlüsse fassen. Der Beschluß kann nicht aus dem Gesichtspunkte aufrechterhalten werden, daß nach Lage der Sache als sicher angenommen werden dürfe, der Beschluß würde, auch wenn die Versammlung gehörig berufen wäre, wenn insbesondere die nicht einberufenen Mitglieder gehörig eingeladen und erschienen wären, in gleicher Weise ausgefallen sein (RG JW 1912, 741[1]). Die Berufung steht in Ermanglung einer andern Bestimmung der Satzung (vgl. § 27 A 1) dem Vorstande zu. In diesem Falle sind zur Berufung diejenigen Vorstandsmitglieder befugt, welche tatsächlich gewählt sind (vgl. für das Recht der Aktiengesellschaft RG JW 1911, 330[30]). Andernfalls würde es nicht gut möglich sein, eine ungültige Vorstandswahl durch eine gültige zu ersetzen. Ist über die **Form der Berufung** in der Satzung eine Bestimmung getroffen, so ist diese Bestimmung zu beobachten. Die Satzung kann eine öffentliche Bekanntmachung genügen lassen. Hat satzungsgemäß die Einladung eingeschrieben zu erfolgen, so reicht es zum Nachweise der gehörigen Einladung aus, daß die Postscheine über die Einlieferung der Einladungsschreiben vorgelegt werden. Die Einladung ist hier bereits mit der Aufgabe des eingeschriebenen Briefes zur Post als bewirkt anzusehen (RG 60, 145). Zwischen der Ladung und der Versammlung muß die satzungsmäßige Mindestfrist oder, wenn die Satzung hierüber nichts bestimmt, jedenfalls eine angemessene Frist liegen. An Stelle des geschäftsunfähigen Mitgliedes muß die Einladung dem gesetzlichen Vertreter zugestellt werden. Ist das Mitglied beschränkt geschäftsfähig (vgl. § 38 A 2), so genügt jedenfalls die Zustellung an den gesetzlichen Vertreter. Zur gehörigen Einberufung gehört auch, daß der Gegenstand der Beschlußfassung, soweit die Satzung nichts anderes vorschreibt, bei der Einberufung bezeichnet wird, und zwar muß diese Bezeichnung in klarer Weise erfolgen (RG 22. 6. 16 IV 93/16, vgl. für Aktiengesellschaften RG 68, 232). Welche Anforderungen in bezug auf die Genauigkeit der Bezeichnung zu stellen sind, ist aus dem Zweck der Vorschrift, die Mitglieder vor Überraschungen zu schützen und ihnen die Möglichkeit der Vorbereitung zu geben, zu entnehmen (RG JW 08, 675[2]; 22. 6. 16 IV 93/16; vgl. auch JW 97, 246[63]; 01, 659[26]; 08, 113[13] u. 346[35]). Bei der Bezeichnung darf davon ausgegangen werden, daß den Vereinsmitgliedern die früheren Beschlüsse bekannt sind (RG 10. 5. 06 IV 529/05). Die Mitteilung des Namens des auszuschließenden Mitgliedes ist nicht unbedingt erforderlich (RG JW 08, 675[2]). Zu der Versammlung ist auch der Auszuschließende zu laden. Unter Umständen kann es, wenn die Satzung keine gegenteilige Bestimmung enthält, genügen, daß er von der Versammlung Kenntnis hat (RG Warn 09 Nr 123). Ungültig ist der Beschluß, wenn die Versammlung satzungswidrig sich nicht unter der Leitung des Vorstandes, sondern eines von ihr selbst gewählten Vorsitzenden befunden hat (RG JW 09, 411[4]). Ein Ungültigkeitsgrund kann auch darin liegen, daß in parteiischer Weise ein Mitglied nicht zum Worte verstattet oder ihm das Wort entzogen

ist, insbesondere dann, wenn der Vorsitzende es darauf abgesehen hatte, das Mitglied zu überrumpeln. Nach Beginn der Wahlhandlung braucht übrigens der Vorsitzende nicht mehr das Wort zur Frage der Wahl zu erteilen (RG 19. 3. 13 IV 580/12). Über die Ausübung des Stimmrechts durch einen beschränkt Geschäftsfähigen vgl. § 38 A 2. Über die Beurkundung der Beschlüsse s. § 25 A 2. Auf nichtrechtsfähige Vereine kann die Bestimmung, daß vorherige Bekanntgabe des in der Mitgliederversammlung zu verhandelnden Gegenstandes nötig, nicht ausgedehnt werden (RG 26. 6. 02 IV 110/02).

3. Der Beschluß der Mitgliederversammlung entsteht durch die zusammenwirkenden Erklärungen der Mitglieder, die von dem Leiter der Versammlung entgegengenommen werden und als ein den übrigen Mitgliedern gegenüber erklärtes Rechtsgeschäft, nicht aber als ein Vertrag aufzufassen sind (vgl. v. Tuhr § 36 IV). Die Stimmen werden beim Fehlen einer andern Satzungsbestimmung nach Köpfen, nicht nach dem Anteil am Vereinsvermögen gezählt (vgl. §§ 38, 40). Es kommen hierbei nur die erschienenen Mitglieder in Betracht, deren Beschlüsse die Ausgebliebenen sich gefallen lassen müssen. Der **Mehrheitsgrundsatz**, der bei dem Vereine kraft Gesetzes, nicht, wie bei der Gesellschaft (§ 709 Abs 2), kraft Parteivereinbarung gilt, ist hiernach wesentlich abweichend von den für die Gemeinschaft geltenden Bestimmungen der §§ 744, 745 durchgeführt. Es entscheidet regelmäßig die unbedingte Mehrheit, nicht bloß (bei Vertretensein von mehr als zwei Meinungen) die verhältnismäßige Mehrheit. Und zwar ist die Mehrheit nicht bloß nach den abgegebenen Stimmen (bestr.), sondern nach der Zahl der erschienenen Mitglieder, die zur Stimmabgabe legitimiert waren, zu berechnen. Die Nichtabgabe der Stimme bedeutet die Ablehnung der beantragten Änderung, es sind somit bei der Berechnung, wieviel Mitglieder die Mehrheit bilden, die bei der Abstimmung anwesenden Mitglieder mitzuzählen (RG 80, 189; a. A. namentlich Tecklenburg ArchBürgR 43, 178, der nur die gültig abgegebenen Stimmen zählen will). Ist nur ein Mitglied erschienen, so kann dieses gültig Beschlüsse fassen. Vereinbarungen über Ausübung des Stimmrechts haben dem Vereine gegenüber keine Wirkung. Auch die vereinbarungswidrig vorgenommene Abstimmung bleibt gültig. Solche Vereinbarungen sind gemäß § 138 auch schuldrechtlich regelmäßig ohne Wirkung (vgl. RG 57, 205; 60, 174). Eine Verpflichtung des Mitgliedes, die darauf hinausläuft, daß er die Vereinsinteressen hintansetzen soll, verstößt gegen die guten Sitten. Der allgemeine Grundsatz des § 138 findet auch auf die Beschlüsse der Versammlung Anwendung, er schützt die Minderheit gegen eine von der Mehrheit in sittenwidriger Weise zur Gewinnung besonderer Vorteile auf Kosten der Gesellschaft unternommene Ausbeutung (RG 68 S. 243 u. 317; JW 1916, 575[3]). Über Unvertretbarkeit des Stimmrechts s. § 38 A 1.

4. Ist die Versammlung nicht gehörig einberufen, so ist eine Beschlußfassung in Ermanglung einer andern Satzungsbestimmung (§ 40) nur auf dem Wege des Abs 2 möglich, daß sämtliche Mitglieder zu dem Beschlusse ihre **Zustimmung in schriftlicher Form** — wozu hier auch die Briefform und telegraphische Form zu rechnen ist (vgl. § 126) — erklären. Es genügt nicht, wenn die sämtlichen Mitglieder darüber einig sind, daß die Versammlung als eine richtig einberufene gelten soll. Die gleiche Form der schriftlichen Zustimmung ist zu beachten für die ohne Zusammenkunft gefaßten Beschlüsse. Es ist dies eine Vorschrift, die für andere Vereinigungen keine Geltung erhalten hat (vgl. über Gesellschaften m. b. H. RG JW 1918, 733[3]).

5. Die **Ungültigkeit** des Beschlusses, mag sie nun in der Nichtbeachtung der in A 2 bezeichneten Bestimmungen oder in andern Umständen ihren Grund haben, kann von einem jeden Beteiligten, insbesondere einem jeden Mitgliede, klageweise oder einwandweise geltend gemacht werden (vgl. § 256 ZPO). Sie ist, wenn der die Ungültigkeit begründende Tatbestand dem Richter vorgetragen ist, da es sich nicht um eine bloße Anfechtbarkeit handelt (vgl. RG. 75, 243), von Amts wegen zu beachten. Die ergehende Entscheidung hat, falls auf Klage eines Mitgliedes gegen den Verein der Beschluß für ungültig erklärt ist, Wirkung gegen alle (v. Tuhr S. 518f.; vgl. RG 85, 313). Der Vorstand ist vor Ausführung eines Beschlusses verpflichtet, seine Gültigkeit zu prüfen. Eine ihm hierbei zur Last fallende Fahrlässigkeit macht ihn ersatzpflichtig. In einem zwischen einem Mitglied und dem Vereine geführten Rechtsstreit ist letzterer dafür beweispflichtig, daß bei der Einberufung der Mitgliederversammlung die vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind. Dieser Nachweis liegt dem Vereine auch ob, wenn er einem Dritten gegenüber aus der Gültigkeit des Beschlusses Rechte herleitet. Sonst fällt die Beweislast demjenigen zu, welcher die Gültigkeit des Beschlusses beanstandet.

§ 33

Zu einem Beschlusse, der eine Änderung der Satzung enthält, ist eine Mehrheit von drei Vierteilen der erschienenen Mitglieder erforderlich. Zur Änderung des Zweckes des Vereins ist die Zustimmung aller Mitglieder

erforderlich; die Zustimmung der nicht erschienenen Mitglieder muß schriftlich erfolgen[1]**.**

Beruht die Rechtsfähigkeit des Vereins auf Verleihung, so ist zu jeder Änderung der Satzung staatliche Genehmigung oder, falls die Verleihung durch den Bundesrat erfolgt ist, die Genehmigung des Bundesrats erforderlich[2]**.**

E I 48 Abs 5 II 32; M 1 108; P 1 527 ff.

1. Eine jede **Satzungsänderung**, die nicht offensichtlich in einer bloßen Fassungsänderung besteht (bestr.), bedarf ohne Rücksicht auf die größere oder geringere Erheblichkeit der Änderung der Zustimmung von drei Vierteilen der erschienenen Mitglieder. Bei der Berufung der Versammlung ist anzugeben, in welchen Richtungen die Satzung abgeändert werden soll (vgl. **RG** JW 08, 346[35]). Zulässig ist auch die Änderung der Satzungsbestimmung über den Vereinszweck, ohne daß die Gläubiger hiergegen Widerspruch erheben dürfen und ohne daß ein Liquidationsverfahren sich anzuschließen hat. Diese Änderung ist aber nur zulässig mit Zustimmung der sämtlichen Mitglieder. Ein jeder, der dem Vereine beitritt, darf sich darauf verlassen, daß der Verein nicht durch Änderung des Vereinszwecks ein vollständig anderer wird. Als eine solche Änderung ist es nicht anzusehen, wenn zur besseren Erreichung des von vornherein bestimmten Zweckes der Wirkungskreis des Vereins nur eine Erweiterung erfährt. Eine Änderung des Zweckes ist dagegen in dem Falle anzunehmen, daß ein Verband, der die Förderung der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Interessen seiner Mitglieder und des ganzen Standes unter Ausschluß der Ansammlung von Kapital sich zur Aufgabe gestellt hat, dazu übergeht, eine Unterstützungskasse für stellenlose Mitglieder einzurichten (**RG** 18. 9. 13 IV 204/13). Zweifellos ist es ferner eine Änderung des Zweckes, wenn dem Vereine eine wesentlich andere Aufgabe zugewiesen wird, wenn z. B. ein eigennütziger Verein in einen gemeinnützigen umgewandelt wird. Die Erlangung der Zustimmung der sämtlichen Mitglieder ist dadurch erleichtert, daß die Zustimmung schriftlich (vgl. § 32 Abs 2) erteilt werden kann. In dieser Weise können auch diejenigen, welche in der Versammlung gegen den Beschluß gestimmt haben, noch nachträglich ihre Zustimmung geben. In allen diesen Beziehungen kann die Satzung gemäß § 40 andere Bestimmungen treffen. Sie kann die Änderung des Vereinszwecks gänzlich ausschließen, sie kann anderseits einen mit einfacher Stimmenmehrheit gefaßten Beschluß für genügend erklären und kann die Bestimmung über Annahme eines andern, ausreichend spezialisierten Vereinszwecks dem Vorstande oder einem sonstigen Vereinsorgane (a. A. Hölder A 2) übertragen. Zulässig ist auch die Bestimmung, daß bei gewissen Änderungen der Satzung sämtliche Mitglieder in der Versammlung anwesend sein und der Satzungsänderung zustimmen müssen (vgl. **RG** 76, 173). Über Ungültigkeit des Beschlusses s. § 32 A 5. Ein gegen die Satzung verstoßender Beschluß ist ungültig, mag auch die zur Abänderung der Satzung erforderliche Mehrheit erreicht sein. Solange die Satzung ungeändert besteht, müssen eben ihre Vorschriften befolgt werden. — Für nichtrechtsfähige Vereine ist zur Änderung des Zweckes des Vereins ebenfalls die Zustimmung der sämtlichen Mitglieder zu erfordern (vgl. **RG** Gruch 51, 1121; abw. Planck § 54 A 3b).

2. Vgl. § 22 A 3. Auch diese Vorschrift kann durch die von der verleihenden Behörde genehmigte Satzung **geändert** werden. Selbstverständlich kann ohne Genehmigung der Behörde die Satzung auch nicht dahin geändert werden, daß es zu weiteren Satzungsänderungen der Genehmigung der Behörde nicht mehr bedürfen soll. Über die nach § 13a SchutzgebG an Stelle des Bundesrats tretende Genehmigung des Reichskanzlers s. § 23 A 2.

§ 34

Ein Mitglied ist nicht stimmberechtigt, wenn die Beschlußfassung die Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit ihm oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits zwischen ihm und dem Vereine betrifft[1]**.**

E I 48 Abs 4 II 31 Abs 3; M 1 107; P 1 527.

1. In eigener Angelegenheit ist ein Mitglied des Vereins — desgleichen, was aus § 181 folgt, eines Vereinsorgans — von der **Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen.** Der Begriff der eigenen Angelegenheit ist in wesentlicher Übereinstimmung mit § 181 dahin formalisiert, daß es sich um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Führung eines Rechtsstreits mit dem Verein handeln muß. Nicht unter den Begriff des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 34 fällt die Vornahme einer Wahl, bei welcher der Natur der Sache nach alle Mitglieder zur Mitwirkung berufen sind (**RG** 68, 179), auch nicht die Regelung der Bezüge des Gewählten (**RG** 74, 276; JW 1917, 165[14]), ebenso nicht der Widerruf der Be-

stellung (RG 81, 37) — gegen diese Einschränkungen Marquardt in JW 1914, 1031 ff. Andersartig war der Fall von RG 75, 234, wo es sich zugleich um Anhängigmachung eines Rechtsstreits wegen vorsätzlicher Schädigung der Aktiengesellschaft durch den zu entlassenden Vorstand handelte. Unter den Begriff des Rechtsgeschäfts fällt dagegen die von der bloßen Feststellung der Bilanz zu unterscheidende Entlastung (RG 49, 146). Darauf, ob sachlich ein Interessengegensatz besteht, kommt es nicht an. Ebensowenig vermag das Bestehen eines Interessengegensatzes über § 34 hinaus die Stimmberechtigung auszuschließen. Eine Verletzung des § 34 hat die Ungültigkeit des Beschlusses nur zur Folge, wenn er hierauf beruht. Dies ist nicht der Fall, wenn er zweifellos zuungunsten des nicht stimmberechtigten Mitgliedes ergangen ist oder wenn auch unter Abrechnung der ungültigen Stimmen eine genügende Mehrheit für den Beschluß verbleibt. Ist das Mitglied gemäß § 34 von der Stimmberechtigung ausgeschlossen, so kann es das Stimmrecht auch nicht für andere Mitglieder auf Grund der ihm von diesen erteilten Vollmacht ausüben. Die Vorschrift des § 34 kann durch die Satzung nicht abgeändert werden. Für die Mitglieder eines Vereinsorgans (§§ 28 Abs 1, 40) gilt sie nur insoweit, als nicht satzungsgemäß dem Mitgliede eine weitergehende Ermächtigung erteilt ist (vgl. § 181).

§ 35

Sonderrechte[1)] [2)] eines Mitglieds können nicht ohne dessen Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung beeinträchtigt werden.

E II 33; M 1 109; P 1 529 ff.

1. Das **Sonderrecht**, das dem Mitgliede wesentlich um seiner selbst willen, nicht im Interesse des Vereins, als ein von den Rechten der andern Mitglieder verschiedenes Recht, eingeräumt ist (vgl. RG 49, 151), kann ihm wider seinen Willen nicht entzogen oder beeinträchtigt werden. Als ein solches Sonderrecht erscheint nicht bloß das Recht auf einen bestimmten erhöhten Gewinnanteil oder sonstige Vorzugsleistungen (vgl. über die andere Regelung bei Aktiengesellschaften § 275 Abs 3 und § 288 Abs 3 HGB sowie RG JW 1913, 688[6]), sondern auch das Recht einer besondern Teilnahme an der Verwaltung (erhöhtes Stimmrecht, dauernde Zugehörigkeit zum Vorstande (vgl. RG JW 1911, 747[1]), die jedoch im Falle des Mißbrauchs entzogen werden kann, Notwendigkeit der Zustimmung zu bestimmten Verwaltungshandlungen, zur Auflösung des Vereins vor Ablauf einer bestimmten Zeit usw.). Ein ein Sonderrecht begründendes Vorzugsrecht ist insbesondere darin zu sehen, daß das Vermögen oder einzelne Vermögensgegenstände nach Auflösung des Vereins (vgl. § 45 Abs 1) gewissen Mitgliedern, die besondere Voraussetzungen erfüllt haben, zufallen sollen (RG Warn 1918 Nr 133). Auch das Recht, zu Beiträgen in geringerem Maße herangezogen zu werden, und das Recht auf längere Dauer der Mitgliedschaft kann als Sonderrecht gewährt werden. Ein solches Sonderrecht muß in der Satzung zum klaren Ausdruck gebracht sein. Bloß daraus, daß die den Verein gründende Gesellschaft sich bestimmte Stellen im Vorstande vorbehalten hat, ist nicht ohne weiteres zu folgern, daß durch Satzungsänderung dieses Recht nicht beseitigt werden kann (RG JW 1911, 747[1]). Das Mitgliedschaftsrecht als solches stellt ein Sonderrecht im Sinne des § 35 ebensowenig dar wie die aus der Mitgliedschaft hervorgehenden, dem einzelnen mit den andern Mitgliedern gemeinsamen Rechte auf Anteil an den Nutzungen, Ausübung des Stimmrechts usw. (vgl. RG 33, 178; 49, 151; 73, 191; a. A. Oertmann A 4 — für die handelsrechtlichen Gesellschaften gelten in dieser Beziehung andere Grundsätze, RG 68, 211). Das Maß dieser Rechte bestimmt sich lediglich nach der Satzung, deren Vorschriften jederzeit geändert werden können. Wohl aber können mit dem Mitgliedschaftsrecht Sonderrechte verbunden sein. Aus der Mitgliedschaft erwächst auch in Ermanglung einer andern Satzungsbestimmung einem jeden Mitgliede ein Recht darauf, daß er in bezug auf Rechte und Pflichten nicht ungünstiger gestellt werde wie die übrigen Mitglieder. Dieser Grundsatz schließt nicht aus, daß die Berechtigungen und Verpflichtungen wegen der bestehenden tatsächlichen Verschiedenheiten eine ungleiche Wirkung haben (vgl. RG 47, 149). Die formelle Rechtsgleichheit darf aber nicht dadurch verletzt werden, daß einzelnen Mitgliedern größere Lasten auferlegt werden oder geringere Rechte gewährt werden wie den andern. Eine Beeinträchtigung des Sonderrechts ist auch dadurch möglich, daß durch Satzungsbeschluß neue Bedingungen für die Fortdauer der Mitgliedschaft aufgestellt werden, welche die Ausschließung eines Mitgliedes in ungerechtfertigter Weise erleichtern (vgl. RG Warn 1918 Nr 133). Ungültig ist auch ein Beschluß, der darauf hinausläuft, daß ein Teil der Mitglieder seine Mitgliedschaft vollständig verliert. Die Ungültigkeit derartiger Beschlüsse kann auch von denjenigen Mitgliedern, die durch den Beschluß nicht beeinträchtigt sind, durch Feststellungsklage geltend gemacht werden, da auch sie zum Zwecke der Herstellung geordneter Rechtszustände ein Interesse an Aufdeckung der Ungültigkeit haben. Über Aus-

schließung eines Mitgliedes s. § 39 A 2. Verschieden von den Sonderrechten sind die sog. Individualrechte, welche einer Minderheit die Befugnis geben, im Interesse des Vereins eine sonst den Vereinsorganen obliegende Tätigkeit vorzunehmen. Hierzu gehört das in § 37 bezeichnete Recht, die Berufung der Mitgliederversammlung zu verlangen, das nach § 40 ebenfalls durch die Satzung nicht ausgeschlossen werden kann. Nicht unter die Sonderrechte fällt das einem Mitgliede außerhalb des gesellschaftlichen Verhältnisses zustehende Recht als Gläubiger des Vereins (s. hierüber A 2).

2. Die Mitglieder können durch Abschluß von Rechtsgeschäften usw. mit dem Verein in **besondere Rechtsbeziehungen** treten. Es kann dies z. B. auch dadurch geschehen, daß die Mitglieder bei dem Verein gegen bestimmte Schäden versichert sind. Das hierdurch erworbene Recht unterliegt nicht der Einwirkung des Vereins. Ein unentziehbares Gläubigerrecht erlangen die Mitglieder auch dadurch, daß der satzungsgemäß ihnen zukommende Anteil am Gewinn oder am Vermögen des Vereins durch Beschluß der Mitgliederversammlung oder des sonst zuständigen Organs endgültig festgestellt wird. Immerhin handelt es sich im letzteren Falle um ein aus der Mitgliedschaft entsprungenes, nicht um ein durch besonderes Rechtsverhältnis begründetes Gläubigerrecht. Dies wird im Falle des Konkurses von Bedeutung, wo diese Mitglieder hinter die Rechte der andern Gläubiger zurücktreten müssen.

§ 36

Die Mitgliederversammlung ist in den durch die Satzung bestimmten Fällen sowie dann zu berufen[1]), wenn das Interesse des Vereins es erfordert.

E II 34; P 1 532 ff.

1. Die schuldhafte Verletzung der **Einberufungspflicht** macht den Vorstand oder das sonst zuständige Vereinsorgan dem Verein gegenüber verantwortlich. Das einzelne Mitglied hat aber, abgesehen von dem in § 37 bezeichneten Wege, nicht das Recht, die Berufung der Versammlung zu erzwingen.

§ 37

Die Mitgliederversammlung ist zu berufen, wenn der durch die Satzung bestimmte Teil oder in Ermangelung einer Bestimmung der zehnte Teil der Mitglieder[1]) die Berufung schriftlich unter Angabe des Zweckes und der Gründe verlangt.

Wird dem Verlangen nicht entsprochen, so kann das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat, die Mitglieder, welche das Verlangen gestellt haben, zur Berufung der Versammlung ermächtigen[2])[3]) und über die Führung des Vorsitzes in der Versammlung Bestimmung treffen. Auf die Ermächtigung muß bei der Berufung der Versammlung Bezug genommen werden.

E II 35; P 1 532 ff.; 6 115.

1. Der zehnte Teil oder der sonst in der Satzung bestimmte Teil der Mitglieder hat das Recht (vgl. § 35 A 1 a. E.), die **Berufung der Mitgliederversammlung zu verlangen,** wenn ein schriftlicher Antrag hierauf bei dem Vorstande gestellt wird und der Antrag die Angabe des Zweckes und der Gründe enthält, aus denen die Berufung für geboten erachtet wird. Eine Nachprüfung der Gründe steht dem Vorstande nicht zu (a. A. Staudinger II 2). Zur Ablehnung des Antrags ist er nur berechtigt, wenn die Befugnis aus § 37 mißbräuchlich ausgeübt wird (a. A. Planck A 1 b, der den Vorstand unbedingt zur Berufung für verpflichtet hält). In der Satzung darf die zur Stellung des Antrags erforderliche Zahl der Mitglieder, da § 37 den Schutz der Minderheit bezweckt und in dieser Eigenschaft nach § 40 zu den zwingenden Rechtssätzen gehört, keinesfalls auf mehr als die Hälfte der Mitglieder bestimmt werden (bestr.).

2. Bei Ablehnung des Antrags findet nicht ein eigentlicher Prozeß statt. Die Antragsteller können sich vielmehr in diesem Falle die **gerichtliche Ermächtigung zur Einberufung** erteilen lassen und haben sich zu diesem Zwecke an das zuständige Amtsgericht zu wenden. Dieses hat, nachdem der Vorstand des Vereins, soweit tunlich, gehört ist (§ 160 FGG), im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit darüber zu entscheiden, ob der Antrag mit Grund abgelehnt werden durfte, wobei auch auf die sachliche Berechtigung des Antrags einzugehen ist (abweichend Oertmann A 3). Gegen den Beschluß ist sofortige Beschwerde zulässig (§ 160 FGG). Wird dem Antrage stattgegeben, so werden die Antragsteller ermächtigt, die Berufung an Stelle des Vorstandes unter Hinweis auf den Beschluß (dessen Rechtskraft abgewartet

werden muß) selbst zu bewirken, worin zugleich die Vollziehung des Beschlusses liegt (vgl. § 887 ZPO). Das Amtsgericht kann außerdem, da die Besorgnis begründet sein kann, der Vorstand werde den mit der Berufung verfolgten Zweck durch die Art der Leitung der Versammlung vereiteln, wegen des Vorsitzes in der Versammlung besondere Bestimmung treffen. Das gleiche Verfahren findet auch statt, wenn der Minderheitsantrag, einen bestimmten Gegenstand auf die Tagesordnung zu setzen, abgelehnt ist.

3. § 37 hat keine Geltung für **nichtrechtsfähige Vereine.** Bei diesen kann die Erfüllung der dem Vorstande obliegenden Pflicht zur Einberufung der Mitgliederversammlung nur im Klagewege erzwungen werden. Die sachliche Berechtigung des Verlangens der Einberufung ist hier, um der Beschlußfassung der Mitgliederversammlung nicht vorzugreifen, von dem Prozeßgerichte nicht zu prüfen, jedenfalls dann nicht, wenn in der Mitgliederversammlung über ein pflichtwidriges Verhalten des Vorstandes abgeurteilt werden soll (**RG** JW 1912, 410[34]). Ist das Amt der Vorstandsmitglieder erloschen, so ist die Einberufung einer Mitgliederversammlung nur dadurch zu erreichen, daß die Geschäfte des Vereins vorläufig von den Vereinsmitgliedern gemeinschaftlich geführt werden (**RG** 80, 52).

§ 38

Die Mitgliedschaft ist nicht übertragbar und nicht vererblich. Die Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kann nicht einem anderen überlassen werden[1])[2]).

E II 36 Abs 1; P 1 534 ff.

1. Die (nach § 40 abänderliche) Regel ist, daß die **Mitgliedschaft an die Person** des als Mitglied Aufgenommenen **gebunden** ist. Die Mitgliedschaft und das aus ihr folgende Recht der Betätigung in Vereinsangelegenheiten ist weder veräußerlich noch vererblich, noch durch einen Dritten ausübbar. Damit ist indes die Ausübung durch den gesetzlichen Vertreter nicht ausgeschlossen. Dieser Grundsatz gilt nicht bloß für Idealvereine, sondern auch für wirtschaftliche Vereine, da auch diese der Regel nach nicht ausschließlich private Vermögensinteressen verfolgen werden. Ist nach der Satzung die Vertretung durch einen Bevollmächtigten gestattet, so können von diesem die Mitgliedschaftsrechte nur einheitlich ausgeübt werden. Er kann nicht in derselben Angelegenheit teils für, teils gegen den Antrag stimmen. — Auch Vereine können Mitglieder eines andern Vereins sein. Sie können dann ebenfalls unter den in § 39 A 2 dargestellten Voraussetzungen von der Mitgliedschaft ausgeschlossen werden.

2. Zur **Erlangung der Mitgliedschaft,** falls diese nicht durch Abschluß des Errichtungsvertrags erworben wurde, ist die Aufnahme durch Beschluß der Mitgliederversammlung oder des sonst zuständigen Vereinsgliedes erforderlich. Die Satzung kann für die Beitrittserklärung eine bestimmte Form vorschreiben, sie kann den Erwerb und die Fortdauer der Mitgliedschaft von gewissen Erfordernissen abhängig machen und kann anordnen, daß bei Erfüllung dieser Erfordernisse die Aufnahme nicht verweigert werden darf. Der Aufnahmebeschluß ist nur wirksam, wenn der Aufgenommene den Antrag auf Aufnahme gestellt hat oder nachträglich der Aufnahme zustimmt. Der Antrag auf Aufnahme kann in Erwartung, daß der Verein die Rechtsfähigkeit erlangt, schon vor diesem Zeitpunkte gestellt werden. In der Satzung kann bestimmt werden, daß die Mitgliedschaft bei Vorhandensein gewisser Voraussetzungen schon durch die bloße Beitrittserklärung erworben wird. Möglich ist auch eine Bestimmung, welche die Mitgliedschaft derart von dem Besitz eines Geschäfts usw. abhängig macht, daß mit der Veräußerung desselben die Mitgliedschaft auf den Erwerber übergeht (**RG** Warn 1918 Nr 48). Gegen seinen Willen kann natürlich auch in diesem Falle der Erwerber nicht zum Mitgliede gemacht werden. Der beschränkt Geschäftsfähige kann, wenn die Mitgliedschaft mit vermögensrechtlichen Verpflichtungen, Verpflichtung zur Zahlung eines Beitrags usw., verbunden ist, Mitglied nur werden mit Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters (§ 111), welche Genehmigung jedoch schon darin gefunden werden kann, daß der Vertreter sich mit der die Beteiligung an solchem Vereine mit sich bringenden Ausbildung für einen bestimmten Beruf einverstanden erklärt hat. Wegen Irrtums über die mit dem Beitritt nach dem Gesetz verbundenen Folgen, wie z. B. darüber, daß das Mitglied Mehrheitsbeschlüssen unterworfen ist, daß es sich Satzungsänderungen gefallen lassen muß, kann der Beitritt nicht angefochten werden. Seitens des Vereins ist die Anfechtung wegen Irrtums über persönliche Eigenschaften des Aufgenommenen nur in außerordentlichen Fällen zulässig. Was die Rechte der Mitglieder am Vereinsvermögen betrifft, so können diese niemals so weit gehen, daß die Mitglieder das Miteigentum erhalten (vgl. Vorbem 1 vor § 21). Nicht unzulässig ist es, den Mitgliedern als solchen Gerechtsame an den Vereinsgrundstücken einzuräumen, die wie dingliche Rechte gegen Dritte geschützt werden, nicht aber die Befriedigung der Gläubiger aus dem ihnen verhafteten Vereinsvermögen ausschließen. Den Mitgliedern kann durch die Satzung oder einen die Satzung abändernden

Beschluß die Verpflichtung zur Leistung von ordentlichen oder außerordentlichen Beiträgen sowie eine aushilfsweise oder gesamtschuldnerische, unbeschränkte oder beschränkte Haftung für die Vereinsverbindlichkeiten auferlegt werden. Die Haftung kann nach der Satzung die Bedeutung haben, daß sie nur für die Dauer der Mitgliedschaft bestehen soll (RG Warn 1917 Nr 46). Kraft seines Mitgliedsrechts ist der einzelne befugt, falls Dritte die Verwaltungs- oder Ehrenrechte des Vereins in einer sein Mitgliedsinteresse berührenden Weise sich anmaßen, diese Eingriffe durch Klage abzuwehren.

§ 39

Die Mitglieder sind zum Austritt aus dem Vereine berechtigt.

Durch die Satzung kann bestimmt werden, daß der Austritt nur am Schlusse eines Geschäftsjahrs oder erst nach dem Ablauf einer Kündigungsfrist zulässig ist; die Kündigungsfrist kann höchstens zwei Jahre betragen[1–3]).

E II 36 Abs 2; P 1 534 ff.

1. Der **Austritt aus dem Vereine** wird wirksam durch die einem Vorstandsmitgliede (§ 28 Abs 2) oder dem sonst zuständigen Organ gemachte Austrittsanzeige (auch durch Übergabe eines die Anzeige enthaltenden verschlossenen Briefes an den Vorsitzenden der über die Ausschließung beratenden Versammlung, RG JW 1914, 461[2]). Über § 39 hinaus kann die Freiheit des Austritts weder durch Einführung einer erschwerenden Form (als welche die bloße Schriftform nicht gelten kann — Hölder A 1 erfordert, daß die Formvorschrift gerade den Zweck haben müsse, den Austritt zu erschweren) noch durch sonstige Bestimmungen beschränkt oder erschwert werden, die dem ausscheidenden Mitgliede besondere Vermögensnachteile oder sonstige Lasten (Beschränkung des Wettbewerbs usw.) auferlegen (RG 71, 391; JW 1914, 1084[10]). Daß der Ausscheidende die mit seiner Eigenschaft als Mitglied verbundenen Vergünstigungen verliert, wie z. B. das Recht, das ihm in seiner Eigenschaft als Mitglied gewährte Darlehn zu behalten, stellt einen solchen Vermögensnachteil nicht dar (vgl. RG 91, 335). Eine die Kündigungsfrist unzulässig verlängernde oder sonst die Kündigung erschwerende Satzungsbestimmung ist insofern ungültig, als das Mitglied berechtigt bleibt, nach Ablauf von zwei Jahren seit der Kündigung auszuscheiden. Die Gültigkeit seiner Aufnahme als Mitglied wird hierdurch nicht berührt. Mit dem Ausscheiden verliert das Mitglied nicht nur seine Verwaltungsrechte, sondern auch, soweit die Satzung nichts anderes bestimmt, ein jedes Recht am Vereinsvermögen. Für die Beiträge, die auf die Zeit bis zum Ausscheiden entfallen, bleibt der Ausscheidende verhaftet, und zwar auch dann, wenn die Bedingung, von der die Einforderung der Beiträge abhängig gemacht ist, erst nach dem Ausscheiden eintreten sollte. Den Bestimmungen der Satzung über die Schiedsgerichtszuständigkeit des Vereins bleibt der Austretende auch hinsichtlich der Frage der Wirksamkeit des Austritts unterworfen. Die Zuständigkeit des Schiedsgerichts darf allerdings nicht dazu führen, die Mitgliedschaft über die in § 39 Abs 2 bestimmte Zeitgrenze hinaus zu verlängern. Andernfalls würde § 1041 Nr 2, nicht, wie RG 88, 397 annimmt, § 1041 Nr 1 ZPO anwendbar werden. Die Freiheit des Austritts ist von großer Bedeutung, weil dieser oft das einzige dem Mitglied verbleibende Mittel ist, um einer schlechten Verwaltung oder einer erhöhten Beitragspflicht sich zu entziehen. Die Möglichkeit des Austritts hat für den einzelnen den gleichen Wert wie die Möglichkeit der Auflösung des Vereins für die Mitgliederversammlung.

2. Die **Ausschließung eines Mitglieds** kann aus wichtigem Grunde, ohne daß dies in der Satzung ausdrücklich bestimmt zu sein braucht, beschlossen werden. In der Satzung kann auch bestimmt werden, daß die Ausschließung nach freiem Belieben durch Mehrheitsbeschluß zulässig sein soll (vgl. RG 73, 190). Der Ausschließungsbeschluß kann — falls nicht eine schiedsgerichtliche Entscheidung nach §§ 1025 ff., 1041 ZPO ergangen ist, s. hierüber § 25 A 2 — im Rechtswege angefochten werden, nachdem der Ausgeschlossene die durch die Satzung selbst gebotenen Mittel der Abhilfe (Zulässigkeit der Berufung an die Mitgliederversammlung oder eine andere Vereinsstelle) erschöpft hat (RG 80, 191; 85, 355; Warn 1918 Nr 182). Die Prüfung des Gerichts ist aber, da in die Selbständigkeit der Vereinsverwaltung in dieser Beziehung nicht eingegriffen werden soll, nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts darauf beschränkt, ob das vorschriftsmäßige Verfahren eingehalten ist, ob hinsichtlich des Verfahrens gegen das Gesetz oder die Satzung oder gegen allgemein anerkannte, wennschon in der Satzung nicht ausdrücklich erwähnte Grundsätze des Vereinslebens verstoßen ist. Die sachliche Richtigkeit des Beschlusses kann dagegen nicht nachgeprüft werden (RG 49, 150; JW 00, 417[19]; 03 Beil S. 3[7] und 40[83]; 06, 416[1]; Warn 1912 Nr 285 — a. M. v. Tuhr S. 547; Hedemann in ArchBürgR 38, 135 ff., welcher die richterliche Nachprüfung allgemein bei „grobem Mißbrauch der Vereinssouveränität" zulassen will; Enneccerus § 105 V, der eine Ausnahme macht im Falle offenbarer Unbilligkeit; anders auch für Genossenschaften usw.

RG 57, 154; 88, 193; JW 08, 250[24]). Zu verlangen ist aber, daß in dem Beschlusse, falls nicht nach der Satzung eine willkürliche Ausschließung zulässig ist, der der Satzung entsprechende Ausschließunggrund zweifelsfrei, wenn auch nicht gerade der betreffende Paragraph der Satzung angeführt zu werden braucht, bezeichnet wird (RG LZ 1917, 1245[1]). Solange der Ausschließungsbeschluß nicht durch rechtskräftiges Urteil des Gerichts aufgehoben ist, kann der Ausgeschlossene an der Mitgliederversammlung nicht teilnehmen. Die spätere Aufhebung hat in dieser Beziehung keine rückwirkende Kraft (so RG JW 1916, 1478[8] für die eingetr. Gen.). Zur Ausschließung ist der Verein nicht mehr berechtigt, wenn der Auszuschließende zur Zeit der Beschlußfassung nicht mehr Mitglied des Vereins ist (RG 51, 66; 78, 137; LZ 1914, 927[1]). Ein vorläufiges Ruhen der Mitgliedsrechte und Pflichten (Suspension der Mitgliedschaft) oder eine Ausschließung auf Zeit kann nur beschlossen werden, wenn eine solche Maßnahme in der Satzung zugelassen ist. Ebensowenig kann in der Regel die Ausschließung unter einer Bedingung ausgesprochen werden, z. B. unter der Bedingung, daß das Mitglied die Wahrheit seiner Beschuldigungen durch Beibringung eines gerichtlichen Urteils erweist. Die Ausschließung tritt vielmehr erst ein, wenn von der über den Ausschluß beschließenden Vereinsstelle das Vorhandensein sämtlicher Voraussetzungen der Ausschließung festgestellt ist (RG 82, 248). Es steht aber nichts entgegen, daß die Ausschließung unbedingt erfolgt und dem Ausgeschlossenen nur für einen bestimmten Fall die Wiederaufnahme in den Verein zugesichert wird (RG 24. 4. 13 IV 626/12). Ausnahmsweise ist es, falls die Satzung die Ausschließung bei Nichtbeachtung der verhängten Strafe vorsieht, für zulässig zu erachten, im voraus die Ausschließung für den Fall auszusprechen, daß der Auszuschließende bis zu einer bestimmten Zeit die festgesetzte Geldstrafe nicht entrichtet hat (RG 22. 5. 13 IV 695/12). Darüber, ob die Bedingung eingetreten, kann er, da es sich hier um eine von ihm selbst zu bewirkende Leistung handelt, nicht im Zweifel sein. Vor der endgültigen Beschlußfassung ist in Ermanglung einer andern Satzungsbestimmung dem Auszuschließenden wenigstens dann Gelegenheit zu geben, sich gegen die ihm gemachten Vorwürfe zu verteidigen, wenn seine Ausschließung wegen unehrenhaften Verhaltens beschlossen werden soll (RG Warn 1913 Nr 182). Ist in der Satzung vorgeschrieben, daß vor Zusammentritt des Ehrengerichts ein Sühneversuch abzuhalten ist, so hat der Mangel des Sühneversuchs die Unzulässigkeit des ehrengerichtlichen Verfahrens zur Folge, und es kann dieser Mangel auch nicht durch nachträgliche Vornahme des Sühneversuchs geheilt werden (RG 10. 7. 13 IV 152/13). An der Beschlußfassung können, da § 34 nicht entgegensteht, auch diejenigen Mitglieder teilnehmen, welche durch die von dem Auszuschließenden gegen den Verein erhobenen Angriffe persönlich betroffen sind, falls nicht in der Satzung hierüber etwas anderes bestimmt ist (RG Warn 1913 Nr 182). Die gehörige Bildung des über die Ausschließung beschließenden Ehrengerichts kann von dem Mitgliede, wenn es widerspruchslos sich auf die Verhandlung vor ihm eingelassen hat, nicht mehr beanstandet werden (RG 22. 5. 13 IV 695/12). Kein die Ungültigkeit des Beschlusses herbeiführender Mangel ist es, sofern die Satzung nichts anderes vorschreibt, daß in dem mitgeteilten Beschlusse die Namen der an der Beschlußfassung mitwirkenden Personen nicht aufgeführt sind. Die Angabe der Namen hat auf Verlangen nachträglich zu erfolgen (RG 13. 11. 19 IV 371/19). Über die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung s. § 32 A 1, über die Ladung des Auszuschließenden § 32 A 2. Die Ausschließung wird wirksam mit der Mitteilung des Beschlusses an den Ausgeschlossenen. Der zu Unrecht Ausgeschlossene kann zur Wiederherstellung seiner Ehre verlangen, daß die Aufhebung in derselben Weise wie der Ausschließungsbeschluß bekanntgemacht wird (RG 4. 10. 15 IV 81/15; vgl. RG 56, 287 und wegen Aufhebung der gegen den Ausgeschlossenen verhängten Sperre 78, 37). Der wegen Ungültigkeit der Ausschließung erhobene Anspruch ist als ein vermögensrechtlicher im Sinne des § 546 ZPO (Zulässigkeit der Revision ohne Rücksicht auf den Wert des Beschwerdegegenstandes) anzusehen, wenn der Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, wofür die Eintragung des Vereins auf Grund des § 21 allerdings nicht unbedingt entscheidend ist (RG 88, 332). Der nichtvermögensrechtliche Charakter ist aber auch dann anzunehmen, wenn die Ausschließung aus einem Grunde erfolgt ist, der den Betroffenen mit einem schweren Makel behaftet und hierbei im einzelnen Falle das Vermögensinteresse hinter dem persönlichen Interesse weit zurücktritt (anders bei G. m. b. H. RG 89, 337). — Handelt es sich um eine Religionsgesellschaft oder um eine zu Religionsübungen gebildete geistliche Gesellschaft, so ist, wie wenigstens für das preußische Recht auf Grund des Art 15 VerfU und des Ges. v. 13. 5. 73 für Bruderschaften angenommen ist, die Ausschließung aus der Kirche oder religiösen Gemeinschaft und die Entziehung eines für das innere Verhältnis bedeutsamen Rechtes eine Handlung der Selbstverwaltung und unterliegt in keiner Weise, auch nicht hinsichtlich der formellen Gültigkeit des Beschlusses, der Nachprüfung im ordentlichen Rechtswege (RG Gruch 50, 1038).

3. Durch die Satzung kann bestimmt werden, daß die **Nichtzahlung des Beitrags** binnen bestimmter Frist den Verlust der Mitgliedschaft nach sich zieht. Der Verlust tritt in diesem Falle erst mit Ablauf der Frist ein. Die Weigerung des Beitragspflichtigen kann den Ablauf der Frist nicht ersetzen (RG 8. 2. 12 IV 222/11).

§ 40

Die Vorschriften des § 27 Abs 1, 3, des § 28 Abs 1 und der §§ 32, 33, 38 finden insoweit keine Anwendung, als die Satzung ein anderes bestimmt[1]).

E I 44 Abs 7, 48 Abs 6 II 37; M 1 94 ff., 105 ff.; P 6 115.

1. **Unabänderlich** sind die Vorschriften der §§ 26, 27 Abs 2, 28 Abs 2, 29, 31, 34—37 und 39.

§ 41

Der Verein kann durch Beschluß der Mitgliederversammlung aufgelöst[1]) [2]) werden. Zu dem Beschluß ist eine Mehrheit von drei Vierteilen der erschienenen Mitglieder erforderlich, wenn nicht die Satzung ein anderes bestimmt.

E II 38; P 1 538 ff.

1. Das Recht, die **Auflösung des Vereins zu beschließen,** das der Mitgliederversammlung als äußerste Maßregel verbleibt, wenn eine bessere Verwaltung nicht zu erreichen ist, kann ihr durch die Satzung nicht entzogen werden (vgl. § 39 A 1), wennschon die Ausübung dieses Rechtes durch das Erfordernis der Einstimmigkeit beschränkt werden kann. Als Auflösungsbeschluß ist es auch anzusehen, wenn die Vereinigung des Vereins mit einem fortbestehenden andern Verein beschlossen wird (vgl. über Verschmelzung der Aktiengesellschaften die besondersartigen Bestimmungen der §§ 305—307 HGB und **RG** Gruch 53, 703). Mit der Auflösung tritt, falls das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus fällt, das in §§ 48 ff. vorgesehene Liquidationsverfahren ein, wobei der Verein, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert, nach § 49 Abs 2 als fortbestehend gilt. Die dem Interesse der Gläubiger dienende Liquidation muß auch dann durchgeführt werden, wenn die Mitgliederversammlung bei oder vor der Auflösung beschließen sollte, daß der Verein als nichtrechtsfähiger bestehen bleibt, was die Bedeutung der Begründung eines neuen Vereins für die beitretenden Mitglieder hat (vgl. über die von der Auflösung verschiedene Entziehung der Rechtsfähigkeit § 42 A 1 u. § 43 A 1). Der Beschluß der Auflösung bedarf auch bei solchen Vereinen, deren Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, nicht der staatlichen Genehmigung. Das gleiche gilt, wenn der Verein auf die Rechtsfähigkeit verzichtet (vgl. Staudinger A VIII). Dem Tode einer natürlichen Person im Sinne der von der Unterbrechung des Verfahrens handelnden §§ 239, 246 ZPO kann die Auflösung des Vereins, die eine Gesamtnachfolge nicht nach sich zieht, nicht gleichgestellt werden (vgl. **RG** JW 04, 119[21]). Über Auflösung des einer Genossenschaft angehörigen Vereins s. § 49 A 4 a. E.

2. Der Verein wird **ferner aufgelöst** durch Ablauf der in der Satzung bestimmten Zeit oder Eintritt der in ihr festgesetzten auflösenden Bedingung. Daß die Zahl der Mitglieder bis auf eines sinkt, hat — abgesehen von § 73 — die Auflösung des Vereins nicht zur Folge, s. für die G. m. b. H. **RG** 68, 174. Das verbleibende eine Mitglied hat die Macht, Mitgliederversammlungsbeschlüsse zu fassen und kann auch sich selbst (vgl. § 34 A 1) zum Vorstand wählen. Dagegen wird durch den Fortfall sämtlicher Mitglieder (infolge Todes oder Austritts) die Auflösung herbeigeführt. Der Auflösung steht in gewisser Hinsicht gleich die Nichtigkeit des Vereins. Auch in diesem Falle muß eine Art Liquidation stattfinden und verbleibt dem nichtigen Verein die Rechtsfähigkeit, soweit dies zum Zweck der Liquidation erforderlich ist (vgl. für die G. m. b. H. **RG** JW 05, 184[35]). Dadurch, daß der Zweck des Vereins erreicht ist oder die Einreichung des Zweckes unmöglich geworden ist, wird die sofortige Auflösung des Vereins nicht herbeigeführt. Über Verlegung des Sitzes des Vereins in das Ausland s. § 24 A 1.

§ 42

Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit durch die Eröffnung des Konkurses[1]).

Der Vorstand hat im Falle der Überschuldung[2]) die Eröffnung des Konkurses zu beantragen. Wird die Stellung des Antrags verzögert, so sind die Vorstandsmitglieder, denen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich; sie haften als Gesamtschuldner.

E I 47 II 39; M 1 104; P 1 523 ff., 539; 6 118.

1. Die **Eröffnung des Konkurses** läßt trotz des Wortlauts des § 42 die **Rechtsfähigkeit** des Vereins insoweit bestehen, als es zum Zwecke der konkursmäßigen Liquidation erforderlich

ist (§ 49 Abs 2). Die Rechte des Vereins werden innerhalb dieser Grenzen von dem Konkursverwalter ausgeübt. Wird der Eröffnungsbeschluß auf Beschwerde wieder aufgehoben, so gilt die Entziehung der Rechtsfähigkeit als nicht erfolgt, unbeschadet jedoch der Gültigkeit der in der Zwischenzeit von dem Konkursverwalter vorgenommenen Rechtshandlungen. Wird das Konkursverfahren gemäß § 202 KO infolge Zustimmung sämtlicher Konkursgläubiger eingestellt, so erhält der Verein die Rechtsfähigkeit, auf die er zur erfolgreichen Fortsetzung des Betriebes angewiesen ist, unbeschränkt zurück (a. A. Staudinger A 8; Planck A 2; Jaeger § 213 KO A 13). Auch über einen nichtigen Verein kann das Konkursverfahren eröffnet werden, s. für die G. m. b. H. **RG** JW 04, 503[35]. Ist das Konkursverfahren durch Schlußverteilung oder Zwangsvergleich beendigt, so setzt sich der Verein als nichtrechtsfähiger fort, wenn dies in der Satzung bestimmt ist. Über Verlust der Rechtsfähigkeit im Falle der Verlegung des Sitzes in das Ausland s. § 24 A 1. Der Verlust der Rechtsfähigkeit hat — im Gegensatz zur Auflösung — nicht ohne weiteres die Folge, daß der Verein auch in der Eigenschaft als nichtrechtsfähiger Verein aufhört (bestr.).

2. Der Vorstand hat **im Interesse der Gläubiger** auf die Erhaltung des zu ihrer Befriedigung erforderlichen Vereinsvermögens Bedacht zu nehmen. Er wird ihnen haftbar, wenn er schuldhaft ihre Befriedigung dadurch schmälert, daß er Vereinsvermögen unter die Mitglieder aufteilt oder die zur Schuldentilgung benötigten Beiträge von den Mitgliedern nicht erhebt oder arglistig die Gläubiger in sonstiger Weise schädigt. Ist Überschuldung eingetreten, worüber er nötigenfalls durch Aufnahme einer Bilanz sich zu vergewissern hat, so ist es seine Pflicht, die Konkurseröffnung zu beantragen. Hat die Verzögerung des Antrags zur Verkürzung der Gläubiger geführt, so können diese die Vorstandsmitglieder, die schuldhaft gehandelt haben, als Gesamtschuldner in Anspruch nehmen. Schadensersatz können, wenn der Vorstand bei Nichtanmeldung des Konkurses unlauter gehandelt hat, auch diejenigen Gläubiger, deren Forderungen erst später entstanden sind, aus dem Gesichtspunkte des § 826 beanspruchen, insofern sie bei rechtzeitiger Konkursanmeldung sich nicht mehr zu Lieferungen und Kreditierungen verstanden haben würden. Die Verpflichtung zur Anmeldung des Konkurses besteht nach § 53 auch für die Liquidatoren.

§ 43

Dem Vereine kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden[1]), wenn er durch einen gesetzwidrigen Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch gesetzwidriges Verhalten des Vorstandes das Gemeinwohl gefährdet[2]).

Einem Vereine, dessen Zweck nach der Satzung nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt[3]).

Einem Vereine, der nach der Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck nicht hat, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen solchen Zweck verfolgt[3]).

Einem Vereine, dessen Rechtsfähigkeit auf Verleihung beruht, kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, wenn er einen anderen als den in der Satzung bestimmten Zweck verfolgt[3]).

E II 40 Abs 1—3; P 1 572 ff.; 6 116, 144.

1. Während nach § 2 des RVerG v. 19. 4. 08 ein jeder Verein, dessen Zweck den Strafgesetzen zuwiderläuft, polizeilich aufgelöst werden kann, ist auf privatrechtlichem Gebiete nur die **Entziehung der Rechtsfähigkeit** zulässig. Die Entziehung der Rechtsfähigkeit hat in gleicher Weise wie die in § 41 behandelte Auflösung die Folge, daß (abgesehen von § 46) die Liquidation erfolgen muß (§§ 45, 47). Von dieser Auflösung unterscheidet sich aber die Entziehung der Rechtsfähigkeit darin, daß der Verein fortbestehen kann. Es kann von vornherein durch Vereinbarung bei Errichtung des Vereins oder durch späteren satzungsändernden Beschluß für den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit die Fortdauer des Vereins festgesetzt sein (bestr.). Eine auf Neubegründung des Vereins gerichtete Vereinbarung kann zwischen den Mitgliedern noch nach Entziehung der Rechtsfähigkeit mit der Wirkung getroffen werden, daß die Rechte dieser Mitglieder hinsichtlich des Vereinsvermögens auf den fortzusetzenden Verein übergehen, wenn dies für den Fall der Entziehung der Rechtsfähigkeit in der Satzung festgesetzt ist. Das Fortbestehen eines nach § 2 RVerG aufgelösten Vereins kann polizeilich gehindert werden.

2. Die **Gefährdung des Gemeinwohls** genügt nicht zur Entziehung der Rechtsfähigkeit. Es muß noch eine **gesetzwidrige Handlung oder Unterlassung** des Vereins hinzukommen,

wodurch die Gefährdung verursacht ist (sachlich übereinstimmend § 81 GenG, § 62 GmbHG, §§ 97 Nr 3, 104f Nr 3 GewO betreffs der Innungen und Innungsverbände, Art 4 PrAG.HGB betreffs der Aktiengesellschaften und Aktienkommanditgesellschaften). Die Gesetzwidrigkeit kann begangen werden durch Beschlüsse der Mitgliederversammlung, namentlich insofern, als die Beschlüsse ihre Zuständigkeit überschreiten, und durch das Verhalten des Vorstandes, mag dieser nun selbst gesetzwidrig handeln oder das gesetzwidrige Verhalten der Angestellten dulden. Unter den Begriff der Gesetzwidrigkeit fällt auch die Satzungswidrigkeit und die Verletzung privatrechtlicher Gesetze, wennschon hierdurch eine Gefährdung des Gemeinwohls nur selten herbeigeführt werden wird. Daß die Gesetzwidrigkeit eine verschuldete ist, wird in § 43 nicht erfordert.

3. Besteht die Gesetzwidrigkeit darin, daß der Verein **andere als die zulässigen Zwecke** tatsächlich verfolgt, so kann die Rechtsfähigkeit entzogen werden, ohne daß die Gefährdung des Gemeinwohls festgestellt zu werden braucht (ebenso die in A 2 angeführten Bestimmungen des GmbHG und der GewO). Doch ist hier ein Unterschied zu machen zwischen den Vereinen, denen die Rechtsfähigkeit verliehen ist, und den eingetragenen Vereinen. Den ersteren kann, da die Verleihung wesentlich darauf beruht, daß die Angabe über den Vereinszweck richtig ist, die Rechtsfähigkeit schon dann entzogen werden, wenn sie ganz oder teilweise einen andern Zweck verfolgen. Bei den eingetragenen Vereinen kommt es dagegen darauf an, ob sie bei Angabe des später verfolgten Zweckes die Eintragung erlangt hätten. Es macht deshalb nichts aus, wenn statt des in der Satzung angegebenen idealen Zweckes ein anderer idealer Zweck verfolgt wird. Wohl aber ist die Entziehung der Rechtsfähigkeit zulässig, wenn der vom Verein später verfolgte Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, da dies die Eintragung ausgeschlossen haben würde. Daß der Verein einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt, bildet jetzt nach Art 124 Abs 2 RV (s. § 61 A 3) kein Hindernis für die Eintragung des Vereins. Die durch Eintragung in das Vereinsregister erlangte Rechtsfähigkeit kann deshalb dem Verein auch nicht mehr aus dem Grunde entzogen werden, daß er entgegen der Satzung einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck oder einen andern Zweck dieser Art als den in der Satzung angegebenen verfolgt. Die Entziehung der Rechtsfähigkeit aus dem gedachten Grunde wird auch dann nicht zulässig sein, wenn dem Vereine als einem wirtschaftlichen Vereine die Rechtsfähigkeit verliehen war. Über den Fall der Eintragung eines Vereins, dessen satzungsgemäßer Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, s. § 65 A 2. Bloß aus dem Grunde, daß die Verwaltungsbehörde den Verein irrig als einen wirtschaftlichen beurteilt hat, kann dem satzungsgemäß sich betätigenden Vereine die Rechtsfähigkeit nach § 43 nicht entzogen werden.

§ 44

Die Zuständigkeit und das Verfahren bestimmen sich in den Fällen des § 43 nach den für streitige Verwaltungssachen geltenden Vorschriften der Landesgesetze[1]). Wo ein Verwaltungsstreitverfahren nicht besteht, finden die Vorschriften der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung Anwendung[2]); die Entscheidung erfolgt in erster Instanz durch die höhere Verwaltungsbehörde, in deren Bezirke der Verein seinen Sitz hat[1]).

Beruht die Rechtsfähigkeit auf Verleihung durch den Bundesrat, so erfolgt die Entziehung durch Beschluß des Bundesrats[3]).

E II 40 Abs 4; P 1 572 ff.

1. Nach den **landesrechtlichen Bestimmungen** richtet es sich, ob das Verwaltungsstreitverfahren (wie in Preußen) bereits in erster Instanz oder (wie z. B. in Sachsen) erst in zweiter Instanz oder endlich (wie z. B. in Bayern) erst nach vorheriger Entscheidung der Verwaltungsbehörde zweiter Instanz stattfindet.

2. Besteht landesrechtlich ein **Verwaltungsstreitverfahren nicht,** so entscheidet in dem durch §§ 20, 21 GewO geregelten Verfahren die höhere Verwaltungsbehörde. Gegen deren Entscheidung kann binnen zwei Wochen Rekurs eingelegt werden, der in derselben Frist zu rechtfertigen ist. In erster oder zweiter Instanz muß die Entscheidung durch das Kollegium nach mündlicher und öffentlicher Verhandlung erfolgen; der Rekursbescheid ist mit Gründen zu versehen.

3. Ist die Rechtsfähigkeit von dem **Bundesrat,** jetzt Reichsrat, verliehen, so hat dieser, ohne daß über das Verfahren Vorschriften gegeben sind, auch über die Entziehung zu befinden. An Stelle des Bundesrats war bei nichtwirtschaftlichen Vereinen in den Schutzgebieten der Reichskanzler zuständig (s. § 23 A 2).

§ 45

Mit der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit fällt[2]) das Vermögen an die in der Satzung bestimmten Personen[1]).

Durch die Satzung kann vorgeschrieben werden, daß die Anfallberechtigten durch Beschluß der Mitgliederversammlung oder eines anderen Vereinsorgans bestimmt werden. Ist der Zweck des Vereins nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet, so kann die Mitgliederversammlung auch ohne eine solche Vorschrift das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt zuweisen[1]).

Fehlt es an einer Bestimmung der Anfallberechtigten, so fällt das Vermögen, wenn der Verein nach der Satzung ausschließlich den Interessen seiner Mitglieder diente, an die zur Zeit der Auflösung oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit vorhandenen Mitglieder zu gleichen Teilen, anderenfalls an den Fiskus des Bundesstaats, in dessen Gebiete der Verein seinen Sitz hatte[1]).

E I 49 Abs 1 II 41; M 1 109 ff.; P 1 539 ff.

1. Der Auffassung, daß das Vermögen der juristischen Person keinen Eigentümer hat (vgl. Vorbem 1 vor § 21), würde es, was die **Person des Anfallberechtigten** betrifft, entsprechen, daß mit Auflösung des Vereins (Entziehung der Rechtsfähigkeit) das Vermögen dem Fiskus zufiele. Das BGB weicht jedoch hiervon darin ab, daß es bei einem selbstnützigen Verein (der satzungsmäßig ausschließlich den Interessen der Mitglieder dient), das Vermögen gleichanteilig an die Mitglieder fallen läßt (Abs 3), daß es ferner bei dem Idealverein, der nicht gerade ein gemeinnütziger zu sein braucht, der Mitgliederversammlung auch ohne Satzungsbestimmung gestattet, das Vermögen einer öffentlichen Stiftung oder Anstalt — worunter in Übereinstimmung mit der Ausdrucksweise des § 89 und des Art 85 EG eine Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechts, die übrigens auch mit einer öffentlichrechtlichen Körperschaft verbunden sein kann, zu verstehen ist (bestr.) — zuzuwenden und daß in jedem Falle durch die Satzung (auch durch einen die Satzung abändernden Beschluß) unmittelbar oder mittelbar, indem letzterenfalls die Verfügung der Mitgliederversammlung oder einem sonstigen Vereinsgliede übertragen wird, über den Verbleib des Vermögens Bestimmung getroffen werden kann. Die hiernach maßgebende Bestimmung muß spätestens bei Auflösung des Vereins erfolgen. Mehrere Anfallberechtigte können in der Weise berufen werden, daß der zweite erst berufen ist, wenn der erste die Zuwendung nicht annehmen kann oder will. Aufrechterhalten sind durch Art 85 EG die landesrechtlichen Vorschriften, nach welchen an Stelle des Fiskus das Vermögen einer Körperschaft, Stiftung oder Anstalt des öffentlichen Rechtes zufällt. Der Verteilung des Vermögens einer aufgelösten Innung unter die Mitglieder sind durch § 98a GewO insofern Schranken gezogen, als kein Mitglied mehr als den Gesamtbetrag der geleisteten Beiträge erhalten kann. Wegen Anfall des Stiftungsvermögens s. § 88 A 1.

2. Die **Art des Anfalls** ist eine verschiedene. Ist der Fiskus der Anfallberechtigte, so vollzieht sich der Vermögensübergang, da der Fiskus nach § 46 die Stellung des Erben hat, durch Gesamtnachfolge. In gleicher Weise ist der Übergang, wenn andere Personen die Anfallberechtigten sind, nicht geregelt. Es bleibt deshalb nur übrig, ihnen einen schuldrechtlichen Anspruch auf Ausantwortung des Vermögens zu geben, der gegen die Liquidatoren gerichtet ist.

§ 46

Fällt das Vereinsvermögen an den Fiskus, so finden die Vorschriften über eine dem Fiskus als gesetzlichem Erben anfallende Erbschaft entsprechende Anwendung[1]). Der Fiskus hat das Vermögen tunlichst in einer den Zwecken des Vereins entsprechenden Weise zu verwenden[2]).

E I 49 Abs 2 Satz 1 u. 2 II 42 Abs 1; M 1 109 ff.; P 1 545 ff.; 6 116.

1. Der **Fiskus** erwirbt das Vermögen durch Gesamtnachfolge (§ 1922 Abs 1), ohne daß er den Erwerb ausschlagen kann (§ 1942 Abs 2). Er haftet in allen Fällen nur mit dem Vereinsvermögen (§ 2011 BGB, § 780 ZPO). Seine Berechtigung und Inanspruchnahme ist davon abhängig, daß zuvor das Nachlaßgericht, d. i. das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verein seinen Sitz hatte (§§ 72, 73 FGG), sein Anfallrecht festgestellt hat (§ 1966 BGB;

vgl. § 78 FGG). Handelt es sich um einen ausländischen, vom Bundesrat (jetzt Reichsrat) anerkannten Verein, so ist nach § 73 Abs 3 FGG jedes Amtsgericht, in dessen Bezirk sich Vereinsgegenstände befinden, bezüglich aller im Inlande befindlichen Vereinsgegenstände zuständig. Diese Vorschriften gelten für die nach Art 85 EG an Stelle des Fiskus tretenden öffentlichen Verbände und Anstalten nur dann, wenn ihr Anfallrecht auf Gesetz, nicht auf einem nach § 45 Abs 2 gefaßten Vereinsbeschlusse beruht.

2. Die dem Fiskus auferlegte **Verwendungspflicht**, die nur für gemeinnützige Vereine in Betracht kommt (§ 45 Abs 3), ist eine öffentlich-rechtliche, auf deren Erfüllung namentlich von der Volksvertretung gedrungen werden kann. Sie liegt in gleicher Weise den in Art 85 EG (§ 45 A 1) bezeichneten öffentlichen Verbänden und Anstalten ob.

§ 47

Fällt das Vereinsvermögen nicht an den Fiskus, so muß eine Liquidation stattfinden[1]).

E I 49 Abs 2 Satz 3 II 42 Abs 2; M 1 113; P 1 546.

1. Die Mußvorschrift des § 47 wird dadurch verwirklicht, daß mit der Auflösung, der Entziehung oder dem Verlust der Rechtsfähigkeit (abgesehen von dem Falle der §§ 42 u. 46) die Vorstandsmitglieder, falls nicht besondere Liquidatoren bestellt sind, ohne weiteres die Stellung eines **Liquidators** erhalten, dessen Befugnis zur Vertretung des Vereins gemäß § 49 Abs 1 beschränkt ist. In gleichem Umfange beschränkt sich gemäß § 49 Abs 2 die Rechtsfähigkeit des Vereins, der zum Liquidationsverein wird.

§ 48

Die Liquidation erfolgt durch den Vorstand. Zu Liquidatoren können auch andere Personen bestellt werden; für die Bestellung sind die für die Bestellung des Vorstandes geltenden Vorschriften maßgebend[1]).

Die Liquidatoren haben die rechtliche Stellung des Vorstandes, soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt[2]).

Sind mehrere Liquidatoren vorhanden, so ist für ihre Beschlüsse Übereinstimmung aller erforderlich, sofern nicht ein anderes bestimmt ist[2]).

E I 50 II 43; M 1 113 ff.; P 1 547 ff.

1. Falls in der Satzung oder durch Beschluß des zuständigen Vereinsgliedes nicht andere Liquidatoren bestellt sind, fällt dem **Vorstande** die Aufgabe zu, die Liquidation durchzuführen. Die Mitgliederversammlung, die durch die Auflösung nicht beseitigt wird, bleibt jedoch befugt, einen Liquidator nach § 27 Abs 2 abzuberufen und an seiner Stelle einen andern zu bestellen. Eine Abberufung durch das Gericht findet nicht statt, sofern nicht für Vereine mit verliehener Rechtsfähigkeit in der Satzung etwas anderes festgesetzt ist. Fehlen die erforderlichen Liquidatoren, so kann nach § 29 in dringenden Fällen das Amtsgericht eingreifen.

2. Die **Liquidatoren** haben innerhalb ihres Wirkungskreises (§ 49 Abs 1) in gleicher Weise wie der Vorstand die Stellung eines gesetzlichen Vertreters (§ 26 Abs 2). Sie sind der Mitgliederversammlung insofern untergeordnet, als sie dieser über ihre Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen haben und von ihr Entlastung erhalten. Die Stellung der Liquidatoren unterscheidet sich aber darin von der des Vorstandes, daß sie unmittelbar den Gläubigern gegenüber für richtige Durchführung des Liquidationsverfahrens verantwortlich sind (§ 53) und daher insoweit, als die Interessen der Gläubiger in Frage kommen, an Weisungen der Mitgliederversammlung nicht gebunden werden können. Abweichend ist ferner, daß mehrere Liquidatoren, falls nicht in der Satzung oder durch Beschluß der Mitgliederversammlung etwas anderes bestimmt ist (vgl. hinsichtlich des eingetragenen Vereins § 76 A 1), den Verein — wodurch den Gläubigern eine größere Sicherheit gegeben ist — nur gemeinschaftlich vertreten können. Der Umfang der Vertretungsmacht der Liquidatoren kann nur insoweit beschränkt werden, als dies mit dem Liquidationszweck verträglich ist.

§ 49

Die Liquidatoren haben die laufenden Geschäfte zu beendigen, die Forderungen einzuziehen, das übrige Vermögen in Geld umzusetzen, die Gläubiger zu befriedigen[3]) und den Überschuß den Anfallberechtigten auszuant-

worten. Zur Beendigung schwebender Geschäfte können die Liquidatoren auch neue Geschäfte eingehen. Die Einziehung der Forderungen sowie die Umsetzung des übrigen Vermögens in Geld darf unterbleiben, soweit diese Maßregeln nicht zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Verteilung des Überschusses unter die Anfallberechtigten erforderlich sind [1—3].

Der Verein gilt bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert[4].

E I 51 II 44; M 1 115, 116; P 1 548 ff.; 6 136 ff.

1. Die Liquidatoren haben, soweit dies zur Befriedigung der Gläubiger oder zur Auseinandersetzung der Anfallberechtigten erforderlich ist, das **Vereinsvermögen zu verwerten.** In diesem Interesse liegt ihnen auch ob, die laufenden Geschäfte zur Klarstellung des Vermögensstandes zu beendigen, was durch Kündigung, Erfüllung, Vergleich usw. geschehen kann. Zu diesem Zwecke können auch neue Geschäfte, sog. Abwicklungsgeschäfte, eingegangen werden (vgl. § 149 HGB). Forderungen sind, falls nicht nach Ermessen der Liquidatoren besondere Gründe für eine andere Art der Verwertung vorliegen, einzuziehen. Nicht unzulässig ist es, die Verwertung in der Weise vorzunehmen, daß das von dem Verein betriebene Geschäft im ganzen veräußert wird (a. A. Planck A 1). Den Liquidatoren steht auch das Recht zu, Beiträge, zu denen die Mitglieder nach der Satzung verpflichtet sind (vgl. § 38 A 2 a. E.), insoweit zu erfordern, als dies zur Deckung der Schulden nötig ist.

2. Nur auf die zu 1 bezeichneten Liquidationsgeschäfte erstreckt sich die **Vertretungsmacht** der Liquidatoren. Dritte, die sich mit ihnen in Verhandlungen einlassen, haben daher zu prüfen, ob die Grenzen der Vertretungsmacht nicht überschritten sind. Es kann ihnen jedoch, wenn nach der objektiven Sachlage das Geschäfts geeignet ist, als Liquidationsgeschäft zu dienen, daraus kein Nachteil entstehen, daß im besondern Falle, ohne daß ihnen dies bekannt sein konnte, das Geschäft zu andern als Liquidationszwecken abgeschlossen ist. Darüber, daß er der Erkundigungspflicht genügt hat, hat der Dritte sich auszuweisen (abweichend Staudinger A VI, welcher den das Geschäft Anfechtenden für beweispflichtig hält.

3. Die Rechte der **Gläubiger** werden durch die Auflösung des Vereins nur insofern berührt, als sie (ähnlich wie im Konkurse) sich die vollständige Abfindung wegen ihrer Rechte gefallen lassen müssen. Anders ist es mit den satzungsmäßigen Rechten der Mitglieder auf Benutzung, auf bestimmte Bezüge usw. Die hieraus entspringenden Verpflichtungen sind von den Liquidatoren nur insoweit und nur so lange zu erfüllen, als dies mit dem Liquidationszweck verträglich ist. Das Innungsmitglied, das berechtigt ist, in der der Innung gehörigen Walkmühle walken zu lassen, kann dieses Recht nicht mehr geltend machen, wenn die Walkmühle im Interesse der Liquidation zum Verkauf gebracht ist (vgl. **RG** LZ 1914, 752[1]).

4. Das **Fortbestehen des Vereins** wird nur für die Zwecke der Liquidation anerkannt. Deshalb ist in gleicher Weise wie die Vertretungsmacht der Liquidatoren auch die Rechtsfähigkeit des Vereins nach eingetretener Liquidation nur eine beschränkte. Es ist jedoch nicht zu bezweifeln, daß der Verein auch nach diesem Zeitpunkte die Fähigkeit behält, Zuwendungen, welche die Mittel zur Tilgung von Verbindlichkeiten gewähren, anzunehmen. Ist der Verein, was nach § 43 Abs 4 GenG v. 20. 5. 98 zulässig, Mitglied einer Genossenschaft, so hat die Auflösung des Vereins, wie in entsprechender Anwendung der den Fall des Todes eines Genossen betreffenden Vorschrift des § 77 GenG angenommen werden darf, das Ausscheiden aus der Genossenschaft zum Schluß des Geschäftsjahres zur Folge (**RG** JW 1916, 413[12]). — Der nichtrechtsfähige Verein wandelt sich durch die Liquidation nicht etwa in eine bloße Gesellschaft um.

§ 50

Die Auflösung des Vereins oder die Entziehung der Rechtsfähigkeit ist durch die Liquidatoren öffentlich bekanntzumachen. In der Bekanntmachung sind die Gläubiger zur Anmeldung ihrer Ansprüche aufzufordern. Die Bekanntmachung erfolgt durch das in der Satzung für Veröffentlichungen bestimmte Blatt, in Ermangelung eines solchen durch dasjenige Blatt, welches für Bekanntmachungen des Amtsgerichts bestimmt ist, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hatte. Die Bekanntmachung gilt mit dem Ablaufe des zweiten Tages nach der Einrückung oder der ersten Einrückung als bewirkt.

Bekannte Gläubiger sind durch besondere Mitteilung zur Anmeldung aufzufordern[1].

E I 52 II 45; P 1 550.

1. Die **öffentliche Aufforderung der Gläubiger** dient nicht dazu, die sich nicht meldenden Gläubiger auszuschließen, sondern soll nur ein Mittel sein, die Gläubiger und ihre Forderungen zu erfahren. An die bekannten Gläubiger ergeht eine besondere Aufforderung, da es, auch wenn die Höhe der ursprünglichen Forderung bekannt ist, möglich bleibt, daß der Stand der Forderung sich geändert hat. Meldet sich ein unbekannter Gläubiger innerhalb des Sperrjahrs (§ 51 A 1) nicht, so wird er tatsächlich insofern ausgeschlossen, als er die bis zur späteren Meldung bewirkten Verteilungen an Gläubiger oder Anfallberechtigte nicht anfechten kann. Nur aus der noch unverteilten Masse kann er Befriedigung beanspruchen. Werden die Gläubiger schon vor Ablauf des Sperrjahrs ganz oder teilweise befriedigt, so geschieht dies in der selbstverständlichen Voraussetzung, daß nicht nachträglich vor Ablauf des Sperrjahrs weitere Gläubiger sich melden, zu deren gleichmäßiger Befriedigung das Vereinsvermögen nicht ausreicht. Das hiernach zuviel Gezahlte können die Liquidatoren zurückfordern (a. A. Planck A 2).

§ 51

Das Vermögen darf den Anfallberechtigten nicht vor dem Ablauf eines Jahres[1]) nach der Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit ausgeantwortet werden[2]).

E I 53 II 46; M 1 116; P 1 550.

1. Während des **Sperrjahrs**, das nach § 50 mit Ablauf des zweiten Tages nach der Einrückung der öffentlichen Aufforderung an die Gläubiger beginnt — vgl. § 301 Abs 1 HGB betreffs der Aktiengesellschaft, ebenso § 73 GmbHG und § 90 GenG —, darf das Vereinsvermögen nicht zum Nachteil der Gläubiger den Anfallberechtigten ausgeantwortet werden, widrigenfalls die Liquidatoren nach § 53 schadensersatzpflichtig und die Anfallberechtigten nach § 812 herausgabepflichtig sind. Aber auch nach Ablauf des Sperrjahrs darf das Vermögen vor Befriedigung oder Sicherstellung der bekannten Gläubiger — auch wenn diese erst nach Ablauf des Sperrjahrs sich gemeldet haben — bei Vermeidung der Schadensersatzpflicht der Liquidatoren den Anfallberechtigten nicht ausgeantwortet werden. Der Anfallberechtigte bleibt in Höhe der noch vorhandenen Bereicherung den Gläubigern, denen das Vereinsvermögen haftet, aus § 812 verpflichtet (a. A. Staudinger A 2; Planck § 53 A 4). Den Gläubigern verbleibt ihr Recht in der Gestalt, daß sie die Anfallberechtigten, denen der verbliebene Überschuß ausgeantwortet ist, in Höhe der Bereicherung anteilig in Anspruch nehmen können (Recht 1912, 661). Es kommt hierfür nicht darauf an, ob die Liquidatoren ihre Pflicht verletzt haben. Die Bereicherung des Anfallberechtigten ist, solange noch unbefriedigte Gläubiger vorhanden sind, zwar nicht dem Vereine, wohl aber den Gläubigern gegenüber eine ungerechtfertigte (bestr.). Anders ist es, wenn dem Vereine wegen Nichteinhaltung des Sperrjahrs — vor Ablauf des Sperrjahrs sind die Liquidatoren zur Ausantwortung nicht befugt — oder aus andern Gründen ein Rückforderungsrecht zusteht. In einem solchen Falle kann der Gläubiger sich nur an den Verein, der bezüglich des Rückforderungsanspruchs das Liquidationsverfahren fortzusetzen hat, nicht unmittelbar an den Anfallberechtigten halten (RG 92, 84).

2. Mit der Ausantwortung ist regelmäßig die **Liquidation beendet.** Stellen sich später weitere Gegenstände als zum Vereinsvermögen gehörig heraus (wie z. B. ein Schadensersatzanspruch gegen den Vorstand), so ist die Liquidation wieder aufzunehmen und lebt insoweit auch die Rechtsfähigkeit des Vereins wieder auf.

§ 52

Meldet sich ein bekannter Gläubiger nicht, so ist der geschuldete Betrag, wenn die Berechtigung zur Hinterlegung vorhanden ist, für den Gläubiger zu hinterlegen[1]).

Ist die Berichtigung einer Verbindlichkeit zur Zeit nicht ausführbar oder ist eine Verbindlichkeit streitig, so darf das Vermögen den Anfallberechtigten nur ausgeantwortet werden, wenn dem Gläubiger Sicherheit geleistet ist[2]).

E I 54 II 47; M 1 116 ff.; P 1 551; 4 568 ff., 607; 6 116 u. 117.

1. Von den bekannten Verbindlichkeiten wird der Verein nicht dadurch frei, daß der Gläubiger sich nicht meldet. Der Verein hat bezüglich der ihm bekannten oder durch Anmeldung bekanntgewordenen Verbindlichkeiten die Pflicht, sie zu erfüllen oder bei Vorhandensein eines Hinterlegungsgrundes — Annahmeverzug des Gläubigers, ein sonstiges in seiner Person vorhandene Hindernis oder nicht verschuldete Ungewißheit über die Person des Berechtigten, §§ 372 ff. — den Schuldbetrag zu **hinterlegen.** Dadurch, daß der bekannte Gläubiger sich nicht meldet, wird bei einer Bringschuld der Annahmeverzug noch

nicht begründet. Über die Wirkung der Hinterlegung vgl. §§ 378, 379. Ist eine Forderung noch nicht fällig, so braucht nur derjenige Betrag hinterlegt zu werden, der mit Hinzurechnung der Hinterlegungszinsen bis zur Fälligkeit den geschuldeten Betrag ergibt (abw. Planck A 2, der hinsichtlich einer betagten Verbindlichkeit nur eine Sicherheitsleistungspflicht annimmt). Bei Verzug des Gläubigers in Annahme einer nicht hinterlegungsfähigen beweglichen Sache kann nach §§ 383ff. verfahren werden.

2. An Stelle der Erfüllungs- oder Hinterlegungspflicht tritt die Pflicht der **Sicherheitsleistung**, wenn die Verbindlichkeit streitig ist oder die Berichtigung wegen Bedingtheit der Forderung, Ungewißheit der Dauer eines Rechtsverhältnisses usw. zur Zeit nicht ausführbar ist (ebenso § 301 Abs 3 HGB). Auch der Umstand, daß der Verein zur Hinterlegung berechtigt sein würde, der geschuldete Gegenstand aber nicht hinterlegungsfähig ist, kann zur Sicherheitsleistung führen. Die Art der Sicherheitsleistung bestimmt sich nach §§ 232ff. Sicherheitsleistung kann nur insoweit verlangt werden, als das Vereinsvermögen Mittel hierzu gewährt.

§ 53

Liquidatoren, welche die ihnen nach dem § 42 Abs 2 und den §§ 50 bis 52 obliegenden Verpflichtungen verletzen oder vor der Befriedigung der Gläubiger Vermögen den Anfallberechtigten ausantworten, sind, wenn ihnen ein Verschulden zur Last fällt, den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[1]); sie haften als Gesamtschuldner.

E I 56 II 48; M 1, 117; P 1 551.

1. Die hier bezeichneten Verpflichtungen sind den Liquidatoren im Interesse der Gläubiger auferlegt. Diese haben deshalb gegen die Liquidatoren im Falle schuldhafter Zuwiderhandlung unmittelbar einen Anspruch auf **Schadensersatz**, auf den die Mitgliederversammlung nicht etwa verzichten kann und dem die Liquidatoren nicht mit dem Einwand, daß sie auf Anweisung der Mitgliederversammlung gehandelt hätten, begegnen können (vgl. § 48 A 2). Haben die Liquidatoren sich dadurch schadensersatzpflichtig gemacht, daß sie vor Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger dem Anfallberechtigten Vermögen ausgeantwortet haben (vgl. § 51 A 1), so haben die Gläubiger, die durch die Ausantwortung verhindert sind, ihre Befriedigung aus dem bereiten Vereinsvermögen zu erlangen, nicht nötig, vor der Inanspruchnahme der Liquidatoren sich an den Anfallberechtigten oder an den Verein zu halten, damit dieser den Schadensersatzanspruch gegen die Liquidatoren oder den Rückforderungsanspruch gegen den Anfallberechtigten zur Durchführung bringt (a. A. Staudinger A 5, Planck A 2 u. 4). Der Anspruch auf Schadensersatz, der aus dem kraft Gesetzes zwischen den Liquidatoren und den Gläubigern bestehenden Schuldverhältnis entstammt, ist der 30jährigen Verjährung, nicht der 3jährigen Verjährung aus § 852 (a. A. Planck A 2) unterworfen.

§ 54

Auf Vereine[1]), die nicht rechtsfähig sind, finden die Vorschriften über die Gesellschaft Anwendung. Aus einem Rechtsgeschäfte, das im Namen eines solchen Vereins einem Dritten gegenüber vorgenommen wird, haftet[2]) der Handelnde persönlich; handeln mehrere, so haften sie als Gesamtschuldner.

E II 676; P 1 553 ff.; 2 452 ff.; 6 117, 206, 209.

1. Die Gesellschaft erscheint als **Verein**, wenn sie körperschaftlich gebildet ist, einen Gesamtnamen führt und satzungsgemäß vom Wechsel der Mitglieder unabhängig ist (**RG** 60, 96; 74, 371, 76, 27 über Tarifgemeinschaften; JW 1911, 100[37]; SeuffA 62 Nr 129). In dem letzteren Erfordernis ist auch enthalten, daß der Verein auf einen größeren Mitgliederbestand eingerichtet sein und die Dauer der Gesellschaft, weil sonst die Unabhängigkeit von dem Wechsel der Mitglieder tatsächlich bedeutungslos sein würde, auf eine längere Zeit berechnet sein muß. Die Vereinigung auf die Zeit von zehn Jahren genügt nach **RG** JW 1913, 974[1], um das Erfordernis der Dauer — wobei auf die Auffassung im geschäftlichen Verkehr Rücksicht zu nehmen — als erfüllt anzusehen. Die Bestimmung, daß die Vereinigung trotz Wechsels der Mitglieder fortbestehen soll, kann auch ohne ausdrückliche Festsetzung aus dem Gesamtinhalt der Satzung entnommen werden. In dieser Beziehung kann namentlich der Gebrauch des Ausdrucks „Verein" von Bedeutung sein. Zur körperschaftlichen Gestaltung gehört, daß unter Änderung der §§ 709—712 eine in Vereinsangelegenheiten durch Mehrheitsbeschlüsse entscheidende Mitgliederversammlung eingeführt ist und daß die Führung der Geschäfte

einem Vorstande — der ebensowenig wie ein sonstiges Vereinsglied aus den Vereinsangehörigen zu bestehen braucht — übertragen ist. Liegen die Erordernisse des Vereins vor, so sind damit die mit dem Vereinscharakter unverträglichen Vorschriften des Gesellschaftsrechts (§§ 707, 723—729, soweit diese Vorschriften das Recht der Kündigung oder Auflösung des gesamten Gesellschaftsvertrags betreffen, 740, Anspruch auf Zahlung des Wertes des Anteils nach § 738) stillschweigend außer Geltung gesetzt, nicht aber ist ohne weiteres anzunehmen, daß in allen Beziehungen, soweit dies durch Vertrag geschehen kann, das Gesellschaftsrecht für das Innenverhältnis der Mitglieder durch Vereinsrecht ersetzt ist — anders Gierke, Nichtrechtsfähige Vereine S. 9; Eckstein in JheringsJ 55, 243 (vgl. über Anwendbarkeit der §§ 723, 724 RG 78, 136 und über Anwendbarkeit des § 728 § 21 A 1). Ein durchgreifender Unterschied zwischen der Gesellschaft und dem Verein zeigt sich darin, daß, während bei der Gesellschaft ein jeder Gesellschafter dem andern gegenüber zur Leistung von Beiträgen und sonstigen zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks erforderlichen Handlungen verbunden ist, bei dem Vereine eine solche Verpflichtung nur gegenüber den Vereinsorganen besteht. Durch die Bestellung dieser Organe sind ihnen innerhalb ihres Wirkungskreises die sonst den Gesellschaftern zustehenden Rechte, insbesondere das Recht der Geschäftsführung (§ 709), übertragen. Das Gesellschafterrecht hat sich infolge der Organisierung in ein Mitgliedsrecht (vgl. § 38 A 2) umgewandelt. Ein weiterer, sehr deutlich in die Erscheinung tretender Unterschied ist der, daß der **nichtrechtsfähige Verein** nach außen hin als ein einheitliches Ganzes auftreten will, zu welchem Zwecke er einen Gesamtnamen führt (vgl. § 12 A 1). Die Einheitlichkeit kann freilich, weil die Vereinigung nicht als juristische Person anerkannt wird, nur unvollkommen erreicht werden. Inhaber des Gesellschaftsvermögens, Träger der Rechte und Verbindlichkeiten sind die Mitglieder dieses Vereins (vgl. RG JW 04, 61[17]). Die Eingehung von Rechtsgeschäften ist zwar dadurch erleichtert, daß die Mitglieder unter der Vereinsbezeichnung zusammengefaßt werden können. Immerhin ergeben sich aus dem Mangel der Rechtsfähigkeit für die Rechtsbetätigung nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Kommt es zur Klageanstellung, so müssen die sämtlichen Mitglieder (mit Ausnahme des in dem Rechtsstreit zu verklagenden Mitgliedes) als Kläger auftreten. Der Vorstand kann trotz der Satzungsbestimmung, daß er den Verein in allen Rechtsstreitigkeiten vertritt, nicht für Rechnung des Vereins, sondern nur namens der einzeln aufzuführenden Mitglieder klagen (RG 57, 92; 78, 106; JW 03, 4[8]; 1914, 414[15]). Er hat nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters. Seine Vertretungsbefugnis erstreckt sich deshalb nicht auf Rechtsgeschäfte außergewöhnlicher Art, (vgl. RG Gruch 55, 94). Über seine Bevollmächtigung zur Prozeßführung hat er demgemäß nach § 80 ZPO sich auszuweisen, wozu indes schon die Einreichung der Satzung genügen kann, ohne daß eine formelle Vollmachtsurkunde vorgelegt zu werden braucht (RG 57, 90). Die nur in schriftlicher Form vorliegende Satzung ist allerdings nicht genügend, wenn die Vorlegung einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Prozeßvollmacht (§ 80 Abs 2 ZPO) verlangt wird (RG Warn 1913 Nr 118 — a. A. Raddatz in Gruch 58, 77 von dem Standpunkt aus, daß die Vertretungsbefugnis des Vorstandes nicht auf Vollmacht, sondern auf Ermächtigung beruhe). Die Namen der Mitglieder sind spätestens bis zur letzten mündlichen Verhandlung aufzuführen (RG Gruch 47, 1160), und zwar auch die Namen der nach der Klagezustellung dem Verein beigetretenen Mitglieder. Die Klage des Vereins ist dahin aufzufassen, daß von vornherein im Namen der zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vorhandenen Mitglieder geklagt wird. Die nach der Klagezustellung neu eintretenden Mitglieder brauchen deshalb der Klage nicht besonders beizutreten. Ebenso ist das Ausscheiden eines Mitgliedes nach der Klagezustellung, da es nur in seiner Eigenschaft als Vereinsmitglied am Rechtsstreit beteiligt war, auf das Klagerecht des Vorstandes ohne Einfluß (vgl. indes RG 78, 105). Im Grundbuch können Rechte des Vereins nicht auf dessen Namen, sondern nur auf den Namen der Mitglieder eingetragen werden, wobei nach § 48 GBO zu vermerken ist, daß ihnen das Recht nur als Mitglieder eines nichtrechtsfähigen Vereins zusteht. Dem Verein als solchen kann ferner weder eine Erbschaft noch ein Vermächtnis zugewendet werden. Möglich ist aber, daß die Zuwendung — in welcher Weise die Verfügung regelmäßig auszulegen ist — den Vereinsmitgliedern, den zeitigen und zukünftigen, oder den Vorstandsmitgliedern mit der Auflage gemacht wird, das Zugewendete (das sie zunächst nur für sich erhalten) dem Vereine zu überlassen und bis dahin die Verfügung durch den Verein sich geradeso gefallen zu lassen, als wenn es Vereinsvermögen wäre (ähnlich RG 19. 12. 12 IV 212/12; ähnlich auch Planck A 3g; für Zulässigkeit eines weitergehenden Vereinserwerbs Staudinger A VII 3a und Josef in Gruch 62, 712). Eine letztwillige Zuwendung, die der Erblasser einem Vereinsmitgliede in der Erwartung macht, daß dieser das Zugewendete dem Vereine übertragen werde, kann nicht etwa wegen Nichtübereinstimmung des Willens mit der Erklärung als ungültig angesehen werden. Zulässig ist es, ein Forderungsrecht für die jeweiligen Mitglieder des Vorstandes, die damit zu Treuhändern bestellt sind, zu begründen (RG LZ 1919, 855[5]). Die für juristische Personen geltenden Erwerbsbeschränkungen (Vorbem 2 vor § 21) greifen bei den nichtrechtsfähigen Vereinen nicht Platz. Eine beschränkte Rechtsfähigkeit ist dem nichtrechtsfähigen Verein insofern beige-

legt, als er als solcher gemäß § 50 Abs 2 ZPO verklagt werden kann (Parteifähigkeit) als demgemäß nach § 735 ZPO Zwangsvollstreckung gegen ihn stattfindet und nach § 213 KO das Konkursverfahren über ihn eröffnet werden kann. Der Verein wird in diesen Beziehungen geradeso behandelt wie ein rechtsfähiger Verein, woraus folgt, daß der Vorstand die ihm sonst nicht gebührende Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat. Als rechtsfähig gilt der Verein auch in dem Verfahren über die gegenüber der Klage von ihm geltend gemachten Rechtsbehelfe (Widerklage, Widerspruchsklage, Kostenerstattungsanspruch usw.), und diese Rechtsfähigkeit muß auch demjenigen zustatten kommen, der Forderungen des Vereins auf Grund eines Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses gegen den Drittschuldner geltend macht (RG 54, 300). Ist der Verein aufgelöst, so geht die Verpflichtung zur eidlichen Offenbarung des Vereinsvermögens, die vorher den Vorstandsmitgliedern oblag, auf die einzelnen Vereinsmitglieder über (SeuffA 67 Nr 64). Als Gesellschaften mit bloß formeller Rechtsfähigkeit, nicht als juristische Personen stellen sich dar die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft (§§ 124, 161 Abs 2 HGB), sowie nach § 22 der preuß. Jagdordnung v. 15. 7. 07 die Jagdgesellschaft von nicht beschränkter Mitgliederzahl hinsichtlich der Rechte und Pflichten aus Pachtung der Jagd. Der nichtrechtsfähige Verein kann Mitglied eines rechtsfähigen Vereins sein und ist in diesem Falle der Verein als solcher dem rechtsfähigen Verein gegenüber zur Leistung der Beiträge usw. verpflichtet (bestr., vgl. Geigel BayZ 1912, 187). Möglich ist es auch, einen Verein einem andern in der Weise anzugliedern, daß seine Organe für gewisse Angelegenheiten in Vertretung des Hauptvereins, in andern Angelegenheiten für den Zweigverein handeln (RG 73, 97). Einer eingetragenen Genossenschaft kann aber der nichtrechtsfähige Verein wegen Verschiedenheit der Haftungsgrundlage nicht beitreten (KGJ 36 A 134). Die Vorschriften der §§ 29, 31, 32 Satz 2 u. 37 (vgl. § 29 A 1, § 31 A 4, § 32 A 2, § 37 A 3) finden auf nichtrechtsfähige Vereine keine Anwendung, wohl aber die dem Gesellschaftsrecht entsprechende Vorschrift des § 33 Abs 1, daß eine Änderung des Zweckes des Vereins die Zustimmung aller Mitglieder erfordert (RG Gruch 51, 1117). Die körperschaftliche Gestaltung des Vereins bringt es mit sich, daß er die Haftung für die in befugter Vertretung des Vereins von seinen Organen angestellten oder für eine Verrichtung angenommenen Personen nicht schon durch den Nachweis ablehnen kann, daß bei Bestellung der Vereinsorgane mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren ist. Es ist weiter nach § 831 der Nachweis nötig, daß das Vereinsorgan bei Auswahl und Beaufsichtigung jener Personen es an der erforderlichen Sorgfalt nicht hat fehlen lassen (vgl. RG JW 1913, 737[7] über Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins für die von dem Vergnügungsausschuß mit Abbrennen des Feuerwerks beauftragten Personen). Eine unbedingte Haftung des nichtrechtsfähigen Vereins für schadenbringende Handlungen seiner Organe ist nicht anzuerkennen. Über Ungültigkeit des Errichtungsvertrags s. § 25 A 2.

2. Was die **Haftung Dritten gegenüber** betrifft, so haben nach den Vorschriften über die Gesellschaft für die durch Rechtsgeschäft des Vorstandes begründeten Verbindlichkeiten die Vereinsmitglieder persönlich als Gesamtschuldner zu haften (§§ 714, 427). Diese Haftung (die bei einem Vereine mit wechselndem Mitgliederbestande den Verhältnissen wenig entspricht) kann aber durch die Satzung auf die Anteile der Mitglieder am Vereinsvermögen beschränkt werden, und diese Beschränkung hat Wirkung gegen Dritte, die bei Abschluß des Geschäfts davon Kenntnis hatten (RG 63, 65). Es darf sogar nach Lage der Sache bei einem solchen Vereine — worüber allerdings in der Rechtslehre sehr verschiedene Auffassungen herrschen — ohne weiteres, ohne daß diese Haftungsbeschränkung mit besondern Worten in der Satzung ausgesprochen zu sein braucht, angenommen werden, daß die Mitglieder (abgesehen von der Haftung des sonstigen Vereinsvermögens, vgl. RG 76, 277) nur zu den zu diesem Vermögen gehörigen satzungsmäßigen Beiträgen, nicht zu einer weitergehenden persönlichen Haftung sich verpflichten wollen, und es darf ebenso davon ausgegangen werden, daß der Dritte, der, wie ihm bekannt, mit einem Vereine abschließt, mit diesem Willen der Vereinsmitglieder rechnet und deshalb auch ohne genauere Kenntnis die Haftungsbeschränkung gegen sich gelten lassen muß (RG 74, 374; JW 07, 136[16]; Warn 1916 Nr 270; 1917 Nr 263 und hinsichtlich eines Ausstellungsvereins JW 1910, 227[2]; vgl. auch 1912, 187[2] und RG 90, 177, wonach für eine Haftungsbeschränkung der Vereinsmitglieder nicht allgemein eine Vermutung spricht). Wegen dieser beschränkten Haftung der Mitglieder ist in § 54 Abs 2 die besondere Vorschrift getroffen, daß, wer im Namen eines nichtrechtsfähigen Vereins Rechtsgeschäfte vornimmt, mag er nun zur Vertretung berechtigt sein oder nicht (OLG 12, 3) und mag der andere Teil den Mangel der Rechtsfähigkeit gekannt haben oder nicht (RG Gruch 46, 848ff.), damit die persönliche Haftung übernimmt. Diese Haftung trifft auch den im Namen des Vorstandes für den Verein handelnden Vertreter (RG 82, 294). Ist die Veranstaltung eines Festes ausschließlich einem Festausschuß übertragen, so sind die Mitglieder dieses Ausschusses die handelnden Personen im Sinne des § 54 Satz 2 (RG Warn 1917 Nr 263). Die Haftung aus § 54 kann vertragsmäßig ausgeschlossen werden. Hierzu genügt aber nicht, daß der Dritte weiß, der Handelnde wolle sich nicht persönlich verpflichten. Auch sonst wird ein stillschweigender

Ausschluß dieser Haftung, um nicht den vom Gesetz erstrebten Schutz des Dritten zu vereiteln, nur aus zwingenden Gründen angenommen werden können (RG 82, 298). Auf Vereinsmitglieder, die mit dem Abschluß sich nur einverstanden erklärt, nicht aber den Vertreter ermächtigt haben, auf ihren persönlichen Kredit das Rechtsgeschäft einzugehen, ist diese Haftung nicht zu erstrecken. Für nichtrechtsfähige Vereine gilt somit in dieser Beziehung ein anderer Grundsatz als für Aktiengesellschaften und G. m. b. H., in deren Namen vor der Eintragung gehandelt ist (vgl. RG 55, 302; 72, 401; JW 09, 231[30]). Mit dem in § 54 Satz 2 gebrauchten Ausdruck „Dritter" ist ein jeder gemeint, der nicht zu den Handelnden gehört, auch das Vereinsmitglied. Über die Geltung des § 54 für Vereine, die vor Inkrafttreten des BGB errichtet sind, s. Vorbem 5 vor § 21.

2. Eingetragene Vereine

§ 55

Die Eintragung[1]) eines Vereins der im § 21 bezeichneten Art in das Vereinsregister hat bei dem Amtsgerichte zu geschehen, in dessen Bezirke der Verein seinen Sitz hat[2]).

E II 49; P 1 498 ff., 504.

1. Die **Eintragungspflicht** kommt bei den nichtwirtschaftlichen Vereinen (vgl. § 21 A 2) in verschiedener Bedeutung vor. Einzutragen sind 1. der Verein (§§ 21, 64 — die Rechtsfähigkeit wird nur durch Eintragung erlangt), 2. eine jede Änderung der Satzung, § 71 — die Wirksamkeit der Änderung ist durch die Eintragung bedingt —, 3. die Vorstandsmitglieder und Liquidatoren, sowie die das Vertretungsrecht beschränkenden Beschlüsse (§§ 64, 67—70, 76; vgl. auch §§ 74, 75). Die Nichteintragung der Änderung hat hier zur Folge, daß sie dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden kann. Die Namen der Mitglieder brauchen nach § 72 nicht eingetragen oder angemeldet zu werden.

2. Wegen des Sitzes des Vereins s. § 57 Abs 1. Wird die Eintragung von einem unzuständigen Amtsgericht vorgenommen, so hat dies nach der allgemeinen Vorschrift des § 7 FGG, die für den besondern Fall des § 55 nicht beseitigt ist, die Ungültigkeit der Eintragung nicht zur Folge (a. A. Staudinger A I). Außer über die Zuständigkeit des Amtsgerichts enthält dieser Abschnitt Vorschriften über das **Verfahren**, die Festsetzung von Ordnungsstrafen, das Recht der Beschwerde und über die Öffentlichkeit des Vereinsregisters (§§ 59, 60, 66, 77—79). Ergänzt werden diese Vorschriften durch die nach § 159 FGG anwendbaren Bestimmungen der §§ 127—130, 142, 143 und (hinsichtlich des Ordnungsstrafverfahrens) der §§ 132—139 dieses Gesetzes. Die nähere Einrichtung des Vereinsregisters ist Landessache. Es gelten hierfür die auf Vereinbarung der Bundesstaaten beruhenden, vom Bundesrat genehmigten und vom Reichskanzler am 12. 11. 98 (RZBl 98 Nr 47) veröffentlichten Bestimmungen, die nebst ergänzenden Vorschriften von den einzelnen Bundesstaaten eingeführt sind.

§ 56

Die Eintragung soll nur erfolgen, wenn die Zahl der Mitglieder mindestens sieben[1]) beträgt

E II 50; P 1 554 ff.

1. Durch diese Bestimmung über die **Mindestzahl der Mitglieder** soll dem vorgebeugt werden, daß Vereine, die ihrer Mitgliederzahl nach nur eine geringe Bedeutung haben, in das Vereinsregister eingetragen werden und Rechtsfähigkeit erlangen. Die Eintragung kann nicht erfolgen, wenn der Verein zwar anfangs die vorgeschriebene Mindestzahl der Mitglieder hatte, diese Mindestzahl aber zur Zeit der Eintragung nicht mehr vorhanden ist. Zur Ermöglichung der Kontrolle ist in § 59 bestimmt, daß die Satzung von mindestens 7 Mitgliedern unterschrieben werden soll. Eine weitere Prüfung steht dem Amtsgericht nicht zu. Doch sind diejenigen Personen nicht mitzuzählen, die nur zum Schein als Mitglieder aufgeführt sind. Stellt sich erst nach der Eintragung heraus, daß in Wirklichkeit zur Zeit der Eintragung die vorgeschriebene Mindestzahl nicht vorhanden war, so hat dieser Mangel, da es sich nur um eine Sollvorschrift handelt, zwar nicht die Ungültigkeit der Eintragung zur Folge, wohl aber hat das Registergericht, wenn es durch falsche Angaben des Vorstandes über die Mitgliederzahl zur Eintragung bestimmt war, von Amts wegen die Eintragung, soweit nicht inzwischen die erforderliche Mitgliederzahl erreicht ist, wieder zu löschen (a. A. anscheinend Planck A 3). Über den Fall der Verminderung der Mitgliederzahl s. § 73.

§ 57

Die Satzung muß[1]) den Zweck[3]), den Namen[2]) und den Sitz[2]) des Vereins enthalten und ergeben, daß der Verein eingetragen werden soll[4]).

Der Name soll sich von den Namen der an demselben Orte oder in derselben Gemeinde bestehenden eingetragenen Vereine deutlich unterscheiden[2]).

E II 51; P 1 555 ff.; 6 117.

1. Der Verein muß, damit er eingetragen werden kann, eine dem Registerrichter einzureichende schriftliche Satzung haben, welche, wenn auch nicht gerade im Text, so doch in der Überschrift oder Unterschrift die in § 57 Abs 1 erforderten Angaben ersehen läßt. Die Gültigkeit der Eintragung des Vereins ist aber ebensowenig wie die Gültigkeit der Errichtung des Vereins durch die Schriftform bedingt (vgl. § 25 A 2). Ist die **Mußvorschrift** des § 57 nicht befolgt, so kann durch die Eintragung ein rechtsfähiger Verein nicht entstehen. Es ist aber nicht ausgeschlossen, daß durch nachträgliche Ergänzung der Satzung und dementsprechende Vervollständigung der Eintragung die Ungültigkeit geheilt wird (vgl. über Ungültigkeit der Eintragung im allgemeinen § 21 A 3). Werden bei Errichtung des Vereins neben der Satzung Vereinbarungen getroffen, die in die Satzung aufzunehmen gewesen wären (vgl. §§ 57, 58), so haben diese dem Verein gegenüber keine Wirksamkeit. Dies gilt auch von Vereinbarungen über die Dauer des Vereins (vgl. § 74 A 1). Eine satzungsgemäße Vereinbarung, daß die Errichtung des Vereins von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängig sein soll (vgl. Warn 1917 Nr 216), hindert die Eintragung des Vereins. Sollte es gleichwohl zur Eintragung gekommen sein, so kann jene Bestimmung nur noch die Kraft einer auflösenden Bedingung haben.

2. Zur unterscheidenden Bezeichnung des Vereins ist nicht bloß die Angabe seines **Namens**, sondern auch seines **Sitzes** nötig, da nach Abs 2 Vereine, die ihren Sitz nicht in derselben, aus einem oder mehreren Orten bestehenden Gemeinde haben — unbeschadet der Vorschrift des § 26 UnlWG vom 7. 6. 09 —, den gleichen Namen führen können. Name und Sitz muß deshalb in das Vereinsregister mit eingetragen werden (§ 64). Wegen der Wahl des Namens sind in § 57 keine besonderen Vorschriften gegeben. Allgemeinen Grundsätzen entspricht es, daß der Registerrichter anstößige oder auf Täuschung berechnete Namen (bestr.) nicht zulassen darf. Dem Namen ist nach § 65 der Zusatz „eingetragener Verein" beizufügen. Wegen dieses Zusatzes unterscheidet sich der Verein bereits genügend von einem nicht eingetragenen Verein. Es genügt deshalb ein Name, der die Gefahr der Verwechslung mit andern eingetragenen Vereinen desselben Ortes ausschließt. Die Unterscheidung muß eine deutliche sein. Namensunterschiede, die dem Leser oder Hörer leicht entgehen können, genügen nicht. Der Verein darf nur einen einzigen Namen haben (RG 85, 399), womit indes eine spätere Änderung des Namens (§ 71) nicht ausgeschlossen ist. Wegen des Namensschutzes s. § 12 A 1.

3. Die Angabe des **Zweckes** ist nötig zur Beurteilung der Eintragungsfähigkeit des Vereins (§§ 21, 22, 61). Der Vereinszweck ist ferner für die Eigenart des Vereins von solcher Bedeutung, daß seine Änderung regelmäßig die Zustimmung aller Mitglieder erfordert (vgl. § 33 A 1). Die Eintragung des Zweckes in das Vereinsregister ist nicht vorgeschrieben.

4. Vgl. § 59 A 1.

§ 58

Die Satzung soll Bestimmungen enthalten[1]):

1. über den Eintritt und Austritt der Mitglieder;

2. darüber, ob und welche Beiträge von den Mitgliedern zu leisten sind;

3. über die Bildung des Vorstandes;

4. über die Voraussetzungen, unter denen die Mitgliederversammlung zu berufen ist, über die Form der Berufung und über die Beurkundung der Beschlüsse.

E II 52; P 1 556 ff.

1. Die Satzung soll über die **Verfassung des Vereins**, was Erwerb und Verlust der Mitgliedschaft, Bildung des Vorstandes, Berufung der Mitgliederversammlung und Beurkundung der von ihr gefaßten Beschlüsse betrifft, sich aussprechen. Sie hat nicht bloß Bestimmungen über den freiwilligen Austritt, sondern auch über die Ausschließung eines Mitglieds zu enthalten (RG 73, 193). Die Satzung soll ferner bestimmen, inwieweit die Mitglieder zu Beiträgen herangezogen werden können, worunter nicht bloß Geldleistungen, sondern auch sonstige Leistungen für den Vereinszweck und etwaige Vertragsstrafen zu verstehen

sind. Eine Beitragspflicht kann auch ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung aus dem Zwecke des Vereins sich ergeben. Nicht nötig ist, daß die Höhe der Beiträge in der Satzung beziffert wird. Die Bemessung des Beitrags kann in der Satzung der Mitgliederversammlung, dem Vorstande oder einem andern Vereinsgliede überlassen werden. Die Nichtbeachtung des § 58 verpflichtet den Richter zur Ablehnung der Eintragung, zieht aber die Ungültigkeit der einmal geschehenen Eintragung nicht nach sich. Enthält die Satzung keine Bestimmungen, so greifen die allgemeinen Grundsätze der §§ 26, 27, 32, 36, 37 u. 39, insbesondere die in § 39 A 2 dargestellten Grundsätze über die Ausschließung Platz. Die Befugnis zur Aufnahme oder Ausschließung von Mitgliedern wird im Zweifel, da es sich um eine grundlegende Änderung handelt, der Mitgliederversammlung, nicht dem Vorstande zugestanden werden müssen (a. A. Staudinger A II 1). Werden über die in § 58 bezeichneten Gegenstände erst nachträglich Bestimmungen getroffen, so muß der von der Mitgliederversammlung zu fassende Beschluß den Erfordernissen eines Satzungsbeschlusses entsprechen.

§ 59

Der Vorstand hat den Verein zur Eintragung anzumelden[1]).

Der Anmeldung sind beizufügen:

1. die Satzung in Urschrift und Abschrift[2]);

2. eine Abschrift der Urkunden über die Bestellung des Vorstandes[3]).

Die Satzung soll von mindestens sieben Mitgliedern unterzeichnet sein und die Angabe des Tages der Errichtung enthalten[4]).

E II 53; P 1 557 ff.; 6 382.

1. Die **Eintragung** kann nur **auf Anmeldung des Vorstandes** erfolgen. Er ist zu dieser Handlung schon vor Entstehung des rechtsfähigen Vereins befugt (vgl. § 21 A 1) und würde sich bei Unterlassung des Antrags regelmäßig gegenüber den Mitgliedern der bereits bestehenden Vereinigung verantwortlich machen. Zur Eintragung ist weiter erforderlich, daß der Antrag in Übereinstimmung mit der Satzung steht. Aus der Satzung muß nach § 57 hervorgehen, daß der Verein eingetragen werden soll. Fehlt es an diesen Erfordernissen, so ist die Eintragung ungültig (a. A. v. Tuhr S. 490, ferner Planck A 1, der die Eintragung für gültig hält, wenn der Wille der Mitglieder auf Eintragung gerichtet war). Ohne Einfluß auf die Gültigkeit ist es dagegen, ob die in § 77 bestimmte Form der Anmeldung gewahrt ist. Die dem Vorstand obliegende Anmeldung ist von sämtlichen Vorstandsmitgliedern zu bewirken, wobei eine Vertretung durch Bevollmächtigte, die durch öffentlich beglaubigte Vollmacht sich auszuweisen haben, nicht ausgeschlossen ist. Der Registerrichter kann jedoch, um sich die Sicherheit zu verschaffen, daß die Erklärung dem Willen des Vollmachtgebers entspricht, je nach Lage des Falles eine Spezialvollmacht fordern oder das persönliche Erscheinen des Vollmachtgebers verlangen (vgl. RJA 8, 130). Durch die Satzung kann nicht bestimmt werden, daß Anmeldungen zum Vereinsregister nur der Unterschrift eines Teiles der Vorstandsmitglieder bedürfen sollen (RJA 9, 47). Die Anmeldenden sind nicht nur gegenüber dem Verein, sondern, da sie eine Erklärung der Öffentlichkeit gegenüber abgeben, auch Dritten gegenüber (a. A. Planck A 1b) für die Richtigkeit der Anmeldung verantwortlich. Ist die Anmeldung nicht von sämtlichen Vorstandsmitgliedern ausgegangen, so können die Fehlenden die Anmeldung nachholen.

2. Die **Satzung** kann als Unterlage der Eintragung nur dienen, wenn sie schriftlich abgefaßt ist (vgl. § 57 A 1). Die Einreichung zweier Exemplare, der Urschrift und einer Abschrift, ist zu dem in § 66 Abs 2 bezeichneten Zwecke vorgeschrieben. Die Eintragung der Satzungsbestimmungen findet nur in dem durch § 64 bestimmten Umfange statt. Die Nichtbeachtung der Vorschrift des Abs 2 hat die Ungültigkeit der Eintragung nicht zur Folge. — Sind besondere Bestimmungen in eine **Nebensatzung** aufgenommen, so muß auch diese dem Registerrichter eingereicht werden, widrigenfalls die Bestimmungen für das Rechtsverhältnis des Vereins keine Wirksamkeit gewinnen können. Die Einreichung kann nachgeholt werden, wozu der Vorstand von sich aus verpflichtet ist.

3. In eine Prüfung, ob der **Vorstand gehörig bestellt** ist, braucht regelmäßig der Registerrichter nur insofern einzutreten, als er etwaige Mängel, die aus der einzureichenden Abschrift der Bestellungsurkunde sich ergeben, zu berücksichtigen hat (vgl. KGJ 41 A 157). Eine weitergehende Prüfung kann angezeigt sein, wenn Bedenken gegen die materielle Richtigkeit des Anmeldungsinhalts gegeben sind (RJA 14, 298). Entsteht Streit über die Gültigkeit der Bestellung, so ist hierüber auf die von den Beteiligten anzustellende Klage (vgl. § 32 A 5) im Prozeßwege zu entscheiden. Die Klage ist nicht gegen das einzelne Vorstandsmitglied, sondern gegen den gesamten Vorstand zu richten.

4. Zu dem dem Registerrichter zu führenden **Nachweise der Errichtung des Vereins** genügt es, daß die Sitzung von mindestens 7 Mitgliedern (der in § 56 bestimmten Mindestzahl der Mitglieder) unterzeichnet und der Tag der Errichtung angegeben ist. Darüber, ob es zu einer vorschriftsmäßigen Errichtung gekommen ist, hat bei Vorhandensein von Zweifeln der Registerrichter Ermittlungen anzustellen (§ 12 FGG). Sobald einmal die Eintragung stattgefunden hat, kann hierüber nur im Prozeßwege, auf Klage des Beteiligten gegen den Vorstand, entschieden werden. Die Entscheidung hat an sich zwar nur Bedeutung für die Parteien. Doch kann der Registerrichter hieraus Anlaß nehmen, die Eintragung von Amts wegen zu löschen (§§ 159, 142, 143; vgl. auch § 127 FGG).

§ 60

Die Anmeldung ist, wenn den Erfordernissen der §§ 56 bis 59 nicht genügt ist, von dem Amtsgericht unter Angabe der Gründe zurückzuweisen[1]).

Gegen einen zurückweisenden Beschluß findet die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung statt[2]).

E II 53; P 1 558 ff.; 6 117.

1. Die **Zurückweisung der Anmeldung** ist auch dann geboten, wenn der Verein nicht eintragungsfähig ist, weil er die Rechtsfähigkeit nur durch Verleihung (§ 21, vgl. auch § 22 A 2) oder nur durch Gesetz erlangen kann (s. betreffs der Religionsgesellschaften und geistlichen Gesellschaften Art 84 EG u. § 61 A 3). Ebenso wenn der Errichtungsvertrag ganz oder teilweise ungültig ist. Dies ist der Fall, wenn der Zweck des Vereins gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138) oder wenn sich in der Satzung Bestimmungen finden, die nach den zwingenden Vorschriften der §§ 26 ff. unzulässig sind. Für die Frage, ob der Verein unerlaubt ist, kommt auch das öffentliche Vereinsrecht (vgl. § 61 A 2) in Betracht (a. A. Hölder A 1). Durch die Eintragung wird in diesen Fällen die Ungültigkeit nicht beseitigt und die Rechtsfähigkeit — abgesehen von dem Falle unrichtiger Beurteilung, ob der Verein als ein nichtwirtschaftlicher anzusehen ist (§ 21 A 3) — nicht beschafft. Die Eintragung kann gemäß §§ 142, 143 FGG von Amts wegen gelöscht werden. Sind nur einzelne in der Satzung getroffene Bestimmungen nichtig, so wird hierdurch trotz grundsätzlicher Anwendbarkeit des § 139 die Nichtigkeit der ganzen Satzung regelmäßig nicht herbeigeführt, da nach den für die Vereine bestehenden besondern Verhältnissen eine solche weitgehende Wirkung der Ungültigkeit dem Willen der den Verein errichtenden Mitglieder nicht entsprechen wird. Die Eintragung des Vereins bleibt mithin wirksam. Durch die Zulässigkeit der Löschung von Amts wegen ist eine Klage des Mitglieds auf Erklärung der Nichtigkeit des Vereins nicht ausgeschlossen. Das Urteil hat aber nur eine auf die Parteien beschränkte Wirkung (vgl. § 59 A 4).

2. Das Recht der **Beschwerde** ist abweichend von den für Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegebenen Vorschriften geordnet. Für das Verfahren gelten die Vorschriften der ZPO, und zwar auch dann, wenn die Zurückweisung aus einem andern als dem in § 60 Abs 1 angeführten Grunde erfolgt (**RG** 47, 386; 84, 158; JW 03 Beil 113[248]). Weitere Beschwerde ist hiernach nur bei Vorhandensein eines neuen selbständigen Beschwerdegrundes statthaft (§ 568 ZPO). Grundsätzlich handelt es sich aber bei der Eintragung in das Vereinsregister um eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und es folgt hieraus, daß die Zuständigkeit des über die weitere Beschwerde entscheidenden Gerichts sich nach §§ 28 Abs 2, 199 FGG (Zuständigkeit des Kammergerichts für Preußen) bestimmt (**RG** 84, 158; KGJ 39 A 144). Gegen die erfolgte Eintragung im Vereinsregister findet eine Beschwerde nicht statt (RJA 13, 119).

§ 61

Wird die Anmeldung zugelassen, so hat das Amtsgericht sie der zuständigen Verwaltungsbehörde mitzuteilen[1]).

Die Verwaltungsbehörde kann gegen die Eintragung Einspruch erheben, wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt ist oder verboten werden kann[2]) oder wenn er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck verfolgt[3]).

E II 54, 55 Abs 1; P 1 558 ff.

1. Bei der Entscheidung über die Eintragung hat die **Verwaltungsbehörde** insofern mitzuwirken, als nur ihr die Entscheidung zusteht, ob der Verein, der einen politischen, sozial-

politischen oder religiösen Zweck verfolgt, zur Eintragung zuzulassen ist. Diese Mitwirkung findet in der Form statt, daß die Verwaltungsbehörde, der das Gericht die von ihm zugelassene Anmeldung unter Beifügung der Satzung (§ 59) mitzuteilen hat, Einspruch erheben kann (vgl. über die in Preußen zuständigen Behörden Erl v. 19. 12. 99 u. 14. 11. 10). Der Einspruch kann auch darauf gegründet werden, daß der Verein nach öffentlichem Vereinsrecht unerlaubt ist. Aus diesem Grunde hat das Gericht, auch ohne daß Einspruch eingelegt wird, die Eintragung von Amts wegen zu versagen (vgl. § 60 A 1). Die Zuständigkeit der Verwaltungsbehörde bestimmt sich nach Landesrecht.

2. Das öffentliche Vereinsrecht ist in der Hauptsache durch RGes. v. 19. 4. 08, ergänzt durch Ges. v. 26. 6. 16 und 19. 4. 17, einheitlich geregelt. Nach § 2 dieses Ges. sind **unerlaubt** nur solche Vereine, mögen sie politische oder nichtpolitische sein, deren Zwecke den Strafgesetzen zuwiderlaufen, wofür es weniger auf die Bestimmungen in der Satzung als auf das tatsächliche Verhalten des Vereins ankommt. Solche Vereine können polizeilich aufgelöst werden. Im übrigen können Vereine wegen ihres politischen Charakters nicht verboten werden. Landesrechtlich konnten Vereine nach § 24 RVerG insofern beschränkt werden, als es sich um kirchliche oder religiöse Vereine, um Vereine in Zeiten der Kriegsgefahr, um Vereinigungen ländlicher Arbeiter oder Dienstboten zur Einstellung oder Verhinderung der Arbeit handelt. Diese Beschränkungen sind jetzt durch Art 124 RV — abgesehen davon, daß das Grundrecht des Art 124 zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach Art 48 vorübergehend außer Kraft gesetzt werden kann — beseitigt. Weitere Bestimmungen des öffentlichen Vereinsrechts finden sich in § 49 des RMilG v. 2. 5. 74 (Verbot der Teilnahme der zum aktiven Heer gehörigen Militärpersonen an politischen Vereinen). Über die Ungültigkeit der Eintragung eines unerlaubten Vereins s. § 60 A 1.

3. Die Vorschrift des § 61 Abs 2, daß die Verwaltungsbehörde Einspruch erheben kann, wenn der Verein einen **politischen, sozialpolitischen** oder **religiösen Zweck** verfolgt, ist aufgehoben durch Art 124 Abs 2 RV, wonach einem Vereine wegen Verfolgung eines derartigen Zwecks der Erwerb der Rechtsfähigkeit nicht versagt werden darf. Es bedarf deshalb nicht der genaueren Darlegung, in welchen Fällen der Verein als ein politischer (vgl. § 3 RVerG v. 19. 4. 08), als ein sozialpolitischer oder religiöser anzusehen ist. Das Vorhandensein eines politischen Vereins wurde angenommen, wenn er eine Einwirkung auf die Tätigkeit des Staates, auf die Gesetzgebung oder die Handhabung der Verwaltung erstrebte, nicht bloß zum Zwecke des Studiums oder der Belehrung oder zum Zwecke der technischen oder juristisch-technischen Fortbildung des Rechtes sich mit staatlichen Angelegenheiten befaßte. Vereine von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern galten übrigens nach dem Ges. v. 26. 6. 16 nicht schon als politische Vereine wegen der in den Grenzen ihrer wirtschaftlichen Berufsinteressen erstrebten Einwirkung auf Angelegenheiten der Wirtschaftspolitik oder Sozialpolitik. Eine Unterart des politischen Vereins bilden Vereine mit sozialpolitischem Zweck. Zu den religiösen Vereinen im Sinne des § 61 wurden im weitesten Umfange alle Vereine gerechnet, welche die Förderung des inneren oder äußeren religiösen Lebens sich zur Aufgabe gemacht hatten. Durch den Erwerb der Rechtsfähigkeit erlangen übrigens die Religionsgesellschaften nach Art 137 RV nicht zugleich die Rechte einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, die vielmehr besonders verliehen werden müssen. Anspruch hierauf hat die rechtsfähige Religionsgesellschaft, wenn sie durch ihre Verfassung und die Zahl ihrer Mitglieder die Gewähr der Dauer bietet.

§ 62

Erhebt die Verwaltungsbehörde Einspruch[1]), so hat das Amtsgericht den Einspruch dem Vorstande mitzuteilen.

Der Einspruch kann im Wege des Verwaltungsstreitverfahrens[2]) oder, wo ein solches nicht besteht, im Wege des Rekurses[3]) nach Maßgabe der §§ 20, 21 der Gewerbeordnung angefochten werden.

E II 55 Abs 2, 3; P 1 558 ff., 564 ff.; 6 144.

1. Über Einlegung des **Einspruchs** s. § 61 A 1. Die Gründe des Einspruchs brauchen — entgegen der Regel des § 60 A 1 — dem Amtsgericht und damit auch dem Verein nicht mitgeteilt zu werden.

2. Der Verein hat das Recht, den **Einspruch anzufechten,** für welches Verfahren er als parteifähig anzusehen ist (bestr.). Wird indes der Verein mit der Klage abgewiesen und damit festgestellt, daß er die Rechtsfähigkeit nicht erlangen kann, so haften die Mitglieder, für deren Rechnung der Rechtsstreit geht, persönlich für die Kosten. § 62 gestattet zu diesem Zweck die Benutzung des **Verwaltungsstreitverfahrens,** in welchem nur die Ge-

setzmäßigkeit, nicht die Angemessenheit des Einspruchs nachzuprüfen ist. Auf die im Einspruch angeführten Gründe ist die Nachprüfung nicht beschränkt. Welches Verwaltungsgericht zuständig ist, in welcher Frist und Form die Anfechtung zu erklären ist, bestimmt das Landesrecht. Nicht ausgeschlossen ist eine landesrechtliche Anordnung, daß dem Verwaltungsstreitverfahren ein Beschwerdeverfahren vorherzugehen hat.

3. Über den **Rekurs** s. § 44 A 2.

§ 63

Die Eintragung darf, sofern nicht die Verwaltungsbehörde dem Amtsgerichte mitteilt, daß Einspruch nicht erhoben werde, erst erfolgen, wenn seit der Mitteilung der Anmeldung an die Verwaltungsbehörde sechs Wochen verstrichen sind[1]) und Einspruch nicht erhoben oder wenn der erhobene Einspruch endgültig aufgehoben ist.

E II 56 Abs 1; P 1 560, 565 ff.

1. Die Eintragung darf mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Einspruchs frühestens **nach Ablauf von sechs Wochen** seit Mitteilung der Anmeldung an die Verwaltungsbehörde (§ 61 Abs 1) erfolgen. Der Einspruch aber ist auch nach Ablauf dieser Frist noch zulässig, solange nicht die Eintragung vorgenommen ist. Ist die Eintragung vor Ablauf der Frist erfolgt, so hat das Gericht das Versehen dadurch wieder gutzumachen, daß es, sofern nicht die Möglichkeit des Einspruchs inzwischen fortgefallen ist, die Eintragung von Amts wegen löscht (§§ 159, 142, 143 FGG). Bis zur Löschung wird dann allerdings der eingetragene Verein, da die Nichteinhaltung der Frist keine nach außen hin wirkende Ungültigkeit erzeugt, als rechtsfähig anerkannt werden müssen (bestr.).

§ 64

Bei der Eintragung[1]) sind der Name und der Sitz des Vereins, der Tag der Errichtung der Satzung sowie die Mitglieder des Vorstandes im Vereinsregister anzugeben. Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder die Beschlußfassung des Vorstandes abweichend von der Vorschrift des § 28 Abs 1 regeln, sind gleichfalls einzutragen.

E II 56 Abs 2; P 1 560, 565 ff.

1. Die Rechtsfähigkeit des Vereins ist dadurch bedingt, daß er in das Vereinsregister **eingetragen** wird, und zwar muß der Verein hierbei so bezeichnet sein, daß er von andern unterschieden werden kann. Meist wird hierzu außer der Angabe des Namens auch die Angabe des Sitzes nötig sein. Die weiteren über den Inhalt der Eintragung in § 64 gegebenen Vorschriften haben nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften. Über die Eintragung der Vorstandsmitglieder und der die Vertretung regelnden Bestimmungen s. § 67 A 1. Durch § 71 ist auch die Eintragung einer jeden Änderung der Satzung vorgeschrieben. Sonstige Eintragungen sind unzulässig (RG 85, 141). Die Satzungsurkunde ist als Anlage des Vereinsregisters bei den Vereinsakten aufzubewahren (§ 66 Abs 2).

§ 65

Mit der Eintragung erhält der Name des Vereins den Zusatz „eingetragener Verein"[1])[2]).

E II 58 Abs 1; P 1 566 ff.

1. Die Rechtsfähigkeit ist an die Eintragung, nicht an die Aushändigung der mit der Bescheinigung der Eintragung versehenen Urschrift der Satzung (§ 66 Abs 2) geknüpft. Die Führung des Zusatzes **„eingetragener Verein"** ist nicht bloß ein Recht, sondern auch eine Pflicht des Vereins, deren mißbräuchliche Unterlassung Schadensersatzansprüche aus § 826 nach sich ziehen kann (a. A. anscheinend Oertmann A 2, der nur das Vorhandensein einer öffentlich-rechtlichen Pflicht anerkennt). Für den Rechtsverkehr mit Dritten ist es gleichgültig, unter welcher Bezeichnung der Verein auftritt, wenn nur der Dritte weiß, mit welchem Verein er es zu tun hat. Wegen Unkenntnis der Rechtsfähigkeit des Vereins wird eine Anfechtung des Rechtsgeschäfts nur unter ganz besondern Umständen im Falle arglistiger Täuschung möglich sein. Über die Umwandlung des Vereins in einen rechtsfähigen s. § 21 A 1.

2. Ist **unrichtig** ein Verein in das Vereinsregister eingetragen, dessen Zweck nach der Satzung auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, so ist nach § 159 FGG die

Löschung in dem durch §§ 142, 143 dieses Ges. geordneten Verfahren von Amts wegen zu bewirken. Wird satzungswidrig von dem eingetragenen Verein ein wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb verfolgt, so kommt § 43 Abs 2 zur Anwendung. Über die Frage, inwieweit der Eintragung rechtsgestaltende Wirkung zukommt, s. § 21 A 3.

§ 66

Das Amtsgericht hat die Eintragung durch das für seine Bekanntmachungen bestimmte Blatt zu veröffentlichen[1]).

Die Urschrift der Satzung ist mit der Bescheinigung der Eintragung zu versehen und zurückzugeben. Die Abschrift wird von dem Amtsgerichte beglaubigt und mit den übrigen Schriftstücken aufbewahrt[2]).

E II 57 Abs 2; P 1 567.

1. Die **Veröffentlichung** der Eintragung (vgl. § 64 A 1) ist durch Ordnungsvorschrift angeordnet, deren Nichtbefolgung jedoch, da sie zum Schutze Dritter gegeben ist, nach § 839 schadensersatzpflichtig macht. Die Nichtveröffentlichung kann dafür, ob der Dritte als gutgläubig anzusehen ist (vgl. § 68), von Bedeutung sein.

2. Die mit der Bescheinigung der Eintragung versehene **Urschrift der Satzung** erhält der Verein zurück, um einen Ausweis über seine Rechtsfähigkeit in Händen zu haben. Dem Verein ist es unbenommen, auch eine beglaubigte Abschrift der Eintragung sich erteilen zu lassen. Die von dem Amtsgericht zu beglaubigende Abschrift der Satzung bleibt als Beleg bei den Vereinsakten (§ 15 der AVf des PrJM v. 6. 11. 99, vgl. § 55 A 2) zurück, zu denen auch die sonstigen als Beleg einzureichenden Urkunden (§§ 59 Abs 2, 71 Abs 1, 76 Abs 2) zu nehmen sind.

§ 67

Jede Änderung des Vorstandes sowie die erneute Bestellung eines Vorstandsmitglieds ist von dem Vorstande zur Eintragung anzumelden[1]). Der Anmeldung ist eine Abschrift der Urkunde über die Änderung oder die erneute Bestellung beizufügen[2]).

Die Eintragung gerichtlich bestellter Vorstandsmitglieder erfolgt von Amts wegen[3]).

E II 59; P 1 568 ff.

1. Die **Anmeldung der Vorstandsmitglieder,** und zwar sowohl der ursprünglich (§ 64) als der später bestellten — nicht auch der in § 30 erwähnten besonderen Vertreter — ist vorgeschrieben, weil alle diejenigen, welche mit dem Verein in Verbindung treten wollen, ein großes Interesse haben, die Namen der Vertreter zu erfahren. Die Anmeldung des Vorstandsmitgliedes ist nötig, auch wenn das frühere Vorstandsmitglied nicht eingetragen gewesen sein sollte. Auch die Eintragung der erneuten Bestellung eines Vorstandsmitgliedes ist erforderlich, falls bei der früheren Eintragung die Beschränkung der Bestellung auf die damalige Amtsdauer mit angegeben war (vgl. Planck A 1). Auf die Eintragung dürfen sich allerdings Dritte, einschließlich der Mitglieder, die in rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Verein treten — abgesehen von § 69 —, nicht unbedingt verlassen. Nur insofern sind sie nach § 68 geschützt, als eine nicht eingetragene Änderung ihnen gegenüber, ihre Gutgläubigkeit vorausgesetzt, keine Wirkung hat. Es gilt auch nicht der Rechtssatz, daß der Dritte die stattgehabte Eintragung als bekannt gegen sich gelten lassen muß. Es kommt vielmehr hier darauf an, ob dem Dritten trotz der Eintragung und etwaigen Veröffentlichung die Eintragung nach Lage der Sache ohne sein Verschulden unbekannt bleiben konnte. Von dem Dritten ist nicht zu verlangen, daß er in allen Fällen unmittelbar vor Vornahme des Rechtsgeschäfts sich über die Person und die Befugnisse der Vorstandsmitglieder durch Einsicht des Vereinsregisters unterrichtet. Der Eintragung in das Vereinsregister kommt somit die gleiche Bedeutung zu wie der Eintragung in das Handelsregister (§ 15 Abs 1 u. 2 HGB, ebenso § 29 GenG). Ausgedehnt sind diese Vorschriften durch § 70 auf Bestimmungen, welche die Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder an das Zustandekommen des Vorstandsbeschlusses bei einem aus mehreren Mitgliedern bestehenden Vorstande weitergehende als die in §§ 28, 32, 34 bestimmten Anforderungen stellen. Zu beachten ist hierbei, daß diejenigen Beschlüsse, welche eine Änderung der Satzung enthalten, nach § 71 Wirksamkeit erst durch die Eintragung gewinnen, so daß es hier des Schutzes des gutgläubigen Dritten überhaupt nicht bedarf. Geschützt ist in allen diesen Fällen nur der

rechtsgeschäftliche Verkehr, wobei Rechtshandlungen den Rechtsgeschäften gleichzustellen sind. Die Verpflichtung zur Anmeldung ist den Vorstandsmitgliedern als eine von ihnen persönlich zu erfüllende Pflicht auferlegt, deren Verletzung sie selbst, nicht den Verein haftbar macht. — Die Eintragung eines Urteils, durch welches ein Beschluß der Mitgliederversammlung für ungültig erklärt ist (vgl. § 59 A 3 u. 4) findet nicht statt. Das Urteil kann aber dazu Anlaß geben, daß ein Antrag auf Löschung gestellt werden muß.

2. Über das **Anmeldungsverfahren** s. § 59 A 1 u. 4. Ist aus der Urkunde ersichtlich, daß die Bestellung vorschriftswidrig ist, daß z. B. die satzungsmäßige Ladungsfrist nicht eingehalten ist, so ist die Eintragung abzulehnen. Die Einreichung der die gehörige Ladung nachweisenden Urkunden kann der Registerrichter ohne besondern Grund nicht verlangen. Die Eintragung der Änderung des Vorstandes ist von dem Vorstande in seiner neuen Zusammensetzung zu beantragen.

3. Die gerichtliche Bestellung von Vorstandsmitgliedern ist vorgesehen in § 29. Die **Eintragung** ist auch in andern Fällen, in denen der einzutragende Rechtsakt unter Mitwirkung des Gerichts stattgefunden hat, **von Amts wegen** herbeizuführen (vgl. §§ 74 Abs 3, 75, 76 Abs 3). Da die Verrichtungen aus § 29 und die Verrichtungen des Registerrichters nach der Geschäftsverteilung wohl ausnahmslos in der Hand desselben Richters sich befinden werden, bedarf es im Falle des § 29 zur Herbeiführung der Eintragung nicht erst einer dem Registerrichter zu machenden Anzeige.

§ 68

Wird zwischen den bisherigen Mitgliedern des Vorstandes und einem Dritten ein Rechtsgeschäft vorgenommen, so kann die Änderung des Vorstandes dem Dritten nur entgegengesetzt werden, wenn sie zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts im Vereinsregister eingetragen oder dem Dritten bekannt ist. Ist die Änderung eingetragen, so braucht der Dritte sie nicht gegen sich gelten zu lassen, wenn er sie nicht kennt, seine Unkenntnis auch nicht auf Fahrlässigkeit beruht[1]).

E II 60 Abs 1; P 1 569.

1. S. § 67 A 1.

§ 69

Der Nachweis, daß der Vorstand aus den im Register eingetragenen Personen besteht, wird Behörden gegenüber durch ein Zeugnis[1]) des Amtsgerichts über die Eintragung geführt.

E II 60 Abs 2; P 1 569.

1. Ohne diese Vorschrift würde die Behörde genötigt sein, sich die gehörige Bestellung der Vorstandsmitglieder durch Vorlegung der Urschrift der hierüber aufgenommenen Verhandlung — obschon § 67 nur die Einreichung einer Abschrift fordert — und durch Vorlegung sonstiger Urkunden nachweisen zu lassen. Dieser Nachweis wird durch das **Eintragungszeugnis** ersetzt. Auf die Richtigkeit der Eintragung dürfen die Behörden übrigens auch dann sich verlassen, wenn das in § 69 vorgesehene Zeugnis nicht erteilt ist. Privatpersonen haben dagegen, soweit nicht die §§ 67, 68, 71 ihnen zustatten kommen, die Berechtigung selbständig zu prüfen. Das Eintragungszeugnis ist für sie insofern von Wert, als sie bei Vorlegung des Zeugnisses gegen den Vorwurf einer fahrlässigen Unkenntnis der Eintragung (§ 68) gesichert sind. Mit dem Eintragungszeugnis wird übrigens auch die Behörde sich nicht begnügen dürfen, wenn dringende Bedenken gegen seine Richtigkeit zu erheben sind. Der § 69 hat immer nur die Bedeutung einer Beweisvorschrift, welche die Führung des Gegenbeweises nicht ausschließt, nicht eine materiellrechtliche Bedeutung.

§ 70

Die Vorschriften des § 68 gelten auch für Bestimmungen, die den Umfang der Vertretungsmacht des Vorstandes beschränken oder die Beschlußfassung des Vorstandes abweichend von der Vorschrift des § 28 Abs 1 regeln[1]).

E II 60 Abs 3; P 1 569.

1. S. § 67 A 1.

§ 71

Änderungen der Satzung bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Vereinsregister[1]). Die Änderung ist von dem Vorstande zur Eintragung anzumelden[2]). Der Anmeldung ist der die Änderung enthaltende Beschluß in Urschrift und Abschrift beizufügen.

Die Vorschriften der §§ 60 bis 64 und des § 66 Abs 2 finden entsprechende Anwendung.

E II 61; P 1 569 ff.

1. Eine jede **Änderung der Satzung,** die offensichtlich nicht bloß eine reine Fassungsänderung ist, **muß eingetragen werden,** widrigenfalls sie in jeder Beziehung sowohl für das Rechtsverhältnis nach innen wie nach außen, der Wirksamkeit entbehrt. Ist die Eintragung erfolgt, so erlangt die Satzungsänderung — unbeschadet der Vorschriften über den Schutz des redlichen Dritten (vgl. § 68) — schon von der Zeit an Wirksamkeit, wo sie beschlossen ist. Zur Satzung gehören nicht bloß die Bestimmungen der als Satzung bezeichneten Urkunde, sondern alle die Verfassung des Vereins betreffenden Bestimmungen, auch wenn die Urkunde hierüber nicht, wie es nach Vorschrift des § 59 hätte geschehen sollen, bei Anmeldung des Vereins eingereicht worden ist (vgl. § 25 A 2). Die Eintragung geschieht nach Maßgabe der von dem Bundesrat genehmigten Bestimmungen über die Führung des Vereinsregisters (§ 12 der AVf des PrJM v. 6. 11. 99, vgl. § 55 A 2) in der Weise, daß, sofern nicht die Änderung die in §§ 64, 67 Abs 1 und 76 Abs 1 bezeichneten Bestimmungen betrifft, eine kurze Bezeichnung des Gegenstandes genügt, was mit § 71 nicht im Widerspruch steht (a. A. Staudinger A 5). Der nähere Inhalt ist aus dem bei den Vereinsakten befindlichen Beschlusse zu ersehen. Einzutragen ist auch der Tag des die Satzung ändernden Beschlusses.

2. Das **Anmeldungsverfahren** bestimmt sich nach den für die Anmeldung der Errichtung des Vereins gegebenen Vorschriften (§§ 60—64, 66 Abs 2, vgl. auch § 59). Der der Anmeldung in Urschrift beizufügende Beschluß ist der nach Vorschrift des § 58 Nr 4 beurkundete Beschluß. Nicht erforderlich ist, daß der Beschluß selbst von dem Vorstande unterzeichnet ist. Hatte der Verein bereits nach der bisherigen Satzung die Verfolgung politischer, sozialpolitischer oder religiöser Zwecke sich zur Aufgabe gemacht, so kann auf Grund des § 61 Abs 2 nicht jede Satzungsänderung von der Verwaltungsbehörde durch Einlegung des Einspruchs beanstandet werden, sondern nur eine solche, welche dem Vereine, wenn auch sein Charakter als Idealverein unverändert bleibt, einen andersartigen politischen usw. Zweck gibt (bestr. — vgl. § 43 A 3). Das Beschwerderecht bestimmt sich nach § 60 Abs 2. Das Recht der Verwaltungsbehörde, die Satzungsänderung wegen des von dem Vereine verfolgten politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweckes zu beanstanden, ist jetzt durch Art 124 Abs 2 RV in Wegfall gekommen. Soll der Zweck des Vereins in einen wirtschaftlichen umgeändert werden, so kann in der Weise verfahren werden, daß die nach § 22 erforderliche Verleihung von der Verwaltungsbehörde im voraus erteilt wird, so daß der Verein als ein rechtsfähiger trotz der Löschung im Vereinsregister bestehen bleibt (abw. Planck A 3). Die Veröffentlichung der Satzungsänderung (vgl. § 66 Abs 1) ist nicht vorgeschrieben.

§ 72

Der Vorstand hat dem Amtsgericht auf dessen Verlangen jederzeit eine von ihm vollzogene Bescheinigung über die Zahl der Vereinsmitglieder einzureichen[1]).

1. Durch § 22 des RVerG v. 19. 4. 08, dessen § 3 die politischen Vereine zur Einreichung eines Mitgliederverzeichnisses nicht mehr verpflichtet, ist dementsprechend die ursprüngliche Fassung des § 72, wonach die Einreichung eines Verzeichnisses der Vereinsmitglieder gefordert werden konnte, dahin geändert worden, daß nur die Einreichung einer **Bescheinigung** über die Zahl der Mitglieder (vgl. § 73) verlangt werden kann (RGBl 08, 156).

§ 73

Sinkt die Zahl der Vereinsmitglieder unter drei herab[1]), so hat das Amtsgericht auf Antrag des Vorstandes und, wenn der Antrag nicht binnen drei Monaten gestellt wird, von Amts wegen nach Anhörung des Vorstandes

dem Vereine die Rechtsfähigkeit zu entziehen. Der Beschluß ist dem Vereine zuzustellen. Gegen den Beschluß findet die sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung statt.

Der Verein verliert die Rechtsfähigkeit mit der Rechtskraft des Beschlusses.

E II 63; P 1 570, 571.

1. Eine jede Verminderung der in § 56 zur Vereinserrichtung vorgeschriebenen Mindestzahl von 7 Mitgliedern hat den Verlust der Rechtsfähigkeit noch nicht zur Folge, da sonst ein von 7 Mitgliedern errichteter Verein jeden Augenblick Gefahr laufen würde, die Rechtsfähigkeit wieder einzubüßen. Mit der Entziehung der Rechtsfähigkeit kann erst vorgegangen werden, wenn **weniger als 3 Mitglieder** vorhanden sind. Auch hat das Amtsgericht, falls nicht die Auflösung von dem Vorstande beantragt wird, eine Frist von 3 Monaten abzuwarten, um dem Vereine Zeit zu lassen, die Zahl wieder auf mindestens 3 Mitglieder zu erhöhen, und hat erst dann, und zwar nach Anhörung des Vorstandes die Entziehung der Rechtsfähigkeit auszusprechen, falls auch in diesem Zeitpunkt die Mindestzahl nicht erreicht ist. Ist der dem Vorstande — der für dieses amtliche Verfahren nötigenfalls unter entsprechender Anwendung von § 29 von Amts wegen zu bestellen ist (a. A. Staudinger A 2) — zuzustellende Beschluß rechtskräftig geworden, so schließt sich nach § 47 das Liquidationsverfahren an. Für das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde gelten auch hier wie in den Fällen des § 60 Abs 2 die Vorschriften der ZPO. Die Zuständigkeit des über die weitere Beschwerde entscheidenden Gerichts bestimmt sich, da eine Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Frage steht, nach §§ 28, 199 FGG (RG 84, 158).

§ 74

Die Auflösung[1]) des Vereins sowie die Entziehung der Rechtsfähigkeit[2]) ist in das Vereinsregister einzutragen. Im Falle der Eröffnung des Konkurses unterbleibt die Eintragung.

Wird der Verein durch Beschluß der Mitgliederversammlung oder durch den Ablauf der für die Dauer des Vereins bestimmten Zeit aufgelöst, so hat der Vorstand die Auflösung zur Eintragung anzumelden. Der Anmeldung ist im ersteren Falle eine Abschrift des Auflösungsbeschlusses beizufügen[1]).

Wird dem Verein auf Grund des § 43 die Rechtsfähigkeit entzogen oder wird der Verein auf Grund des öffentlichen Vereinsrechts aufgelöst, so erfolgt die Eintragung auf Anzeige der zuständigen Behörde[2]).

E II 64; P 1 576 ff.

1. Wird die **Auflösung** des Vereins von der Mitgliederversammlung beschlossen, so ist dieser Beschluß, und zwar auch in dem Falle, daß ein Liquidationsverfahren nicht eintritt (§ 46), in das Vereinsregister einzutragen. Dem Vorstande liegt es ob, die Eintragung unter Beifügung einer Abschrift des Beschlusses zu beantragen. Der Vorstand hat auch, wenn der Verein durch Ablauf der in der Satzung bestimmten Zeitdauer, durch Eintritt der in der Satzung vorgesehenen auflösenden Bedingung oder aus andern Gründen (s. § 41 A 2) aufgelöst ist, die Eintragung zu beantragen. Nötigenfalls ist zu diesem Zwecke, da die Eintragung von Amts wegen nicht zulässig ist (a. A. Hölder A 2; Oertmann A 2a), ein Vorstand nach § 29 vom Gericht zu bestellen (vgl. § 73 A 1). Ausnahmsweise darf, wenn die Auflösung des Vereins durch den Wegfall sämtlicher Mitglieder verursacht ist, die Auflösung von Amts wegen eingetragen werden. Die Vorschrift des § 50 über die Pflicht der Liquidatoren zur öffentlichen Bekanntmachung der Auflösung bleibt unberührt.

2. Der Auflösung des Vereins ist, was die Eintragungspflicht betrifft, die **Entziehung der Rechtsfähigkeit** (§ 43) gleichgestellt. Die Eintragung ist von der Behörde, welche die Entziehung ausgesprochen hat, durch Anzeige bei dem Registerrichter herbeizuführen. In gleicher Weise ist zu verfahren, wenn der Verein nach öffentlichem Vereinsrecht (vgl. § 61 A 2) polizeilich aufgelöst ist. Im Falle der Konkurseröffnung wird diese Tatsache bereits gemäß § 75, und zwar, da es sich um ein amtliches Verfahren handelt, von Amts wegen eingetragen, so daß es der Eintragung der Rechtsfolge des Verlustes der Rechtsfähigkeit (vgl. § 42 A 1) nicht bedarf.

§ 75

Die Eröffnung des Konkurses ist von Amts wegen einzutragen. Das gleiche gilt von der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses[1]).

E II 65; P 1 576 ff.; 6 118.

1. Vgl. § 74 A 2.

§ 76

Die Liquidatoren[1]) sind in das Vereinsregister einzutragen. Das gleiche gilt von Bestimmungen, welche die Beschlußfassung der Liquidatoren abweichend von der Vorschrift des § 48 Abs 3 regeln.

Die Anmeldung[2]) hat durch den Vorstand, bei späteren Änderungen durch die Liquidatoren zu erfolgen. Der Anmeldung der durch Beschluß der Mitgliederversammlung bestellten Liquidatoren ist eine Abschrift des Beschlusses, der Anmeldung einer Bestimmung über die Beschlußfassung der Liquidatoren eine Abschrift der die Bestimmung enthaltenden Urkunde beizufügen.

Die Eintragung gerichtlich bestellter Liquidatoren geschieht von Amts wegen[3]).

E II 66; P 1 576 ff.

1. Die **Liquidatoren** haben die rechtliche Stellung des Vorstandes (§ 48 Abs 2). Hinsichtlich der Eintragungspflicht gilt deshalb das gleiche, was für die Vorstandsmitglieder bestimmt ist (s. § 67 A 1). Die Liquidatoren sind auch in dem Falle einzutragen, daß die bisherigen Vorstandsmitglieder (§ 48 Abs 1) als Liquidatoren eintreten. Durch die Eintragung wird in diesem Falle kenntlich gemacht, daß der Verein in Liquidation getreten ist. Wird die Vorschrift des § 48 Abs 3, daß mehrere Liquidatoren gemeinschaftlich handeln müssen, durch Satzungsbestimmung oder Beschluß der Mitgliederversammlung geändert, wodurch die Vertretungsmacht erweitert wird, so soll dies eingetragen werden, auch wenn es sich nicht um eine nach § 71 unbedingt einzutragende Änderung der Satzung handelt.

2. Über das **Anmeldungsverfahren** vgl. § 59 A 1 u. 4. Die Anmeldung der ersten Liquidatoren und des vor Beginn des Liquidationsverfahrens über Änderung des § 48 Abs 3 gefaßten Beschlusses gehört noch zu den Aufgaben des Vorstandes.

3. Vgl. § 67 A 3.

§ 77

Die Anmeldungen zum Vereinsregister sind von den Mitgliedern des Vorstandes sowie von den Liquidatoren mittels öffentlich beglaubigter Erklärung zu bewirken[1]).

E II 67; P 1 576 ff.; 5 163, 164.

1. § 77 entspricht der Bestimmung des § 12 HGB. Als **öffentlich beglaubigte Erklärung** (vgl. § 129) ist nach §§ 159, 128 FGG auch die Erklärung anzusehen, die zu Protokoll des Gerichtsschreibers des Registergerichts erfolgt. Wird die Erklärung von einem Bevollmächtigten abgegeben (s. hierüber § 59 A 1), so hat dieser durch Vorlegung einer öffentlich beglaubigten Vollmacht sich auszuweisen. Der die Beglaubigung bewirkende Notar gilt nach §§ 159, 129 FGG als ermächtigt, die in der Erklärung bezeichnete Eintragung zu beantragen.

§ 78

Das Amtsgericht kann die Mitglieder des Vorstandes zur Befolgung der Vorschriften des § 67 Abs 1, des § 71 Abs 1, des § 72, des § 74 Abs 2 und des § 76 durch Ordnungsstrafen[1]) anhalten. Die einzelne Strafe darf den Betrag von dreihundert Mark nicht übersteigen.

In gleicher Weise können die Liquidatoren zur Befolgung der Vorschriften des § 76 angehalten werden.

E II 68; P 1 577 ff.

1. Die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder und Liquidatoren, die erforderlichen Eintragungen zu beantragen, sowie die Verpflichtung der ersteren zur Ausstellung der in § 72 bezeichneten Bescheinigung wird durch **Ordnungsstrafen** im Höchstbetrage von 300 Mark für den einzelnen Fall erzwungen. Das Verfahren bestimmt sich gemäß § 159 FGG nach den

§§ 132—139, 127 daf. Wird der unter Androhung von Ordnungsstrafe gemachten Auflage nicht fristzeitig entsprochen, auch nicht innerhalb dieser Frist Einspruch erhoben, so wird die angedrohte Strafe festgesetzt und die Aufforderung unter Androhung neuer Ordnungsstrafe wiederholt. Das Ordnungsstrafverfahren richtet sich nicht gegen den Vorstand als solchen, sondern gegen die einzelnen Mitglieder, die persönlich verantwortlich sind. Nur diese, nicht der Verein, sind beschwerdeberechtigt.

§ 79

Die Einsicht des Vereinsregisters sowie der von dem Vereine bei dem Amtsgericht eingereichten Schriftstücke ist jedem gestattet. Von den Eintragungen kann eine Abschrift gefordert werden; die Abschrift ist auf Verlangen zu beglaubigen[1]**.**

E II 69; P 1 578; 6 118, 182.

1. Die **Einsicht des Vereinsregisters** ist wie die des Handelsregisters (§ 9 HGB) unbeschränkt gestattet, ebenso die Einsicht der als Beleg zu den Vereinsakten eingereichten Urkunden. Das Recht der Einsicht kann auch durch einen Bevollmächtigten oder unter Zuziehung eines Beistandes ausgeübt und zur Anfertigung von Notizen benutzt werden. Anerkannt ist auch das Recht, eine einfache oder beglaubigte Abschrift der Eintragungen und ein Zeugnis über Nichtvorhandensein einer bestimmten Eintragung (§ 162 FGG) zu fordern. Eine Abschrift der Urkunden kann dagegen nach allgemeinen Grundsätzen (§ 34 FGG, vgl. § 9 Abs 2 HGB) nur verlangt werden, wenn ein berechtigtes Interesse dargetan wird.

II. Stiftungen

§ 80

Zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung[1]**) ist außer dem Stiftungsgeschäfte**[2]**) die Genehmigung**[3]**) des Bundesstaats erforderlich, in dessen Gebiete die Stiftung ihren Sitz haben soll**[4]**). Soll die Stiftung ihren Sitz nicht in einem Bundesstaate haben, so ist die Genehmigung des Bundesrats erforderlich. Als Sitz der Stiftung gilt, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, der Ort, an welchem die Verwaltung geführt wird.**

E I 58 Satz 1, 59, 62 Abs 1 II 70; M 1 118 ff.; P 1 585 ff.

1. Die **rechtsfähige Stiftung** (vgl. über den Begriff Vorbem 1 vor § 21) besitzt die Fähigkeit, selbständig Träger von Rechten und Verbindlichkeiten zu sein und unterscheidet sich hierdurch von der zu ihrer Entstehung der staatlichen Genehmigung nicht bedürfenden **unselbständigen** (fiduziarischen) **Stiftung**, bei welcher das Vermögen durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, wie z. B. durch auflagebelastete Schenkung oder durch Verfügung von Todes wegen, einer juristischen Person (Stadtgemeinde, Kirche usw.) mit der Auflage zugewandt ist, es zu dem stiftungsmäßigen Zwecke zu verwenden (vgl. **RG** 88, 339). Es kann hierbei, ohne daß die Stiftung den Charakter einer unselbständigen verliert, auch bestimmt sein, daß dieses Vermögen von dem sonstigen Vermögen der juristischen Person getrennt zu halten und besonders zu verwalten ist. Im Konkurse über die juristische Person kann die Aussonderung des ihr zu treuen Händen (fiduziarisch) überlassenen Stiftungsvermögens verlangt werden. Die juristische Person ist schuldrechtlich verbunden, die Auflage zu erfüllen (vgl. § 2194). Der Gesichtspunkt der Auflage schließt nicht aus, daß den bedachten Personen nach dem Willen des Stifters ein klagbares Recht auf die Stiftungsbezüge zukommen kann (vgl. § 85 A 2). Das Reichsgericht will freilich bei letztwilliger Zuwendung ein solches Recht nur anerkennen, wenn die Auflage als ein dem Vermächtnis an die juristische Person auferlegtes Untervermächtnis aufzufassen ist, und nur mit den für Vermächtnisse (§ 2162) geltenden Beschränkungen (**RG** Warn 1917 Nr 148). Das Rechtsverhältnis kann auch so gestaltet sein, daß in bezug auf Erfüllung der Auflage nur eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung besteht, die dem Zuwender als genügende Sicherheit erscheinen kann. Die in § 3 Nr 1 u. 2 des PrGes. v. 20. 6. 75 über Vermögensverwaltung in katholischen Kirchengemeinden aufgeführten Gegenstände des kirchlichen Vermögens bilden im Gegensatz zu Nr 5 keine selbständige Stiftung. Über die Verwaltung des Stiftungsvermögens durch eine Behörde s. § 86 A 2. Eine Stiftung einzelner Sachen, die zur allgemeinen Benutzung bestimmt sind (Stiftung einer Ruhebank, eines Rettungsbootes, eines Aussichtsturms usw.), wird meist nur in der Form einer unselbständigen Stiftung vorkommen (vgl. **RG** 88, 339;

Kohler in ArchBürgR 3, 289). Über Begründung eines öffentlichen Gebrauchsrechts durch Widmung eines Grundstücks zu Schulzwecken s. **RG** 74, 55. — Zu unterscheiden ist ferner von der Stiftung das aus Beiträgen einer Mehrheit von Personen gebildete **Sammelvermögen,** das zur Erfüllung einer vorübergehenden Aufgabe, wie zur Errichtung eines Denkmals, zur Verwendung für Unterstützungen in einem bestimmten Unglücksfalle, einem Ausschuß oder einem einzelnen Treuhänder anvertraut wird. Als eine eigentliche juristische Person ist das Sammelvermögen nicht anzusehen. Es handelt sich aber um ein stiftungsähnliches Gebilde. Die zusammengebrachten Mittel gehören der aus den Beitragsleistern bestehenden Vereinigung, ohne daß diese jedoch hierüber verfügen kann (bestr., vgl. namentlich Oertmann Vorbem b vor § 80; Lindemann im Recht 1911, 90; **RG** 62, 391). Die Verwaltung liegt in den Händen des Ausschusses (Treuhänders), von dem regelmäßig die Aufforderung zu Beiträgen ausgehen wird. Die Sammlung kann aber auch schon vor Vorhandensein eines Ausschusses in dem Sinne veranstaltet werden, daß ein später sich bildender Ausschuß (Zentralausschuß) die Verwaltung übernimmt oder den Beitragsleistern die Befugnis zur Wahl des Ausschusses vorbehalten bleibt. Soweit es zur Erreichung des bestimmungsmäßigen Zweckes erforderlich, ist der Ausschuß befugt, Schuldverbindlichkeiten einzugehen, durch die das Sammelvermögen als solches belastet wird. Die Vermögensmasse kann selbständig klagen und verklagt werden. Von den Gläubigern der Beitragsleister kann das Sammelvermögen, da letztere zur Verfügung hierüber nicht befugt sind, nicht gepfändet werden. Sind die zur Verwaltung und Verwendung berufenen Personen weggefallen, so kann für diese Zwecke nach § 1914 ein Pfleger bestellt werden.

2. Über das **Stiftungsgeschäft** s. § 81 A 1.

3. Zur Entstehung der Stiftung kann die **staatliche Genehmigung** nicht entbehrt werden, da der Wille des Stifters (abgesehen von § 87) unabänderlich die für die Verwaltung maßgebende Norm bildet, das Vermögen somit für alle Zukunft festgelegt wird. Nicht erforderlich ist nach Reichsrecht, daß die Stiftung nach ihrer Zweckbestimmung im wesentlichen dem öffentlichen Interesse dient (vgl. über die unter Aufsicht der Verwaltungsbehörden stehenden öffentlichen Stiftungen des bayrischen Landesrechts Vorbem 2 vor § 21). Infolge der Notwendigkeit der Genehmigung hat eben der Staat es in der Hand, nur solche Stiftungen zuzulassen, deren Zwecke mit dem Allgemeininteresse in Einklang sind und die hinreichend mit Vermögen ausgestattet sind. Ausnahmsweise hat nach Art 1 PrAG bei Familienstiftungen das die Genehmigung erteilende Gericht nur formell zu prüfen, ob die Stiftungsurkunde deutlich und bestimmt gefaßt ist und ausreichende Bestimmungen über die Bestellung eines Vorstandes enthält. Als Familienstiftung sind — was auch wegen der Erbschaftssteuer nach § 20 Nr 5 RErbschStG v. 10. 9. 19 von Wichtigkeit ist — solche Stiftungen anzusehen, die zugunsten der nicht auf eine Generation beschränkten Angehörigen einer oder mehrerer Familien errichtet sind. Daß Stiftungsbezüge nebenbei oder aushilfsweise (bei Vorhandensein eines Überschusses) andern Personen zufallen, ändert die rechtliche Natur der Stiftung nicht, sofern auch für diese Verwendungen das Wohl der Familie maßgebend ist. Soll nach Erlöschen der Familie oder von einem sonstigen Zeitpunkt an die Stiftung einem andern Zwecke dienen, so bedarf es hinsichtlich dieser bedingten oder betagten Nichtfamilienstiftung der landesherrlichen Genehmigung (**RG** 82, 197 über den Begriff der Familienstiftung im Sinne des Erbschaftssteuerges.; Warn 1912 Nr 236; Gruch 49, 1143; KGJ 38 A 98; Gutachten des KG in JMBl 1915, 262 — vgl. § 247 des Pr. Fideikommißgesetzentwurfs v. 1917, Frommhold in ArchZivPrax 117, 87). Ist die gesamte Stiftung nach dem Willen des Stifters eine einheitliche, was bei einheitlicher Errichtung zu vermuten ist, so untersteht sie nicht dem Recht der Familienstiftung. Der mit einem Familienfideikommiß verbundene Familienfonds stellt, auch wenn er einer besondern Verwaltung unterliegt, nicht eine Familienstiftung dar (**RG** 7. 5. 14 IV 544/13). Die Erteilung der staatlichen Genehmigung setzt stets voraus, nicht nur, daß ein Stiftungsgeschäft vorhanden ist, sondern auch, daß ein Antrag auf Genehmigung von dem Stifter oder mit dessen Willen gestellt ist. Ohne einen solchen Antrag — dessen Mangel derjenige zu beweisen hat, der das Fehlen des Antrags behauptet — ist die erteilte Genehmigung unwirksam (a. A. v. Tuhr S. 603 — s. auch § 83 A 1 a. E.). Mit der Verweigerung der staatlichen Genehmigung wird das Stiftungsgeschäft hinfällig. Dies schließt aber bei einer Stiftung unter Lebenden nicht aus, daß der Stifter die formell gültige Stiftungserklärung dazu benutzen kann, um später von neuem die Genehmigung nachzusuchen. Wird die Genehmigung, die nicht als eine Gesetzgebungshandlung aufgefaßt werden darf, erteilt, so wird hierdurch, und zwar in dem Augenblicke, wo die Genehmigung dem Antragsteller mitgeteilt wird, die Stiftung begründet (vgl. § 81 Abs 2). Ausnahmsweise ist in § 84 aus praktischen Gründen eine Rückziehung in gewissem Umfange vorgeschrieben. Die Genehmigung hat nicht die Bedeutung, daß etwaige dem Stiftungsgeschäft anhaftende Mängel hierdurch geheilt werden (**RG** 28. 3. 12 VI 398/11). Die vor Erteilung der Genehmigung bestehende Ungewißheit, ob es zur Entstehung der Stiftung kommt, hindert nicht, daß der in der Entwicklung begriffenen Stif-

tung für den Fall der Entstehung Zuwendungen, und zwar nicht nur vom Stifter, sondern auch von andern Personen gemacht werden können (vgl. § 1 A 4). Nicht unbedingt ausgeschlossen ist, daß die Genehmigung nur auf Zeit oder auf Widerruf erteilt wird (a. A. v. Tuhr S. 614 A 112).

4. **Zuständig für die Erteilung der Genehmigung** ist der Bundesstaat, in dessen Gebiet nach Inhalt der Stiftungsurkunde die Stiftung ihren Sitz haben oder, wodurch der Sitz ebenfalls bestimmt wird, die Verwaltung der Stiftung geführt werden soll. Die in dem Bundesstaat zuständige Stelle bestimmt sich nach Landesrecht. Die Genehmigung steht — abgesehen von den in A 3 erwähnten Familienstiftungen — regelmäßig der obersten Verwaltungsstelle zu. Die Genehmigung einer Stiftung, die ihren Sitz in einem deutschen Schutzgebiet hatte, war von dem Reichskanzler (s. § 23 A 2) zu erteilen. Der Bundesrat, jetzt Reichsrat, ist zuständig für die Erteilung der Genehmigung ausländischer Stiftungen (a. A. Staudinger A 6; v. Tuhr S. 603), welche Genehmigung allerdings nur für das Inland (einschließlich der deutschen Schutzgebiete und Konsulargerichtsbezirke) wirksam ist (RG Gruch 59, 155 — vgl. § 23 A 1). Der Sitz einer Familienstiftung, die nach dem Friedensvertrage ihren Sitz im Auslande oder besetzten Gebiete erhalten würde, kann übrigens nach Art 2 PrG v. 19. 7. 19 auf Antrag des Vorstandes von dem JM verlegt werden.

§ 81

Das Stiftungsgeschäft[1][2] unter Lebenden bedarf der schriftlichen Form.

Bis zur Erteilung der Genehmigung ist der Stifter zum Widerrufe[3] berechtigt. Ist die Genehmigung bei der zuständigen Behörde nachgesucht, so kann der Widerruf nur dieser gegenüber erklärt werden[3]. Der Erbe des Stifters ist zum Widerrufe nicht berechtigt, wenn der Stifter das Gesuch bei der zuständigen Behörde eingereicht oder im Falle der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung des Stiftungsgeschäfts das Gericht oder den Notar bei oder nach der Beurkundung mit der Einreichung betraut hat[3][4].

E I 58 Satz 1 u. 2, 62 Abs 2 II 71 Abs 1 u. 2; M 1 118 ff.; P 1 591 ff.; 4 258; 5 443 ff.; 6 118.

1. Das **Stiftungsgeschäft** ist die auf Begründung der Stiftung gerichtete Willenserklärung des Stifters, der hierbei ebensowenig wie bei einer Verfügung von Todes wegen sich vertreten lassen kann. Die Willenserklärung muß deutlich erkennen lassen, daß eine rechtsfähige Stiftung geschaffen werden soll, muß in genügender Weise den Zweck der Stiftung bezeichnen, muß den Sitz der Stiftung oder, was dem gleichwertig ist, den Ort, wo die Verwaltung der Stiftung zu führen ist, festsetzen und über die Person des Vorstandes wenigstens insofern Bestimmung treffen, als der Weg für Bestellung des Vorstandes anzugeben ist (§ 86 in Verb. mit § 26; a. A. Rehbein A 3a zu §§ 80ff.). Über die Beauftragung des Testamentsvollstreckers s. § 83 A 1. Das Stiftungsgeschäft bildet die notwendige Unterlage für die staatliche Genehmigung und bedarf deshalb — wenn es nicht in einer Verfügung von Todes wegen enthalten ist, in welchem Falle die hierfür vorgeschriebene Form zu wahren ist —, einschließlich der zum Stiftungsgeschäft im weiteren Sinne gehörigen Vermögenswidmung, der schriftlichen Form. Die Frage, ob jemand durch Vertrag einem Dritten gegenüber zur Errichtung einer Stiftung sich verpflichten kann, wird zu verneinen sein (bestr.). Zulässig ist es dagegen, an die Zuwendung von Vermögen die Auflage zu knüpfen, daß es demnächst zur Begründung einer Stiftung verwendet werden muß. Die Erfüllung dieser Auflage liegt auch dem gesetzlichen Vertreter ob. Über das Recht zum Widerruf einer durch Vertrag errichteten Stiftung s. A 3.

2. Mit dem Stiftungsgeschäft pflegt die **Vermögenswidmung** verbunden zu werden. Notwendig ist dies aber nicht, wenigstens nicht bei Errichtung einer Stiftung unter Lebenden (a. A. namentlich Planck A 3, der die Erteilung der Genehmigung, sofern das Stiftungsgeschäft keine Zuwendung enthält, für unzulässig erklärt). Die Stiftung kann, wennschon sie zur Erfüllung ihrer Aufgabe auf den Besitz von Mitteln angewiesen ist, auch ohne diese als ein vermögensfähiges Rechtssubjekt zur Entstehung kommen, das die erforderlichen Mittel erst durch Zuwendungen dritter Personen erhalten soll. Erst wenn jede Aussicht hierauf weggefallen ist, erlischt die Stiftung. Dagegen wird für die durch Verfügung von Todes wegen errichtete Stiftung daran festzuhalten sein, daß ihr gleichzeitig Vermögen zugewandt werden muß. Diese Zuwendung kann nur durch Verfügung von Todes wegen und nur in den hierfür vorgeschriebenen Formen erfolgen. Ungültig ist gemäß § 310 die von dem Stifter oder einem Dritten übernommene Verpflichtung, das künftige Vermögen (vgl. auch hinsichtlich der Verpflichtung zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen § 2302) der Stiftung zu überweisen. Die Ungültigkeit dieser Verpflichtung hat gemäß

§ 139 zugleich die Ungültigkeit einer durch dasselbe Rechtsgeschäft der Stiftung gemachten besondern Zuwendung zur Folge, falls nicht erweislich der Wille des Zuwenders dahin geht, daß die Stiftung nötigenfalls nur mit diesen beschränkten Mitteln bestehen soll. Durch die Erteilung der staatlichen Genehmigung, die das Widerrufsrecht des Stifters beseitigt (vgl. A 3), wird diese Ungültigkeit nicht gehoben (**RG** 28. 3. 12 VI 398/11). Den Rechtsregeln der Schenkung kann, was das Rechtsverhältnis zwischen Zuwender und Stiftung betrifft, das Stiftungsgeschäft, das ein Rechtsgeschäft besonderer Art ist, im allgemeinen nicht unterstellt werden. Es erscheint jedoch gerechtfertigt, da es sich sachlich um ein der Schenkung ähnliches Rechtsgeschäft handelt, auf die mit Bekanntmachung der Genehmigung an ihn beginnende Haftung des Stifters die für die Haftung des Schenkers bestehenden Grundsätze (§§ 519, 521—524) zur entsprechenden Anwendung zu bringen (vgl. Planck A 2 u. 3 zu § 82, der außerdem für die Zeit bis zur Genehmigung der Stiftung hinsichtlich des Gegenstandes der Stiftung die für Vermächtnisse gegebenen Auslegungsregeln für beachtlich hält). Ist testamentarisch das gesamte Vermögen zwei durch das Testament angeordneten Stiftungen zu bestimmten Teilen zugewiesen und demnächst die eine Stiftung von dem Erblasser bereits bei Lebzeiten unter Vermögenszuwendung errichtet, so darf in dem Testament der Ausdruck des Willens gefunden werden, daß das bei Lebzeiten des Erblassers Zugewendete, damit das Verteilungsverhältnis dasselbe bleibt, auf den Erbteil anzurechnen ist (**RG** 30. 3. 16 IV 456/15). Die Ungültigkeit der Vermögenszuwendung zieht bei einer Stiftung unter Lebenden nicht notwendig die Ungültigkeit des Stiftungsgeschäfts nach sich. Auch mit dem Verlust des Vermögens ist nicht ohne weiteres das Erlöschen der Stiftung verbunden (vgl. § 42 A 1 und § 86 A 3). Über die für Stiftungen geltenden Erwerbsbeschränkungen s. Vorbem 2 vor § 21. Den durch die Vermögenswidmung ihr zugefallenen Erwerb kann die genehmigte Stiftung nicht ablehnen.

3. Die Wirksamkeit des Stiftungsgeschäfts **unter Lebenden** ist nicht dadurch bedingt, daß das Gesuch um Genehmigung von dem Stifter selbst bei der hierfür zuständigen Behörde eingereicht ist. Auf Grund des Stiftungsgeschäfts' kann, wenn der Erblasser inzwischen verstorben ist, der Antrag auf Genehmigung von dem Erben gestellt werden, womit eine Stiftung des Erblassers, nicht des Erben, begründet wird. Vor Eingang des Gesuchs um Genehmigung genügt bei Stiftungen unter Lebenden zum **Widerruf** eine jede formlose, nicht empfangsbedürftige Kundgebung, die auch in einer schlüssigen Handlung, insbesondere darin bestehen kann, daß der Stifter die von ihm der Stiftung gewidmeten Gegenstände vorsätzlich veräußert oder zerstört. Trotz des Widerrufs kann übrigens das Stiftungsgeschäft von dem Stifter oder dem Erben, der dann allerdings, falls der Widerruf vom Erblasser ausgegangen war, selbst als Stifter erscheint, zur Nachsuchung der Genehmigung benutzt werden. Das Widerrufsrecht verbleibt dem Stifter bei Stiftungen unter Lebenden auch nach Einreichung des Gesuchs um Genehmigung. Zur Wirksamkeit des Widerrufs ist in diesem Falle erforderlich, daß er vor Mitteilung der Genehmigung an den Antragsteller (vgl. § 80 A 3) zur Kenntnis der Behörde gebracht wird, und zwar, soweit landesrechtlich nicht andere Zuständigkeitsvorschriften gegeben sind, zur Kenntnis derjenigen Behörde, welche über die Genehmigung zu entscheiden hat, oder, wenn die Entscheidung in der Hand des Landesherrn liegt, zur Kenntnis der mit der Bearbeitung der Angelegenheit befaßten Behörde. Das Recht zum Widerruf ist selbst dann nicht ausgeschlossen, wenn die Stiftung unter Lebenden durch **Vertrag** gültig errichtet ist, wennschon der Stifter durch den Widerruf sich wegen Verletzung der Vertragspflicht dem Vertragsgegner gegenüber haftbar macht. Ist die Stiftung von mehreren gemeinschaftlich errichtet, so kann das Widerrufsrecht von jedem einzelnen ausgeübt werden. Dem Erben des Stifters steht nach Einreichung des Gesuchs das Widerrufsrecht nicht zu. Der Einreichung steht es gleich, wenn der Stifter das Gericht oder den Notar, die das Stiftungsgeschäft beurkundet haben, mit der Einreichung beauftragt hat (vgl. § 1753 Abs 2). Vor diesem Zeitpunkt kann das Stiftungsgeschäft von den Erben beliebig widerrufen werden, und zwar ist, da eine fertige Stiftung noch nicht vorliegt, jeder Miterbe für sich zum Widerruf berechtigt.

4. Beruht die Stiftung auf einer **Verfügung von Todes wegen,** welcher Fall in § 81 Abs 2 nicht behandelt wird, so kann das Stiftungsgeschäft in derselben Weise wie die letztwillige Verfügung widerrufen werden. Zulässig ist auch, wie aus § 83 zu folgern, daß die Stiftung in einem Erbvertrage angeordnet wird, und zwar ist, wenn die Erbeinsetzung oder das Vermächtnis zugunsten der Stiftung (vgl. A 2) als vertragsmäßige Verfügung (§ 2278) getroffen wird, auch die Anordnung der Stiftung als vertragsmäßige Verfügung anzusehen. Die Erben sind zum Widerruf der Verfügung von Todes wegen nicht berechtigt. Ein solches Widerrufsrecht würde mit der in § 83 getroffenen Regelung in Widerspruch stehen. Würde der Erblasser den Widerruf seinen Erben vorbehalten haben, so würde dies nur in dem Sinne aufgefaßt werden können, daß der Erblasser die Stiftung nicht selbst hat errichten, sondern die Errichtung seinen Erben hat überlassen wollen.

§ 82

Wird die Stiftung genehmigt, so ist der Stifter verpflichtet, das in dem Stiftungsgeschäfte zugesicherte Vermögen auf die Stiftung zu übertragen[1]). Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt, gehen mit der Genehmigung auf die Stiftung über, sofern nicht aus dem Stiftungsgeschäfte sich ein anderer Wille des Stifters ergibt.

E I 58 Satz 3, 4 II 71 Abs 3; M 1 120; P 1 593.

1. Mit der Entstehung erwirbt die Stiftung den **Anspruch auf Übertragung der ihr zugewendeten Rechte.** Eine Gesamtnachfolge findet — abgesehen von dem Falle der Erbeinsetzung der Stiftung — nicht statt. Ist für die dingliche Übertragung eine bestimmte Form vorgeschrieben (Eintragung ins Grundbuch, Besitzübertragung usw.), so muß diese Form auch für die Übertragung an die Stiftung eingehalten werden. Das Stiftungsgeschäft darf aber so ausgelegt werden, daß diejenigen Rechte, die durch bloßen Abtretungsvertrag übertragen werden können, ohne weiteres mit der Entstehung der Stiftung auf diese übergehen sollen. Und diese Auslegung soll Platz greifen, wenn nicht aus dem schriftlichen Stiftungsgeschäft das Gegenteil erhellt. Das von dem Stifter Zugewendete kann die Stiftung, die als mit diesem Vermögen ausgestattet ins Leben tritt, nicht ausschlagen. Über die Haftung des Stifters s. § 81 A 2.

§ 83

Besteht das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todes wegen, so hat das Nachlaßgericht[1]) die Genehmigung einzuholen, sofern sie nicht von dem Erben oder dem Testamentsvollstrecker nachgesucht wird.

E I 59 II 72 Abs 1; M 1 120 ff.; P 1 586 ff., 594 ff.

1. Die Stiftung kann durch **Verfügung von Todes wegen** (vgl. § 81 A 4) nur in der Weise errichtet werden, daß sie zugleich als Erbe eingesetzt wird oder mit einem Vermächtnisse bedacht oder zu ihren Gunsten eine Auflage angeordnet wird. Die Erbeseinsetzung kann auch darin bestehen, daß die Stiftung eingesetzt wird als Miterbe (die Erbteilung ist bis zur Entscheidung über die Genehmigung der Stiftung auszusetzen, vgl. § 2043), als Vorerbe (der Eintritt des Nacherbfalls hat das Aufhören der Stiftung nicht notwendig zur Folge), als Nacherbe (die Genehmigung kann schon vor Eintritt des Nacherbfalls erteilt werden). Den Erben liegt es ob, die hinsichtlich der Stiftung von dem Erblasser getroffene Verfügung durch Nachsuchung der staatlichen Genehmigung zur Ausführung zu bringen. Es genügt, wenn der Antrag auf Genehmigung auch nur von einem der Erben gestellt wird. Ist ein Testamentsvollstrecker bestellt, so ist dieser gemäß § 2203 hierzu verpflichtet. Der Testamentsvollstrecker kann auch zur Ergänzung der über die Errichtung der Stiftung von dem Erblasser getroffenen Anordnungen ermächtigt werden. Für alle Fälle hat aber auch das Nachlaßgericht (ohne Rücksicht auf die Staatsangehörigkeit des Stifters) wegen der in Betracht kommenden verschiedenartigen Interessen dritter Personen, die sonst schutzlos bleiben würden, sich der Stiftung anzunehmen und die staatliche Genehmigung herbeizuführen. Die Fürsorge des Nachlaßgerichts wird insbesondere dann nötig, wenn die Stiftung der alleinige Erbe ist und ein Testamentsvollstrecker nicht bestellt ist. Der von dem Nachlaßgericht zu stellende Antrag auf Genehmigung hat, da den Erben ein Widerrufsrecht nicht zusteht, eine nur formelle Bedeutung. Der Gültigkeit der Stiftung schadet es nichts, wenn die Genehmigung ohne solchen Antrag von Amts wegen erteilt ist.

§ 84

Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so gilt sie für die Zuwendungen des Stifters als schon vor dessen Tode entstanden[1]) [2]).

E I 62 Abs 3 II 72; M 1 123 ff.; P 1 594 ff.; 6 883 ff.

1. Ohne die Bestimmung des § 84 würde die durch Verfügung von Todes wegen errichtete Stiftung im Falle der Erbeinsetzung nur Nacherbe sein können und würde ein Vermächtnis ihr erst zu der Zeit der Entstehung der Stiftung anfallen können (§§ 2101 Abs 2, 2178). Nach § 84 soll es aber hinsichtlich der Zuwendungen des Stifters, mögen sie in derselben oder einer späteren letztwilligen Verfügung enthalten sein — nicht hinsichtlich der Zuwendungen anderer Personen —, so angesehen werden, als wenn die **später genehmigte Stiftung schon vor dem Tode des Stifters entstanden** wäre. Es fällt danach der Stiftung unter der Voraussetzung ihrer späteren Genehmigung die Erbschaft, die bis dahin durch einen Nachlaßpfleger zu ver-

walten ist (§ 1960), sofort mit dem Tode des Erblassers an (§ 1922). Ebenso fällt ihr das Vermächtnis in diesem Zeitpunkte an und gebühren ihr bereits seit dieser Zeit die Erträge des vermachten Gegenstandes (§§ 2176, 2184). Es findet somit, um die Nachteile einer verspäteten Genehmigung zu beseitigen, eine dem Willen des Stifters entsprechende Rückziehung statt.

2. Der Grundsatz des § 84 ist aber auch für die Zuwendungen des Stifters — nicht anderer Personen — an eine bereits **unter Lebenden errichtete Stiftung** zur Anwendung zu bringen. Wird die Stiftung erst nach dem Tode des Stifters genehmigt, so ist es so anzusehen, als wenn sie bereits vor dessen Tode entstanden wäre, so daß die Verpflichtung zur Übertragung der der Stiftung zugewendeten Vermögensgegenstände als eine bereits bei Lebzeiten des Stifters entstandene unbedingte Verbindlichkeit behandelt wird und die Abtretung derjenigen Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt (§ 82), bereits bei Lebzeiten des Stifters als geschehen gilt. Die Rückziehung ha aber hier nicht die Bedeutung, daß die vor Einreichung des Ge uchs (vgl. § 81 A 3) von dem Stifter oder seinen Erben getroffenen Verfügungen über die der Stiftung zugewendeten Gegenstände hinfällig werden.

§ 85

Die Verfassung einer Stiftung wird, soweit sie nicht auf Reichs- oder Landesgesetz¹) beruht, durch das Stiftungsgeschäft²) bestimmt.

E I 60 II 73; M 1 121; P 1 596.

1. Der **Landesgesetzgebung** ist damit die Ermächtigung gegeben, über die **Verfassung der Stiftung,** soweit reichsrechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen, Bestimmungen zu treffen, und zwar nicht bloß ergänzende, sondern auch zwingende. Bestimmungen letzterer Art finden sich z. B. in Artt 2 u. 4 des PrAG über die Zulässigkeit der Änderung der Verfassung oder Aufhebung einer Familienstiftung (vgl. § 80 A 3) durch Familienschluß und betreffs anderer Stiftungen durch Beschluß des Vorstandes mit hinzukommender staatlicher Genehmigung. Hinsichtlich des Erfordernisses der Einstimmigkeit des Familienschlusses greift das Reichsrecht insofern ein, als auf Grund des § 226 auf Zustimmung zu dem Familienschluß geklagt werden kann, wenn die Zustimmung in der offenbaren und ausschließlichen Absicht verweigert wird, den Mitbeteiligten Schaden zuzufügen (**RG** 22. 2. 06 IV 415/05). Die Beschlußfassung über Änderung der Verfassung oder Aufhebung einer Familienstiftung kann von dem Stifter, soweit das Landesrecht es nicht verbietet — eine solche Verbotsbestimmung ist in Art 2 § 7 des PrAG nicht zu finden —, einem Familienrat übertragen werden. Der landesrechtlichen Regelung unterliegt auch die staatliche Aufsicht über die Stiftungen (vgl. § 13 II 13 ALR). Über das Aufsichtsrecht bei Familienstiftungen in Preußen s. Aufsatz in JW 1910, 1036 ff.).

2. Aus dem **Stiftungsgeschäft** ist zu entnehmen, ob und inwieweit den Stiftungsinteressenten ein klagbares Recht auf die Stiftungsbezüge zusteht. Ein Klagerecht ist nicht anzuerkennen, wenn die Berechtigung des einzelnen von Voraussetzungen abhängig gemacht ist, die nicht sicher feststellbar sind, über deren Vorhandensein vielmehr der Vorstand nach freiem Ermessen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls zu entscheiden hat (**RG** JW 1901, 579[20]; OLG 28, 13; vgl. auch die frühere Entscheidung **RG** 9, 207). Es kann in diesem Falle bei pflichtwidrigem Verhalten des Vorstandes nur die Aufsichtsbehörde angegangen werden. Ein im Rechtswege verfolgbarer Anspruch der Verwandten wird der Regel nach nicht als dem Willen des Stifters entsprechend anzunehmen sein, wenn dieser nur allgemein angeordnet hat, daß bei Verwendung der Zinsen der zu wohltätigem Zweck bestimmten Stiftung unterstützungsbedürftige Verwandte in erster Linie zu berücksichtigen sind (**RG** Warn 1917 Nr 148). Das Nichtbestehen eines klagbaren Anspruchs schließt nicht aus, daß von den Stiftungsbeteiligten bei Streitigkeiten darüber, ob in ihrer Person die stiftungsmäßigen Voraussetzungen für die Möglichkeit der Erlangung von Bezügen vorhanden sind, Feststellungsklage erhoben werden kann. Das durch Verleihung entstandene Recht auf den Stiftungsbezug kann wegen Irrtums des Verwalters über solche Tatsachen, welche für ihn nach freiem Ermessen zur Verleihung bestimmend waren (Irrtum im Beweggrund), nicht angefochten werden. Im Falle des Konkurses treten die Ansprüche der Bezugsberechtigten hinter die Ansprüche der Stiftungsgläubiger zurück (vgl. § 38 A 2). Auch gegen eine Stiftung des öffentlichen Rechts können privatrechtliche Ansprüche dritter Personen nach der Satzung begründet sein. Über Unpfändbarkeit der Stiftungsbezüge vgl. § 850 Nr 3 ZPO. Die an der Stiftung unmittelbar Beteiligten, insbesondere die an einer Familienstiftung beteiligten bezugsberechtigten Familienmitglieder können den Verwalter wegen schuldhafter Beeinträchtigung des Stiftungsvermögens ersatzpflichtig machen, und zwar haben sie nicht nur ein Klagerecht in Höhe der Schmälerung ihrer eigenen Bezüge, sondern sie können allgemein darauf klagen, daß der gesamte, der Stiftung entstandene Schaden dieser von dem Verwalter ersetzt wird (**RG** 61, 36; JW

09, 160[5]; 22. 9. 10 IV 526/09). Den Beteiligten kann in der Stiftungsurkunde auch das Recht verliehen werden, Satzungsänderungen, die den Anforderungen der Stiftungsurkunde nicht entsprechen, im Klagewege anzufechten (RG 27. 3. 07 IV 361/06). Besteht Streit über die Wählbarkeit zu dem Amte eines Stiftungsverwalters, so kann hierüber im Prozesse entschieden werden (RG 5. 1. 10 IV 111/09). Die Vorschriften der §§ 315, 319 können auf das dem Verwalter der Stiftung hinsichtlich der Verteilung der Bezüge satzungsmäßig eingeräumte freie Befinden nicht zur Anwendung kommen. Dem freien Ermessen ist nur insofern eine Schranke zu ziehen, als eine unlautere Handlungsweise (§ 826) dem Verwalter nicht gestattet werden kann (RG 6. 11. 19 IV 230/19). — Etwaige Lücken des Stiftungsgeschäfts sind im Wege der Auslegung aus dem Zusammenhang aller darin enthaltenen Bestimmungen auszufüllen (RG 10. 5. 07 VII 384/06).

§ 86

Die Vorschriften des § 26, des § 27 Abs 3 und der §§ 28 bis 31[1]), 42[3]) finden auf Stiftungen entsprechende Anwendung, die Vorschriften des § 27 Abs 3 und des § 28 Abs 1 jedoch nur insoweit, als sich nicht aus der Verfassung, insbesondere daraus, daß die Verwaltung der Stiftung von einer öffentlichen Behörde[2]) geführt wird, ein anderes ergibt. Die Vorschriften des § 28 Abs 2 und des § 29 finden auf Stiftungen, deren Verwaltung von einer öffentlichen Behörde geführt wird, keine Anwendung.

E I 61 II 74; M 1 121; P 1 589 ff.; 6 144.

1. Die Stiftung muß ebenso wie der Verein einen ein- oder mehrgliedrigen **Vorstand** haben (vgl § 81 A 1), welcher die Stellung eines gesetzlichen Vertreters hat und durch die innerhalb seines Vertretungsbereichs von ihm vorgenommenen, zu Schadensersatz verpflichtenden Handlungen die Stiftung haftbar macht (§§ 26, 27 Abs 3, 28, 29, 31). Neben dem Vorstande können besondere Vertreter (z. B. Kollatoren) im Sinne der §§ 30, 31 bestellt werden. Was die in § 27 Abs 3 vorgesehene Anwendbarkeit der §§ 664—670 betrifft, so ist als Auftraggeber im Sinne des § 665 der Stifter, dessen Wille in der Stiftungsurkunde niedergelegt ist, im Sinne der §§ 666 u. 667 die Aufsichtsbehörde (vgl. A 2) anzusehen. Nicht verwiesen ist in § 86 auf § 33. Es genügt deshalb für die Beschlußfassung des aus mehreren Mitgliedern bestehenden Vorstandes, soweit die Stiftungsurkunde nichts anderes bestimmt, einfache Stimmenmehrheit.

2. Die **Verwaltung** der Stiftung kann — was für Vereine nicht gilt — von dem Stifter einer **öffentlichen Behörde** oder, was auf dasselbe hinauskommt, dem durch diese Behörde vertretenen öffentlich-rechtlichen Verbande übertragen werden. Zu unterscheiden hiervon ist der Fall, daß einzelne Mitglieder der Behörde für ihre Person den Stiftungsvorstand bilden sollen (RG JW 1915, 1194[5]). Im ersteren Falle bestimmt sich die Geschäftsführung und die Art der Beschlußfassung der aus mehreren Mitgliedern bestehenden Behörde nach den für die Amtsführung geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Es entfällt mithin die Anwendbarkeit der §§ 27 Abs 3 und 28 Abs 1, desgleichen des § 29 über die gerichtliche Ergänzung des Vorstandes und des mit den Befugnissen des Vorsitzenden einer Behörde nicht im Einklang stehenden § 28 Abs 2 über die Abgabe von Willenserklärungen gegenüber dem Vorstande. Auch bei Übertragung der Verwaltung an den Vorstand eines Vereins, einer Aktiengesellschaft usw. wird regelmäßig gewollt sein, daß statt der vorerwähnten Vorschriften die für die Geschäftsführung des Vorstandes in Vereinsangelegenheiten geltenden Bestimmungen zur Anwendung kommen. Über die Aufsichtsbehörde bestimmt das Landesrecht (vgl. Vorbem 2 vor § 21). Nach diesem Recht bestimmt sich auch die Befugnis der Aufsichtsbehörde, den Verwalter der Stiftung wegen Pflichtwidrigkeit zu entsetzen. Die Vorschrift des § 27 Abs 2 erfährt hierdurch eine Änderung. Für Familienstiftungen hat nach preuß. Recht das die Aufsicht führende Gericht diese Befugnis nur, wenn sie ihm in der Stiftungsurkunde oder durch Familienschluß beigelegt ist (KGJ 35 A 44 — vgl. über die Grenzen des nur im Staatsinteresse zu führenden Aufsichtsrechts KGJ 46 A 101). Andernfalls muß im Prozeßwege auf Entsetzung geklagt werden. Führt eine Behörde als Organ der Stiftung die Verwaltung, so ist diese in Ermanglung einer abweichenden Bestimmung der Aufsicht und Leitung der vorgesetzten Behörde in Stiftungsangelegenheiten ebenso wie in sonstigen Angelegenheiten unterworfen. Zum Bestehen der Stiftung ist nicht etwa eine derartige Selbständigkeit der verwaltenden Behörde erforderlich, daß eine Einwirkung der ihr vorgesetzten Behörde ausgeschlossen wäre. Ebensowenig ist erforderlich, daß die Stiftungsbeteiligten auf die Zusammensetzung der Behörde einen Einfluß haben (RG 14. 3. 12 IV 411/11, betr. die Charité in Berlin). Ein Streit darüber, inwieweit neben dem Ver

waltungsrecht der öffentlichen Behörde die Verwaltungsbefugnisse des Testamentsvollstreckers Raum haben, ist im Prozesse zwischen dem Testamentsvollstrecker und der öffentlich-rechtlichen Körperschaft zum Austrag zu bringen (**RG** JW 1915, 1194[5]).

3. Über den Verlust der Rechtsfähigkeit durch Eröffnung des Konkurses s. § 42 A 1. Der Fortfall des Vermögens hat sonst nicht ohne weiteres das **Erlöschen der Stiftung** zur Folge. Es bedarf in diesem Falle der Aufhebung der Stiftung, die erst dann auszusprechen ist, wenn keine Aussicht besteht, daß die Stiftung wieder zu Vermögen kommt. Die Stiftung erlischt durch Ablauf der in der Stiftungsurkunde bestimmten Zeit, Eintritt der darin festgesetzten auflösenden Bedingung, Erledigung der der Stiftung gestellten Aufgabe oder Zurücknahme der Genehmigung, wenn ausnahmsweise mit Einverständnis des Stifters der Widerruf der Genehmigung, was gesetzlich zulässig ist, vorbehalten ist.

§ 87

Ist die Erfüllung des Stiftungszwecks unmöglich geworden oder gefährdet sie das Gemeinwohl[1]), so kann die zuständige Behörde[2]) der Stiftung eine andere Zweckbestimmung geben oder sie aufheben.

Bei der Umwandlung des Zweckes[3]) ist die Absicht des Stifters tunlichst zu berücksichtigen, insbesondere dafür Sorge zu tragen, daß die Erträge des Stiftungsvermögens dem Personenkreise, dem sie zustatten kommen sollten, im Sinne des Stifters tunlichst erhalten bleiben. Die Behörde kann die Verfassung der Stiftung ändern, soweit die Umwandlung des Zweckes es erfordert.

Vor der Umwandlung des Zweckes und der Änderung der Verfassung soll der Vorstand der Stiftung gehört werden.

E II des EG Art 85.

1. Der **Stiftungszweck** ist derart wesentlich für das Bestehen der Stiftung, daß mit dem Fortfalle des Zweckes, wenn seine Erreichung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (Unerlaubtheit) unmöglich geworden ist, oder, was ebenfalls hierunter fällt, der der Stiftung gesetzte Zweck erreicht ist, die Stiftung, falls sie nicht umgewandelt wird, der Aufhebung verfallen muß. Dieselbe Folge tritt ein, wenn die weitere Verfolgung des Stiftungszwecks sich als schädlich für das Gemeinwohl erweist oder doch die Gefahr der Schädigung besteht. Daß die Stiftung sich überlebt hat, der Stiftungszweck unnütz geworden ist, berechtigt noch nicht zur Aufhebung der Stiftung (abw. Planck A 3). Eine Schädlichkeit kann jedoch dann sich ergeben, wenn durch die Stiftung in größerem Umfange einer verkehrten Tätigkeitsrichtung oder dem Müßiggange Vorschub geleistet wird. Weitergehend gestattet Art 4 des PrAG ganz allgemein die Aufhebung oder Änderung der Verfassung der Stiftung durch Beschluß des Vorstandes, welcher der staatlichen Genehmigung bedarf. Eine solche landesrechtliche Vorschrift ist zulässig, da die Verfassung der Stiftung, zu der auch die Vorschriften über Umwandlung und Aufhebung der Stiftung gehören, nach § 85 der landesgesetzlichen Regelung unterliegt und § 87 nicht die ganze Materie der Aufhebung der Stiftung abschließend regelt, sondern nur eine einzelne Bestimmung gibt. Die Stiftung erlischt auch dann, wenn die Behörde von dem bei Erteilung der Genehmigung vorbehaltenen Recht des Widerrufs (vgl. § 80 A 3) Gebrauch macht.

2. Handelt es sich um eine ausländische Stiftung, so ist der Bundesrat, jetzt Reichsrat, **zuständig** (vgl. jedoch § 80 A 4 und über die Stiftungen in den früheren Schutzgebieten § 23 A 2). Im übrigen entscheidet das Landesrecht. Zuständig ist regelmäßig die Landesregierung, in Bayern bezüglich einer allgemeinen öffentlichen Stiftung mit Zustimmung der Kammern und, sofern die Aufhebung oder Umwandlung aus andern als den in § 87 bezeichneten Gründen erfolgt, mit Zustimmung der „Beteiligten". Auch in Württemberg bedarf es zur Aufhebung (nicht zur bloßen Umwandlung) der Stiftung meist eines Gesetzes.

3. Darüber, ob die Aufhebung der Stiftung oder als mildere Maßnahme die **Umwandlung** des Stiftungszwecks (nebst den hierdurch gebotenen sonstigen Änderungen der Verfassung) eintreten soll, hat die zuständige Stelle (vgl. A 2) nach freiem Ermessen zu befinden. Bei der Umwandlung ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Absicht des Stifters oder doch seine Hauptabsicht möglichst erreicht wird, worüber der Vorstand zu hören ist. Der Absicht des Stifters wird es entsprechen, daß die Stiftungsbezüge möglichst demselben Personenkreise wie früher (Verwandte, Einheimische, Angehörige eines bestimmten Bekenntnisses usw.) zugute kommen.

§ 88

Mit dem Erlöschen der Stiftung fällt das Vermögen an die in der Verfassung bestimmten Personen¹). Die Vorschriften der §§ 46 bis 53 finden entsprechende Anwendung²).

E I 61, 62 Abs 1 II 75; M 1 124; P 1 605 ff.

1. Die Bestimmung darüber, **an wen das Stiftungsvermögen fällt**, ist in Ermanglung einer privatrechtlichen Bestimmung des Reichsrechts der Stiftungsurkunde und dem Landesrecht überlassen. Nach den ergänzenden Vorschriften des Landesrechts ist anfallsberechtigt meist der Fiskus, für Preußen, falls die Stiftung von einer Gemeinde oder sonstigen Körperschaft des öffentlichen Rechtes errichtet oder verwaltet war, diese Körperschaft (Art 5 AG). Als in der Verwaltung der Gemeinde befindlich ist in dieser Beziehung die Stiftung auch dann anzusehen, wenn zur Verwaltung der Vorstand der Gemeinde als solcher berufen ist (RG JW 1915, 1194⁵).

2. Die **Liquidation** erfolgt nach den §§ 47—53. Bei Anfall an den Fiskus — oder nach Art 5 PrAG an eine öffentliche Körperschaft — findet eine Liquidation nach § 46 nicht statt. Die nach § 46 für den Fiskus bestehende Verwendungspflicht gilt nach Art 5 PrAG auch für die öffentliche Körperschaft. Für Sachsen (§ 7 Abs 2 AusfVO) unterliegt die Verwendung des Stiftungsvermögens der Bestimmung des Ministers.

III. Juristische Personen des öffentlichen Rechtes

§ 89

Die Vorschrift des § 31²)³) findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes¹) entsprechende Anwendung.

Das gleiche gilt, soweit bei Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechtes der Konkurs zulässig ist, von der Vorschrift des § 42 Abs. 2⁴).

E I 63 II 77; M 1 124 ff.; P 1 585 ff., 607 ff.; 6 144

1. Über die **juristischen Personen des öffentlichen Rechtes** s. Vorbem 2 vor § 21. Die Haftung dieser juristischen Personen besteht reichsrechtlich nach § 89 nur für die in Ausführung privatrechtlicher Verrichtungen von ihren Vertretern vorgenommenen Handlungen, während über die Haftung des Staates und der Gemeinden für Versehen in Ausübung der öffentlichen Gewalt lediglich das Landesrecht entscheidet (RG JW 1911, 803³ — vgl. A 3). Für die Haftung der juristischen Personen bürgerlichen Rechtes aus § 31 (s. das. A 3) macht es dagegen nichts aus, ob die Handlung bei Ausübung öffentlicher Gewalt begangen ist. Die in der Form von Handelsgesellschaften begründeten Kriegsgesellschaften können sich dieser Haftung nicht durch Berufung darauf entziehen, daß ihnen auf kriegswirtschaftlichem Gebiete öffentliche Rechte zugeteilt sind (vgl. JW 1918, 682f.).

2. Bei der Anwendung des § 31 auf die juristischen Personen des öffentlichen Rechtes bietet der Begriff des **„verfassungsmäßigen Vertreters"** gewisse Schwierigkeiten. An Stelle der Satzung, in der bei den juristischen Personen des Privatrechts die Bestellung eines solchen Vertreters ihren Grund haben muß (§ 31 A 1), treten hier die die Verwaltungsorganisation regelnden Bestimmungen, welche durch Gesetz oder eine gleichwerte allgemeine Verwaltungsvorschrift getroffen sind (RG 53, 280; 62, 36; 74, 23; Gruch 56, 867; die in 70, 118 und JW 09, 682¹ vertreten gewesene abweichende Auffassung ist später aufgegeben). Bei der Stadtgemeinde muß die organisatorische Bestimmung im Gesetz oder in dem den Ausbau der Organisation bezweckenden Statut enthalten sein (RG 74, 23; Gruch 56, 867). Als eine die Organisation regelnde Verwaltungsvorschrift darf auch die bei Einrichtung einer Behörde dem Reichshaushaltsgesetz in Ergänzung des Kaiserl. Erl beigefügte Denkschrift angesehen werden (RG 79, 107). Dem Vertreter muß ferner ein bestimmter Verwaltungszweig zur selbständigen Erledigung überlassen sein, und er muß — allein oder gemeinschaftlich mit andern — zur rechtsgeschäftlichen Vertretung befugt sein (RG 74, 250). Nicht notwendig ist, daß die Berufung zum verfassungsmäßigen Vertreter einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft von dieser Körperschaft selbst ausgeht, die Berufung kann auch von einer über ihr stehenden staatlichen Stelle aus erfolgen (RG JW 1911, 149⁴). Die juristische Person haftet, wenn die von einem solchen Vertreter — der früher als „Willensorgan" bezeichnet wurde — begangene unerlaubte

Handlung in seinen Amtsbereich fällt (vgl. § 31 A 2). Als verfassungsmäßige Vertreter hat die Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt:

bei der Stadtgemeinde: den Bürgermeister (RG 44, 306; JW 1913, 587[1]; 1917, 594[2]), die zur Verwaltung der Sparkasse eingesetzte städtische Deputation (RG 64, 403), die dem Magistrat untergeordnete Baudeputation, zu deren Geschäften die Beaufsichtigung des baulichen Zustandes der Straßen und deren Instandhaltung gehört (RG Recht 1907 Nr 966), den nach mecklenburgischem Recht auf allerhöchsten Befehl der Stadtgemeinde unter Ausschaltung der Tätigkeit des Magistrats zur Oberleitung der Kanalisationsarbeiten überwiesenen Beamten (RG JW 1911, 149[3]), den dem Magistrat als Mitglied angehörenden Stadtbaurat (RG JW 1911, 939[1]; vgl. Warn 1914 Nr 35), nicht den ihm untergeordneten Bauinspektor und Ingenieur (RG JW 1911 S. 85[1] u. 939[1]), nicht allgemein den dem Stadtbaurat untergeordneten Vorsteher der Straßenbauabteilung (vgl. RG JW 1912, 849[1]), nicht den städtischen Gasdirektor (RG 74, 21), auch nicht den Betriebsdirektor der Straßenbahn, falls er nicht als Mitglied der Verwaltungsdeputation oder kraft Ortsstatuts zu den verfassungsmäßigen Vertretern gehört (RG JW 1911, 640[1]), nicht den Straßenkontrolleur (RG JW 03 Beil 118[261]);

bei der Amtsgemeinde: den als Mitglied des Sparkassenvorstandes bestellten Rendanten (RG JW 1912, 283[1]; Gruch 56, 866);

bei dem Kreise: nicht den vom Kriegsausschuß in Preußen angestellten Kreisbaumeister, dessen Anstellung nicht auf statutarischer Anordnung beruht (RG JW 1915, 395[7] — früher anders RG 62, 37);

bei der Justizverwaltung: die Vorstandsbeamten des Landgerichts, Landgerichtspräsident und erster Staatsanwalt, hinsichtlich der Beaufsichtigung des Gerichtsgebäudes (RG JW 03 Beil 132[294]; Gruch 50, 361), desgleichen den aufsichtführenden Amtsrichter (RG Gruch 49, 635), nicht den Obersekretär oder Kastellan;

bei der Gesundheitsverwaltung: den Leiter der Königl. Bade- und Brunnendirektion (RG Recht 1911 Nr 1476);

bei der Unterrichtsverwaltung: dem Gymnasialdirektor hinsichtlich der baulichen Beaufsichtigung des Gymnasiums (RG 21. 1. 09 IV 227/08, den Schulvorstand (SeuffA 64 Nr 6), nicht den Schuldiener (RG JW 06, 427[13]);

bei der Bauverwaltung: den staatlich angestellten Kreisbauinspektor, dessen Amt in Preußen durch die Dienstanweisung für die Lokalbaubeamten der Staatsbauverwaltung v. 1. 12. 98, mithin in einer organisatorischen Bestimmung geregelt ist (RG JW 1915, 395[7]);

bei der Forstverwaltung: den preußischen Oberförster (RG JW 04, 548[1]);

bei der Eisenbahnverwaltung: die Betriebsinspektoren der Großh. Badisch. Staatseisenbahnen (RG 26. 11. 06 VI 96/06), die Vorstände der in der Verwaltungsordnung für die preuß. Staatseisenbahnen v. 17. 12. 94, jetzt 24. 5. 07 bezeichneten Betriebsinspektionen usw. (RG 53, 276), die Eisenbahndirektion (LZ 1916, 222[1]), nicht den Bahnmeister (RG 53, 276; 55, 229), auch nicht den Stationsvorsteher oder Bahnhofsvorsteher (RG JW 03 Beil 117[260]; Warn 1917 Nr 242; 1919 Nr 89), nicht den Rangierleiter (BayObLG in SeuffA 57 Nr 234) oder den Bahnwärter (RG Warn 1910 Nr 189);

bei der Postverwaltung: den Vorsteher des Postamts und Fernsprechamts (vgl. RG JW 13, 923[10]), nicht den Postassistenten (RG JW 06, 706[1]), nicht den Hausmeister, mag auch seine Bestellung durch die Verwaltungsbestimmungen des Postfiskus vorgesehen sein (RG JW 04, 165[8]);

bei der Schiffahrtsverwaltung: den Betriebsdirektor des Kaiserl. Kanalamts, der dem Betriebsinspektor der preußischen Eisenbahnen gleichsteht (RG 79, 107), nicht den Kanallotsen, weil diesem die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht fehlt (RG 74, 250);

bei der Heeresverwaltung: den Regimentskommandeur und Garnisonkommandanten, der nicht für genügende Absperrung der verseuchten Pferde des Regiments gesorgt hat (RG Warn 08 Nr 589), den Regimentskommandeur hinsichtlich des Krümperwagenbetriebs (RG JW 1911, 487[8]; Gruch 57, 1141), den Kommandeur des Pionierbataillons hinsichtlich der Unterhaltung des Signalmastes (RG Gruch 57, 976), den Bataillonskommandeur hinsichtlich der Unterhaltung des dem Bataillon überwiesenen Turngeräts und der hierauf bezüglichen Verrichtungen (RG JW 1912, 87[37]), den Kommandanten eines Kriegsschiffs (vgl. RG 72, 350), nicht aber den mit Prüfung von Materialien (Glühzünder) beauftragten Offizier (RG 55, 171), auch nicht die dem Kommandeur des Pionierbataillons beigeordnete, aus zwei oder drei Offizieren bestehende Übungsverwaltung, welche die Geschäfte unter beständiger Kontrolle des Bataillonskommandeurs führt (RG Gruch 57, 976);

bei der Bankverwaltung: die in RG JW 1911, 594[47] offengelassene Frage, ob der Vorsteher der Reichsbanknebenstelle verfassungsmäßiger Vertreter ist, wird zu bejahen sein.

Die evangelische Gemeinde wird nach Art 2 des PrGes. v. 25. 5. 74 durch den Gemeindekirchenrat vertreten. Die Kirchengemeinde ist aber auch für den Pfarrer haftbar, wenn dieser unter Mißbrauch seiner Stellung als Vorsitzender des Gemeindekirchenrats, die ihm das Recht

gibt, die gefaßten Beschlüsse zu beglaubigen und das Kirchensiegel zu führen, Anträge gefälscht hat (JW 1917, 593[1]).

3. **Die Haftung des Staates, der Gemeinden und andern Kommunalverbände** war allgemein in verschiedenen Bundesstaaten für den Fall, daß der Beamte in Ausübung der öffentlichen Gewalt gehandelt hat, durch landesgesetzliche Bestimmungen ausgeschlossen, die durch Art 77 EG aufrechterhalten sind. Eine Ausübung der öffentlichen Gewalt ist anzunehmen, wenn der Staat sein Herrschaftsrecht betätigt, dem jeder einzelne sich fügen muß. Unter die Ausübung der öffentlichen Gewalt fällt es auch, wenn amtliche Machtmittel mißbräuchlich verwendet werden (RG 91, 381). Verschieden hiervon ist, wenn der Beamte in Ausübung solcher Rechte gehandelt hat, die in Rechtsverhältnissen des bürgerlichen Rechtes, in Eigentum, Nachbarrecht, Gewerbebetrieb, Unterhaltung des öffentlichen Verkehrs (vgl. für rheinisches Recht RG JW 1914, 483[24]) in Vertragsverhältnissen, Verwahrung durch die Zollbehörde (RG JW 1914, 869[9]) usw. ihren Grund haben (RG 71, 46; 72, 349; 84, 88 — vgl. über den Unterschied zwischen Ausübung des Militärhoheitsrechts und militärfiskalischen Anordnungen RG 55, 174; ferner über den Unterschied zwischen einer in Ausübung des Militärhoheitsrechts und einer aus Anlaß dieser Ausübung zugefügten Schädigung RG Warn 1917 Nr 217. Verrichtungen, die darauf abzielen, gebrauchte Munition unschädlich zu machen, das durch Schießübungen gefährdete Gelände abzusperren u. dgl., erfolgen nicht in Ausübung des militärischen Hoheitsrechts, sondern gehören zur staatlichen Vermögensverwaltung (RG 55, 171; Warn 09 Nr 538; 1914 Nr 255). Eine zur Ausbildung der Truppe vorgenommene Sprengung fällt dagegen unter die Ausübung des Militärhoheitsrechts, auch wenn sie auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags ausgeführt wird (RG JW 1912, 638[10]). Unbedingt unter die Ausübung des Hoheitsrechts ist zu rechnen die Tätigkeit des Staates beim Strafvollzuge, insbesondere bei der Beschäftigung, Verpflegung und ärztlichen Behandlung der Gefangenen (RG 56, 215; 78, 325), während bei Beschädigung dritter Personen durch den Arbeitsbetrieb der Gefangenen das Rechtsverhältnis ein privatrechtliches ist (RG 44, 225). Die Stadtgemeinde haftet nicht für Schäden, die in Ausübung der Polizeigewalt verursacht sind (RG JW 04, 233[5]). Sie hat nicht für das Verschulden des Betriebsinspektors der städtischen Gasanstalt aufzukommen, dem zugleich Verrichtungen der Wohlfahrtspolizei übertragen sind, wenn das Verschulden auf letzterem Gebiete liegt (RG 55, 364). Wird der Gemeindevorsteher — wenn auch als Führer der Gemeindefeuerwehr — auf dem Brandplatze tätig, so handelt er in Ausübung der ihm auf dem Gebiete des Feuerlöschwesens anvertrauten öffentlichen Gewalt und entfällt damit die Voraussetzung für die Haftung der Gemeinde (RG Warn 1910 Nr 282). Die Unterhaltung der Feuerlöschgerätschaften ist dagegen eine privatrechtliche Pflicht der Gemeinde (RG LZ 1914, 1367[2]; Warn 1918 Nr 200). Ebenso hat die Gemeinde für das Verschulden des Gemeindevorstehers einzustehen, das diesen als Badekommissar bei Ausübung der der Gemeinde als Inhaberin der Badeanstalt obliegenden Fürsorgepflicht trifft (RG Warn 1911 Nr 1). Die Haftung des Reiches aus Betätigung der öffentlichen Gewalt richtet sich nach den landesgesetzlichen Vorschriften, die am Ort der Handlung für die Haftung des Staates gelten (RG 54, 198; 72, 350). — Jetzt ist durch Ges. v. 22. 5. 10 für die besoldeten Beamten des Reiches und die Personen des Soldatenstandes (mit Ausnahme des bayrischen Kontingents, vgl. LZ 1916, 912) bestimmt, daß an ihrer Stelle für den in Ausübung der öffentlichen Gewalt verursachten, nach § 839 zu ersetzenden Schaden das Reich einzustehen hat, das gegen den Schuldigen seinen Rückgriff nehmen kann. Für die Beamten des auswärtigen Dienstes, für die Schutzgebiete und die öffentlichen Verbände in den Schutzgebieten und Konsulargerichtsbezirken sind in den §§ 4 u. 5 besondere Vorschriften gegeben. Soweit für einzelne Verwaltungszweige, wie z. B. Post- und Telegraphenwesen, die Haftung des Reiches über einen gewissen Umfang hinaus gesetzlich ausgeschlossen ist, sind diese Vorschriften in Geltung belassen. In ähnlicher Weise ist die Haftung des Staates und der Gemeindeverbände in mehreren Bundesstaaten landesgesetzlich geregelt, für Preußen — welches bisher eine Haftung des Staates für Handlungen der öffentlichen Gewalt nur im Gebiete des rheinischen Rechtes kannte (vgl. Art 89 Nr 2 AG; RG 54, 19) — durch Ges. v. 1. 8. 09. Nach diesen Gesetzen trifft bei Ausübung der öffentlichen Gewalt die in § 839 bestimmte Verantwortlichkeit an Stelle des Beamten usw. das Reich (Staat, Kommunalverband). Soweit also der Beamte außerhalb des § 839 nach §§ 823 ff. oder aus einem Vertragsverhältnis (§ 278) haftet, bleibt es bei seiner unmittelbaren Verantwortlichkeit. Doch darf der Geschädigte, wenn die Verantwortlichkeit in gleicher Weise wie auf § 839 auf einen andern Grund sich stützen läßt, nach Inanspruchnahme des Reiches usw. nicht mehr den Beamten haftbar machen, da die staatliche Haftung nicht neben die Haftung des Beamten, sondern an Stelle dieser Haftung treten soll (vgl. JW 1912, 981 ff.). Das Reich usw. haftet für seine Beamten (zu denen beim Reiche auch die mittelbaren Reichsbeamten zu zählen sind), ohne Unterschied, ob sie als verfassungsmäßige Vertreter anzusehen sind. Die Ersatzpflicht des Reiches usw. geht hiernach weiter als nach § 31. Als Ausübung der öffentlichen Gewalt im Sinne der vorbezeichneten Gesetze ist jede Amtsausübung anzusehen, die sich nicht als Wahrnehmung

privatrechtlicher Interessen darstellt. Haftbar ist demgemäß das Reich auch für das Verschulden eines Zwangslootsen des Kaiser-Wilhelm-Kanals (RG 86, 117). Die Gemeinde muß auf Grund des Ges. v. 1. 8. 09 für das Verschulden ihrer Beamten aufkommen, auch wenn ihre auf besonderer Vorschrift beruhende Verpflichtung zum Ersatz des bei öffentlichen Aufläufen verursachten Schadens wegen Versäumung der Anmeldefrist (vgl. § 5 des PrGes. v. 11. 3. 50) erloschen ist, da die in § 6 Ges. v. 1. 8. 09 bestimmten Ausnahmen sich nur auf sachliche Beschränkungen, nicht auf Beschränkungen hinsichtlich der prozessualen Geltendmachung bezieht (RG JW 1913, 503[29]). Unter die Ausübung der öffentlichen Gewalt fällt auch die Handhabung des öffentlichen Unterrichts (RG 84, 27), wo für die „einfache Unterrichtserteilung" ohne zwingenden Grund eine Ausnahme gemacht ist. Auf die Schulverbände und Stiftungen des öffentlichen Rechtes ist die Haftung für Amtspflichtverletzungen der Lehrer durch PrGes. v. 14. 5. 14 (§ 4a) erstreckt. Zwischen der Gemeinde und dem Brandmeister der freiwilligen Feuerwehr besteht kein Beamtenverhältnis (RG 83, 308). Ganz allgemein ist jetzt durch Art 131 RV unter Vorbehalt näherer gesetzlicher Regelung der Grundsatz aufgestellt, daß die nach § 839 begründete Verantwortlichkeit des Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt dem Staate oder der Körperschaft obliegt, denen der Rückgriff gegen den Beamten vorbehalten ist. Die Beschränkung des Rechtswegs ist unzulässig (so schon RG 87, 114).

4. Durch Art IV EG v. 17. 5. 98 zur KO sind die landesgesetzlichen Vorschriften, betr. Unzulässigkeit des **Konkurses** über eine juristische Person des öffentlichen Rechtes oder eine unter Verwaltung einer öffentlichen Behörde stehende juristische Person, aufrechterhalten.

Zweiter Abschnitt

Sachen

§ 90

Sachen[1]) im Sinne des Gesetzes sind nur körperliche[2]) Gegenstände[3]).

E I 778 II 77a; M 3 32; P 3 1.

1. Der Begriff der **Sache** ist als ein begrenztes Stück der den Menschen umgebenden Natur zu bestimmen, als ein nach natürlicher Anschauung für sich allein bestehender, im Verkehrsleben besonders bezeichneter und bewerteter körperlicher Gegenstand (RG 87, 45; Gruch 61, 918). Nach dem Sprachgebrauche des BGB ist eine Sache ein Unterbegriff von „Gegenstand" (s. A 3). — In der Regel beziehen sich die Vorschriften des BGB nur auf Einzelsachen. Von ihnen zu unterscheiden ist die **Sachgesamtheit** (Inbegriff von Sachen). Eine solche liegt vor, wenn eine Mehrheit von selbständigen Sachen, die nicht im Verhältnis von Hauptsache und Zubehör stehen, infolge eines gemeinschaftlichen wirtschaftlichen Zweckes im Verkehr als wirtschaftliche Einheit behandelt wird. In der Regel ist auch ein gemeinschaftlicher Name für diese Sachenmehrheit gebräuchlich (z. B. Warenlager, Herde, Gemäldesammlung, Briefmarkensammlung, Bücherei; vgl. aber in letzterer Hinsicht RG Warn 1918 Nr 154). Das BGB spricht aber nur von Rechten an Sachen. Eine bloß wirtschaftliche Einheit ist keine Sache. Darum können nach dem BGB Gegenstand von Rechten nur die zu der Gesamtheit gehörigen einzelnen Sachen sein. Ein von dem Recht an diesen Einzelsachen gesondertes Recht an der Gesamtheit besteht nicht. Zum Beispiel ist ein Eigentums- oder Pfandrechtserwerb an der Sachgesamtheit nur in der Weise möglich, daß die einzelnen Sachen übereignet bzw. verpfändet werden (RG 53, 219; 74, 146; JW 06, 224[7]; OLG 18, 133). Dies kann jedoch unter der verkehrsüblichen zusammenfassenden Benennung der Gesamtheit geschehen (RG 53, 220). — Da ein Recht an der Sachgesamtheit als solcher nicht besteht, so erlangt der Erwerber derselben nicht ohne weiteres das Eigentum an den nach der Übereignung vom Veräußerer angeschafften Sachen. Diese müssen vielmehr besonders übereignet werden (RG 53, 220). Doch kann bei einer Pfandbestellung (z. B. an einem Warenlager) im voraus vereinbart werden, daß die später angeschafften Sachen dem Pfandrecht unterliegen sollen (RG 53, 220). Ebenso kann bei einer Eigentumsübertragung gemäß § 930 (durch Besitzkonstitut) vereinbart werden, daß die vom Besitzer an Stelle veräußerter Sachen neu angeschafften Sachen Eigentum des Erwerbers werden sollen (RG Warn 08 Nr 62). — Soll ein Teil einer Sachgesamtheit übereignet oder verpfändet werden, so müssen die betreffenden Sachen je einzeln für sich bezeichnet werden, da sonst nicht eine Einigung über bestimmte Sachen vorliegt (vgl. RG 52, 390; Gruch 51, 616). — Ob ein Recht an einer Sachgesamtheit gültig erworben ist, kann für jede einzelne Sache unter Umständen verschieden beantwortet werden; z. B. kann ein Eigentumserwerb in gutem Glauben an einigen Sachen ausgeschlossen sein, weil diese gestohlen usw. sind. Daher muß, wer ein Recht an der Sachgesamtheit behauptet, grundsätzlich den Erwerb des Rechtes an jeder Einzelsache beweisen. Doch wird vielfach, wenn der Erwerb einer Sachgesamtheit im ganzen nachgewiesen ist, kein Grund zur Annahme eines be-

sondern Rechtsverhältnisses an einzelnen nun dazugehörigen Sachen gegeben sein. Im Wege der Klage kann ebenfalls nur die Herausgabe der einzelnen Sachen, nicht der Sachgesamtheit als solcher verlangt werden. Ein Unterschied kann auch nicht für den Fall gemacht werden, daß der Beklagte gesetzlich zur Herausgabe eines „Inbegriffs" von Sachen verpflichtet ist, z. B. nach §§ 1035, 2018, 2371 (str.). Regelmäßig hat in solchen Fällen der Kläger die Möglichkeit, nach § 260 ein Bestandsverzeichnis zu erlangen und damit die einzelnen Sachen zu erfahren (vgl. aber RG Warn 1918 Nr 155). Doch wird, wenn kein Zweifel bestehen kann, eine zusammenfassende Bezeichnung mit dem Gesamtnamen zulässig sein. — Eine besondere rechtliche Bedeutung kommt der Sachgesamtheit dagegen in folgenden Fällen zu: Der Besitz an einer Sachgesamtheit ist zwar rechtlich nur als Besitz an den einzelnen Sachen aufzufassen. Da jedoch bei einer wirtschaftlichen Einheit die tatsächlichen Verhältnisse (im Gegensatze zur Rechtslage) für alle Stücke die gleichen sind, so erstreckt sich der Besitz an einer Sachgesamtheit mit Notwendigkeit auf alle dazugehörigen Sachen (z. B. der Ersitzungsbesitz an einer Briefmarkensammlung, OLG 36, 159). Ein Sonderbesitz an einzelnen Stücken kann nur in der Weise begründet werden, daß diese entweder aus der Sachgesamtheit ausgeschieden oder doch einzeln so bestimmt bezeichnet werden, daß der Sonderbesitz (in diesem Falle als Mitbesitz neben dem des Gesamtbesitzers) tatsächlich an ihnen ausgeübt werden kann. Eine bloße Bezeichnung der Zahl oder Menge nach genügt nicht zur Übertragung des Besitzes (RG 52, 385; Gruch 51, 616). Ferner hat das Gesetz durch einzelne Sondervorschriften der wirtschaftlichen Bedeutung der Sachgesamtheit Rechnung getragen. Vgl. §§ 92 Abs 2 (Verbrauchbarkeit der zu einem Sachinbegriffe gehörigen Sachen), 260 (Verpflichtung zur Vorlegung eines Bestandsverzeichnisses, vgl. RG Warn 1918 Nr 154), 587ff., 1048 (Inventar eines Grundstücks), 1035 (Nießbrauch an einer Sachgesamtheit), auch § 254 ZPO.

Ebensowenig wie die Sachgesamtheiten sind die sog. **Rechtsgesamtheiten** (Inbegriffe von Gegenständen, s. A 3), d. h. wirtschaftliche Einheiten von Sachen, Rechten und sonstigen Gütern des Rechtsverkehrs (RG Gruch 47, 910; 51, 897; JW 1913, 130[6]), Sachen im Sinne des BGB. Auch ist die Rechtsgesamtheit als solche nicht ein „Recht" oder ein „Gegenstand" eines dinglichen Rechtes (vgl. dazu A 3). Beispiele von Rechtsgesamtheiten sind das Vermögen einer Person, die verschiedenen, vom Rechte ausgebildeten Sondervermögen (eingebrachtes Vermögen, Vorbehaltsgut der Frau, Gesamtgut der Ehegatten, Kindesvermögen, Gesellschaftsvermögen, Erbschaft u. a.) und das geschäftliche Unternehmen (vgl. RG Warn 1918 Nr 186). Im allgemeinen gelten in allen diesen Fällen dieselben Grundsätze wie bei der Sachgesamtheit. An der Gesamtheit als solcher können Rechte nicht begründet werden. Ihre Veräußerung z. B. kann nur dadurch erfolgen, daß die einzelnen Sachen und Rechte, aus denen sie besteht, besonders übertragen werden, und diese Übertragung muß nach den für die betreffenden Einzelgegenstände jeweils geltenden Vorschriften (z. B. §§ 398ff., 929ff.) geschehen (RG 68, 49; 70 S. 228, 231). Ebenso unterliegen der Zwangsvollstreckung nur die einzelnen Sachen und Rechte. Deshalb kann z. B. die Veräußerung eines Handelsgeschäfts nicht nach dem Anfechtungsgesetz oder der Konkursordnung angefochten werden. Nur die Übertragung der zur Zeit der Veräußerung vorhandenen Einzelgegenstände kann anfechtbar sein, nicht die der nachträglich angeschafften (RG 70, 226). — Für eine Reihe von Sondervermögen gilt allerdings der Grundsatz des dinglichen Ersatzes (Surrogation): das durch die Veräußerung von Vermögensgegenständen Erlangte tritt an ihre Stelle. Dies ist aber kein allgemeiner Grundsatz, vielmehr gilt er nur für die Fälle, für die er im Gesetz ausdrücklich bestimmt ist, z. B. §§ 1370, 1381, 1382, 1440, 1473, 1486, 1524, 1526, 1554, 2019, 2041, 2111 (RG 70, 233). Auch ist die Ausgestaltung des Grundsatzes in den einzelnen Fällen verschiedenartig. — Ferner läßt das Gesetz für gewisse Fälle einen einheitlichen Übergang der Rechte an der Gesamtheit zu, so z. B. bei der Rechtsnachfolge des Erben (§ 1922), der Veräußerung des Anteils eines Miterben (§ 2033), der Begründung der allgemeinen Gütergemeinschaft (§ 1438) und bei der Übertragung des Vermögens einer Aktiengesellschaft auf eine andere Aktiengesellschaft oder den Staat (§§ 304, 306 HGB). — Weiter sind einheitliche schuldrechtliche (obligatorische) Rechtsgeschäfte über Rechts- und Sachgesamtheiten zulässig (vgl. RG Warn 1918 Nr 186, auch A 3). Es ist dann durch Auslegung im einzelnen Falle zu ermitteln, welche Gegenstände nach dem Willen der Parteien zu der Gesamtheit gehören sollen. Wird z. B. ein Handelsgeschäft auf einem Grundstück betrieben, das für diesen Betrieb eingerichtet ist, und werden dann das Grundstück und das Handelsgeschäft zusammen verkauft, so bilden nach der Verkehrsauffassung beide den untrennbaren Kaufgegenstand, zumal wenn für alles ein Einheitspreis festgesetzt ist, und es erstreckt sich, wenn wegen Mängel des Grundstücks die Wandlung des Kaufvertrags erfolgt, diese nach § 469 Satz 2 oder nach § 470 auch auf das Handelsgeschäft (RG Warn 1918 Nr 186). Für derartige Verträge über ganze Vermögen oder Vermögensteile gibt das Gesetz besondere Vorschriften in den §§ 310 (Nichtigkeit der Verpflichtung zur Übertragung des künftigen Vermögens), 311 (Form des Vertrags auf Übertragung des gegenwärtigen Vermögens), 419

(Haftung des Übernehmers eines Vermögens), 1822 Nr 1 (vormundschaftsgerichtliche Genehmigung für Vermögensübertragungsverträge), 2371 ff. (Erbschaftskauf), HGB §§ 22ff. (Erwerb eines Handelsgeschäfts).

Eine besondere Stellung unter den Sachen nehmen die sog. **verkehrsunfähigen Sachen** ein. Dazu gehören zunächst die allen Menschen gemeinschaftlichen Sachen: die Luft, die fließende Wasserwelle, das offene Meer. Sie sind der privatrechtlichen Herrschaft durch ihre Natur entzogen; die beiden ersteren können nicht einmal als Sachen im Sinne des BGB betrachtet werden, da ihnen die feste Begrenzung fehlt. Wenn dagegen Teile der Luft oder des Wassers in besondere Behältnisse gebracht werden, können sie Gegenstand von Rechten sein (vgl. RGSt 11, 117; 14, 121; 44, 335). Vom fließenden Wasser selbst ist der von ihm durchflossene Raum, der Wasserlauf, Fluß, Teich, See zu unterscheiden (RG 53, 98). Ob hieran Privatrechte bestehen können, richtet sich nach Landesrecht (Art 65 EG). Vgl. § 903 A 2. — Nicht Sachen im Sinne des BGB sind auch der menschliche Körper und seine Teile, da sie nicht zu der den Menschen umgebenden Natur gehören. Am lebenden Körper besteht nur ein Persönlichkeitsrecht des Menschen, aber nicht ein irgendwie geartetes Vermögensrecht. — Der menschliche Leichnam ist Sache im Sinne des BGB, aber in gewisser Weise dem Verkehr entzogen (vgl. RG SeuffA 59 Nr 308; Gruch 56, 1009). — Verkehrsunfähig können ferner Sachen sein, die für öffentliche oder religiöse Zwecke bestimmt sind oder dem Gemeingebrauche dienen. Die Verkehrsunfähigkeit beruht hier aber auf öffentlichem Rechte und ist daher nach Landesrecht zu beurteilen (Art 55 EG). Auch die Regelung der Eigentumsverhältnisse an derartigen Sachen muß der Landesgesetzgebung überlassen bleiben, da sie aufs engste mit den sonstigen Rechtsverhältnissen an ihnen zusammenhängt. Reichsrechtlich steht der Zulassung eines Privateigentums an diesen Sachen nichts im Wege. Ebenso wird die Frage, ob dem einzelnen ein Privatrecht auf den Gemeingebrauch gegen den Eigentümer öffentlicher Sachen zusteht, nach Landesrecht zu entscheiden sein, da sie sich von der Ordnung der öffentlichrechtlichen Verhältnisse an den Sachen nicht trennen läßt (str., vgl. RG 70, 81, jedoch auch RG 53, 384). Das Landesrecht kann die Rechte an öffentlichen Sachen ganz verschiedenartig gestalten, und dementsprechend müssen auch die Ansprüche auf den Gemeingebrauch verschiedenartig gestaltet sein. Aus dem BGB ergeben sich derartige Ansprüche nicht, aber sie sind auch nicht ausgeschlossen.

Über die **Einteilung der Sachen** ist folgendes zu bemerken: Das BGB unterscheidet nur zwischen Grundstücken und beweglichen Sachen. Andere unbewegliche Sachen als Grundstücke kennt das BGB nicht (RG 59, 20; JW 1912, 129[2]). Daher gelten für alle Sachen, die nicht Bestandteile von Grundstücken sind, die Vorschriften über bewegliche Sachen (s. § 95 A 1). Vgl. jedoch § 926 (Eigentumserwerb am Zubehör eines Grundstücks). Nur für gewisse Rechte gelten die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften, und zwar nach BGB (jetzt VO v. 15. 1. 1919) für das Erbbaurecht, nach Landesrecht auf den diesem vorbehaltenen Gebieten auch für andere Rechte, z. B. Bergwerkseigentum, Kohlenabbaugerechtigkeit (s. hierüber § 903 A 2). Nur einmal, im § 1551 (Fahrnisgemeinschaft), spricht das BGB von „unbeweglichem Vermögen". Ferner kennt die ZPO eine Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (§§ 864ff.). Zu diesem sind hier auch die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gegerechnet (vgl. RJA 4, 221). Vgl. §§ 1259 ff., Schiffspfandrecht. Sonst sind Schiffe, auch Seeschiffe, bewegliche Sachen (RG 80, 132). — Über vertretbare und verbrauchbare Sachen vgl. §§ 91, 92, über Gattungssachen § 243, teilbare Sachen § 752.

2. **Nur körperliche,** also nach menschlicher Vorstellung den Raum ausfüllende Gegenstände sind im Sinne des BGB Sachen, nicht Rechte (z. B. Patentrechte, Urheberrechte) oder sonstige Vermögensgegenstände (RG 80, 137; 83, 22; 89, 300; 94, 244; vgl. A 3), nicht auch eine mit einem Grundstück verbundene Gerechtigkeit (z. B. Abdeckereigerechtigkeit, Apothekengerechtigkeit), da sie, wiewohl sie nach § 96 als Bestandteil gilt, doch nicht wirklicher Sachteil des Grundstücks ist (RG 83, 200; vgl. A 1 § 96). Außer festen können auch flüssige und gasförmige Körper Sachen sein. Daher ist z. B. der Vertrag über Zuleitung von Wasser und Leuchtgas in Röhren als Kauf beweglicher Sachen zu behandeln. Dagegen ist die Elektrizität von der Naturwissenschaft bisher nicht als ein Stoff anerkannt worden; sie ist daher auch keine Sache im Sinne des BGB (str.; RG 17, 271; 56, 409; 67, 232; 86, 12; RGSt 32, 165). Von dieser Auffassung geht auch das RGes. v. 9. 4. 00, betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit, aus. Hiernach ist Elektrizität rechtlich nicht anders zu behandeln wie jede sonstige Kraft, die zu Arbeitsleistungen zwecks Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs verwendet wird. Der Elektrizitätslieferungsvertrag wird danach als Werkvertrag aufzufassen sein (str.; a. M. RG 17, 272; 56, 408; 67, 232; 86, 12, wonach bei Verträgen über Lieferung elektrischen Stromes nicht die Arbeit, sondern das Produkt den Gegenstand des Vertrags bilde und dieses Produkt zwar keine körperliche Sache, aber doch ein Erzeugnis sei, das für den Güteraustausch geeignet sei und im Verkehr als Ware behandelt werde).

Urkunden sind körperliche Gegenstände, also Sachen (RG 91, 157). Hinsichtlich des Erwerbs von Rechten an ihnen werden sie aber verschieden behandelt. Man kann unterscheiden: bloße Beweisurkunden; Schuldscheine und gleich zu behandelnde Papiere; Inhaber- und Orderpapiere. Die Beweisurkunden (z. B. Familienstammbücher, Ausfertigungen von Urteilen, Sachverständigengutachten) weisen keine Besonderheiten auf. Der Eigentumserwerb daran bestimmt sich nach §§ 929ff. Dienen sie zum Beweise einer Forderung (wie z. B. Hypothekenbriefe), so ist nach § 402 im Falle der Abtretung der bisherige Gläubiger lediglich schuldrechtlich verpflichtet, sie dem neuen Gläubiger zu übergeben. — Über die Urkunden der zweiten Art vgl. § 952 nebst A dazu. Hervorzuheben ist hier: An ihnen sind besondere Rechte nicht möglich, sie folgen lediglich dem Rechte an der Forderung (RG 91, 157). Sie sind aber darum doch Sachen. Insbesondere ist ein vertragliches oder gesetzliches Zurückbehaltungsrecht daran möglich (RG 51, 87; 66, 27; 91, 158; Warn 09 Nr 181). — Bei den Inhaberpapieren folgt das Recht aus dem Papiere dem Rechte am Papiere. Die Übertragung und Verpfändung geschieht nach sachenrechtlichen Grundsätzen (§§ 929ff., insbesondere § 935, § 1293). Über die Befriedigung aus dem verpfändeten Papiere s. aber § 1294. Sparkassenbücher sind nicht Inhaberpapiere, sondern Ausweispapiere im Sinne des § 808 (RG JW 1913, 30[18]). — Bei Orderpapieren wird durch die eigentümliche Form des Indossaments sowohl das Recht am Papiere wie das in ihm verbriefte Recht übertragen. Im Falle einer einfachen Abtretung des Rechtes gilt § 952. — Über Wertpapiere vgl. § 793 nebst A. Sie (z. B. Kuxe) sind nicht Waren im Sinne des § 196 Nr 1, da hierunter bewegliche körperliche Gegenstände des Handelsverkehrs zu verstehen sind (RG 74, 162).

3. Eine Begriffsbestimmung für **Gegenstand** enthält das BGB nicht. Aus den verschiedenen Vorschriften aber, in denen der „Gegenstand" genannt wird, ergibt sich jedenfalls so viel, daß sein Begriff weiter geht als der der Sache. Da es sich bei einer Reihe solcher Vorschriften um Verfügungen über einen Gegenstand handelt, hat man versucht, die Verfügbarkeit als Begriffsmerkmal für den Gegenstand hinzustellen. Zu einer derartigen Beschränkung liegt aber kein Grund vor; denn in andern Vorschriften (z. B. §§ 256, 260, 273, 292, 504, 581, 2374) handelt es sich lediglich um schuldrechtliche Geschäfte über Gegenstände, und hierunter ist alles zu begreifen, was Bestandteil des Vermögens einer Person sein kann, also außer Sachen und Vermögensrechten (RG 89, 300; JW 1913, 130[6]) auch rein tatsächliche Verhältnisse, sofern sie einen Vermögenswert haben, z. B. Handelsgewerbe oder sonstiges gewerbliches Unternehmen (RG 53, 57; 67, 86; 68, 54; 69, 429; 70 S. 20, 224), ärztliche Praxis (RG 66, 139; 75, 120; Warn 09 Nr 5), Pensionsbetrieb (RG 67, 86), Kundschaft (RG 63, 57; SeuffA 56 Nr 307), Zeitschrifttitel (RG 68, 55; 70, 225), Geschäftsgeheimnis (OLG 22, 223). Insbesondere ist anzunehmen, daß derartige Vermögenswerte Gegenstand eines Kaufvertrags sein können (vgl. die obigen Entscheidungen, Prot 2, 51). Auch sind auf solche Verträge die Vorschriften über Sachmängel (§ 459) mit Recht entsprechend angewendet worden (RG 63, 57; 67, 86; 69, 429; vgl. auch 73, 137). Der Betrieb des Inseratenteils einer Zeitung ferner kann verpachtet werden. Gegenstand des Pachtvertrags im Sinne des § 581 ist hier ein Teil des Zeitungsunternehmens, das Inseratengeschäft (RG 70, 20). Vgl. weiter § 1822 Nr 3 BGB, § 22 Abs 2 HGB. Auch Immaterialgüterrechte (z. B. Urheberrechte) sind Gegenstände (RG 62, 321; 75, 225). Nicht Gegenstände sind dagegen Persönlichkeits- und Familienrechte sowie Handlungen, auch nicht Kräfte (Elektrizität); bei den letzteren insbesondere kommt rechtlich nur die Arbeitsleistung in Betracht (s. A 2). — Eine andere Bedeutung aber hat der „Gegenstand" allerdings in den lediglich Verfügungen betreffenden Gesetzesvorschriften (z. B. §§ 135, 161, 185, 816, 2040). Hier handelt es sich darum, was Gegenstand eines dinglichen Rechtes sein kann. Dies sind nur Sachen und Vermögensrechte, niemals aber die obenerwähnten sonstigen Rechtsgüter. Allerdings wird auch ihr Genuß, z. B. der eines eingerichteten Gewerbebetriebs, gegen widerrechtliche Eingriffe nach Maßgabe des § 823 geschützt (RG 56, 271; 58, 24; 64 S. 53, 155; JW 06, 163[7]). Auch steht dem Inhaber eines Gewerbebetriebs eine der Eigentumsfreiheitsklage entsprechende (quasinegatorische) Klage auf Unterlassung gegen rechtswidrige Störungen seines Betriebs zu (RG 60, 6; 61, 366; JW 07, 505[1]; 08, 133[1]). Allein die durch solche Rechtsbehelfe geschützte Rechtsstellung ist nicht ein übertragbares Recht am Rechtsgute, sondern lediglich die Folge der tatsächlichen Innehabung des Rechtsguts, also ganz entsprechend der Rechtsstellung des Besitzers einer Sache (§§ 854ff.). Daher kann ein gewerbliches Unternehmen als solches (z. B. ein Zeitschriftenverlag) nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein (RG 68, 491). Auch das Recht auf einen Zeitschriftentitel ist nicht verpfändbar (RG 68, 55). Ebenso unterliegt die Veräußerung eines Handelsgeschäfts nicht der Gläubigeranfechtung (RG 70, 226; s. A 1). Den dinglichen Rechten wird weiter das ehemännliche Verwaltungs- und Nutznießungsrecht gleichzustellen sein. Der Ehemann darf also ohne Zustimmung der Ehefrau ein von dieser betriebenes Erwerbsgeschäft nicht selbst weiterführen (str.; RG 59, 25). Allerdings unterliegen die einzelnen zu dem Geschäfte gehörigen Sachen und Rechte seinem Verwaltungs- und

Nutznießungsrechte (KGJ 32 A 191); er kann daher mit ihnen ein eigenes, von dem der Frau verschiedenes Gewerbe betreiben. Aber ihm fehlt die tatsächliche Möglichkeit der Ausübung des Gewerbebetriebs der Frau, wenn diese ihre Zustimmung zur Fortführung des Gewerbes durch ihn versagt (RG 59, 32; vgl. § 1367 A 5). Bei der elterlichen Nutznießung liegt dies anders, da hier dem Vater auch die Sorge für die Person des Kindes und die Vertretung des Kindes in allen Angelegenheiten zusteht (§ 1630). — Weder Gegenstände im weiteren noch im engeren Sinne sind für sich allein die sog. Gestaltungsrechte (Anfechtungs-, Kündigungs-, Rücktrittsrechte), da sie keinen selbständigen Vermögenswert haben (vgl. RG 30, 74; JW 09, 657[3]). Auch das Recht auf Annahme eines Vertragsantrags ist nicht übertragbar, außer wenn der Antragende dies bestimmt hat; es ist daher nicht pfändbar und kann vom Konkursverwalter und Ehemanne nicht ausgeübt werden (vgl. RG Gruch 53, 835).

§ 91

Vertretbare Sachen[1]) im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen[2]), die im Verkehre[3]) nach Zahl, Maß oder Gewicht[4]) bestimmt zu werden pflegen.

E I 779 II 77b; M 3 33; P 3 2.

1. Der im § 91 bestimmte Begriff der **vertretbaren Sachen** ist verwendet, z. B. in den §§ 607, 651, 700, 706, 783. Auch in §§ 363, 381, 406, 419 HGB und §§ 592, 688, 794 Nr 5 ZPO wird er in demselben Sinne gebraucht.

2. Nur **bewegliche Sachen** (s. § 90 A 1) können vertretbare Sachen sein, also niemals Grundstücke. Wohl aber können Grundstücke unter Umständen (z. B. bei mehreren Trennstücken gleicher Größe und Lage) kraft Parteiwillens Gegenstand einer Gattungsschuld im Sinne des § 243 sein.

3. Nur, wenn Sachen allgemein und regelmäßig **im Verkehre** nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt werden, sind sie vertretbar. Auf die Anschauung und den Willen der Parteien im einzelnen Falle kommt es also nicht an. Zu beachten ist aber, daß in einigen der Vorschriften, die sich auf vertretbare Sachen beziehen, nach dem Sinne des Gesetzes nicht nur vertretbare Sachen geschuldet, sondern diese auch lediglich der Gattung nach bestimmt sein müssen (Gattungsschuld), z. B. in §§ 607 (Darlehn), 783 (Anweisung). Werden also in diesen Fällen bestimmte Stücke der Gattung ausgesondert, so sind die betreffenden Vorschriften nicht anwendbar (vgl. RG 10, 341). Bei der Gattungsschuld kommt es umgekehrt in erster Linie auf den Parteiwillen an (s. A 4).

4. Die Sachen müssen im Verkehre **nach Zahl, Maß oder Gewicht** und, was als selbstverständlich weggelassen ist, im übrigen nach Gattungsmerkmalen bestimmt werden. Derartige Sachen sind z. B. Getreide, Wertpapiere, Geld. Jedoch hängt es bei dem letzteren von der Währungsordnung ab, ob die einzelnen Geldsorten an Stelle anderer Sorten in Zahlung genommen zu werden brauchen (z. B. Scheidemünzen an Stelle von Gold; vgl. RMünzG v. 1. 6. 09 i. F. v. 4. 8. 14). Auch Maschinen sind vertretbare Sachen, wenn sie nach Preislisten gehandelt und nicht einem bestimmten Betriebe oder Raume angepaßt oder sonst nach besondern Zeichnungen für den einzelnen Fall angefertigt sind (RG 45, 63; JW 03, 244[26]; 1913, 27[14]; Gruch 48, 1070; OLG 22, 120); Abweichungen von den Formen der Preislisten in nebensächlichen Punkten stehen der Annahme der Vertretbarkeit nicht entgegen (OLG 34, 49). Ferner gewöhnliche Fensterflügel (OLG 22, 392). Dagegen nicht: Bier aus einer bestimmten Brauerei (RG JW 1913, 539[2]); nach Maß besonders angefertigte Möbel (OLG 16, 131); Luftschiffe (RG Warn 1914 Nr 72). — Da es zum Wesen der vertretbaren Sachen gehört, daß sie im Verkehre nur der Gattung nach bestimmt werden, sind sie auch regelmäßig Gegenstand einer Gattungsschuld (§ 243). Doch müssen sie es nicht notwendig sein, da es den Parteien freisteht, vertretbare Sachen im einzelnen Falle (im Gegensatz zu der allgemeinen Verkehrsanschauung) nach Sondermerkmalen zu bestimmen.

§ 92

Verbrauchbare Sachen[1]) im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen[2]), deren bestimmungsmäßiger Gebrauch[3]) in dem Verbrauch[4]) oder in der Veräußerung besteht[5]).

Als verbrauchbar gelten[6]) auch bewegliche Sachen, die zu einem Warenlager[7]) oder zu einem sonstigen Sachinbegriffe[8]) gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht.

E I 780 II 77c; M 3 34; P 3 2.

1. Der Begriff der **verbrauchbaren Sachen** wird vom Gesetz in den §§ 706, 1067, 1075, 1084, 1086, 1376, 1377, 1392, 1411, 1540, 1653, 1659, 2116, 2325 verwendet. — Über die Möglichkeit, daß verbrauchbare Sachen (z. B. Brennmittelstücke) Zubehör einer andern Sache sind, s. § 97 A 6.

2. Wegen der **beweglichen Sachen** vgl. § 90 A 1, § 91 A 2.

3. Darin, daß der **bestimmungsmäßige Gebrauch** in dem Verbrauch oder der Veräußerung bestehen muß, liegt einmal, daß es nur auf die allgemeinen Verkehrsanschauungen über die Verbrauchbarkeit der Sachen ankommt, und sodann, daß der Verbrauch gerade der verfolgte Zweck des verkehrsüblichen Gebrauchs, nicht eine, wenn auch notwendigerweise, nebenher eintretende Folge desselben sein, und daß die leichte Veräußerlichkeit aus dem Wesen der Sache folgen, nicht auf zufälligen besondern Umständen beruhen muß.

4. Der bestimmungsmäßige Gebrauch besteht in dem **Verbrauch**, z. B. bei Lebensmitteln, Brennstoffen; nicht aber bei Kleidungsstücken, auch wenn sie nur kurze Zeit benutzbar sind (str.).

5. In der **Veräußerung** besteht vor allem beim Gelde der bestimmungsmäßige Gebrauch. Ferner bei Banknoten und andern gelдähnlichen Papieren. Auch börsengängige Wertpapiere, die in der Regel zu Spekulationszwecken verwendet werden, wird man hierher rechnen müssen; nicht aber sog. Anlagepapiere (z. B. Deutsche Reichsanleihe, preußische Konsols). Die Grenze läßt sich in allen diesen Fällen nicht scharf ziehen.

6. **Als verbrauchbar gelten** die Sachen, hinsichtlich deren die Voraussetzungen des Abs 2 erfüllt sind, ohne Rücksicht darauf, ob die Sachen sonst nach der Verkehrsanschauung gemäß Abs 1 als verbrauchbar anzusehen wären (z. B. Schlachtvieh eines Fleischers, vgl. RG 79, 248).

7. **Warenlager** ist ein Inbegriff von Gegenständen des Handelsverkehrs, die zu dem Zwecke zusammengebracht worden sind, um veräußert zu werden.

8. Über **Sachinbegriffe** s. § 90 A 1 bei „Sachgesamtheit".

§ 93

Bestandteile[1]) einer Sache[2]), die voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß der eine oder der andere[3]) zerstört[4]) oder in seinem Wesen verändert[5]) wird (wesentliche Bestandteile)[6]), können nicht Gegenstand besonderer Rechte sein[7]).

E I 782 II 77d; M 3 40; P 3 4.

1. **Bestandteile** sind die durch mechanische (nicht chemische) Zerlegung oder (bei Grundstücken) räumliche Abgrenzung zu gewinnenden Teile einer Sache (eine Erweiterung des Begriffs enthält § 96). In diesem Sinne sind alle Sachen teilbar. Aber der wirtschaftliche Erfolg der Teilung ist verschieden. Mit Rücksicht hierauf unterscheidet das BGB, wie § 93 ergibt, zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen. Über die wesentlichen Bestandteile s. A 3ff. — Die **unwesentlichen** Bestandteile unterscheiden sich von den wesentlichen dadurch, daß sie auch während ihrer Verbindung mit der Sache Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein können. Daher erlöschen Rechte an Sachen nicht, wenn diese mit einer andern Sache derart verbunden werden, daß sie nur unwesentliche Bestandteile bilden. Auch während ihrer Verbindung kann der Eigentümer der ganzen Sache an ihnen besondere dingliche Rechte bestellen. Sie werden, solange besondere Rechte daran bestehen, hinsichtlich der Befugnisse des Berechtigten wie selbständige Sachen zu behandeln sein. Daher kann sie z. B. ihr Eigentümer oder der Pfandgläubiger, der letztere, wenn er zum Verkauf berechtigt ist, von der Hauptsache abtrennen (vgl. RG 74, 402). Das Eigentum daran wird (außer bei Flächenteilen eines Grundstücks) nach den §§ 929ff. erworben, selbst wenn sie Bestandteile eines Grundstücks sind. Auch Erwerb im guten Glauben nach § 932 kann an ihnen stattfinden. Dieser Erwerb tritt aber erst mit der Übergabe, nicht etwa schon mit der Auflassung des Grundstücks ein, zu dem sie gehören. — Alles dies hat jedoch nur als Ausnahme zu gelten. Grundsätzlich teilen auch unwesentliche Bestandteile das Schicksal der Hauptsache (RG 69, 120; 74, 402; Warn 1919 Nr 45). Wenn also keine besondern Rechte an ihnen bestehen, erstreckt sich das Recht an der Hauptsache auch auf sie (z. B. im Falle eines Fideikommißrechts, RG Warn 1919 Nr 45), und bei einer Veräußerung jener wird das Eigentum an ihnen miterworben, ohne daß hinsichtlich ihrer eine besondere Einigung und Übergabe stattzufinden braucht (vgl. RG 69, 120; 74, 402). Auch ist in diesem Falle eine besondere Zwangsvollstreckung in sie nicht zulässig. Unwesentliche Bestandteile eines Grundstücks unterliegen vielmehr lediglich der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. Das ergibt sich schon daraus, daß die ZPO in § 865 nur über die Zwangsvollstreckung in getrennte Bestandteile (wesentliche und unwesentliche) Vorschriften gibt (str.). Desgleichen ist eine besondere Pfändung unwesentlicher Bestandteile beweglicher Sachen ausgeschlossen. — Unwesentliche Bestandteile sind z. B.: in einem Schlosse mittels Holzrahmen an den Wänden

angebrachte Gobelins, sofern sie nicht nach der Art der Anbringung selbständige bewegliche Sachen geblieben und daher nur als Zubehör (§ 97) zu erachten sind (RG Warn 1919 Nr 45); die einzelnen Flächen eines Grundstücks. Auch die zu einem Grundstück gehörenden Straßen und Wege, da sie durch Ziehen von Grenzlinien jederzeit in verschiedene Teile zerlegt werden können, ohne daß ihr Wesen dadurch verändert wird (RG JW 1910, 813[32]). Aus gleichem Grunde ist als unwesentlicher Bestandteil eines Weges ein dazugehöriger Abzugsgraben oder Wasserabflußkanal zu erachten (vgl. RG Warn 1919 Nr 187: vom Berufungsgericht wesentliche Bestandteilseigenschaft angenommen).

2. Die über wesentliche Bestandteile einer Sache sich verhaltende Vorschrift des § 93 setzt „Bestandteile einer Sache" als gegeben voraus. Deshalb ist, wenn es sich darum handelt, ob etwas im Sinne des § 93 (für die Fälle des § 94 s. dort A 1, 7) wesentlicher Bestandteil eines Ganzen ist, zunächst zu prüfen, ob das Ganze „eine Sache" und jenes „Bestandteil" dieser Sache ist (RG 67, 30; Gruch 61, 917). **Eine Sache** ist ein körperlicher Gegenstand (§ 90), d. i. ein begrenztes körperliches Stück der den Menschen umgebenden Natur, ein nach natürlicher Anschauung für sich bestehender, im Verkehrsleben besonders bewerteter und bezeichneter körperlicher Gegenstand (s. § 90 A 1). Jede Sache setzt sich aus Bestandteilen zusammen. Bestandteil kann daher nur das sein, was Teil einer einheitlichen Sache, ein unselbständiges Stück des einen Körpers ist, nicht, was selbst eine Sache unter den mehreren selbständigen Sachen ist, die ein wirtschaftliches Ganzes bilden (RG 63, 172; 67, 35; 69 S. 120, 152; 87, 45; Gruch 61, 918; JW 09 S. 267[1], 483[2]; 1911, 532[2]; 1912, 128[1]; Warn 1910 Nr 97, 190). — Die einzelnen Bestandteile setzen sich wieder aus Bestandteilen zusammen. Die letzteren sind natürlich immer auch Bestandteile der ganzen Sache. Jedoch mit einem Unterschiede: wenn sie außer zu dem Bestandteile auch in einem körperlichen und wirtschaftlichen Verhältnis zu der ganzen Sache stehen, werden sie auch in erster Linie Bestandteile dieser sein; sie können aber auch zunächst lediglich Unterbestandteile eines Bestandteils der Sache bilden, so daß sie deren Bestandteile nur in zweiter Linie sind (vgl. RG 67, 33; 69, 152). Im letzteren Falle ist es möglich, daß sie wesentliche Bestandteile des Bestandteils, dieser dagegen nicht wesentlicher Bestandteil der ganzen Sache ist.

Die **Feststellung dessen, was eine einheitliche Sache** (eine Einzelsache im Verhältnis zu der umfassenderen wirtschaftlichen Gesamtheit) ist, beruht im wesentlichen auf der Abgrenzung von den bloß wirtschaftlichen Einheiten. Aus dem Gesetze ergibt sich für diese Abgrenzung nichts weiter, als daß die Sacheinheit ein zusammenhängendes körperliches Stück der Natur sein muß, der Bestandteil rechtlich nicht als selbständige Sache gewertet werden darf. Im übrigen muß die natürliche Anschauung maßgebend sein (RG 67, 30; 69 S. 121, 153; 83, 69; 87, 45; Gruch 61, 918; JW 1912, 128[1]). Sachbestandteile sind also Sachstücke, die entweder von Natur zusammen einen körperlichen Gegenstand bilden oder ihre frühere Eigenschaft als selbständige Sachen durch Verbindung miteinander dergestalt verloren haben, daß sie fortan, solange die Verbindung dauert, insgesamt als ein einziger körperlicher Gegenstand und je für sich betrachtet als unselbständige Stücke dieser Körpereinheit erscheinen (RG 63 S. 173, 418; 67, 32; 83, 68; 87, 45; Gruch 61, 918; JW 08, 738[3]; 09 S. 159[2], 267[1], 483[2]; 1911 S. 532[2], 574[4], 707[2]; 1912, 128[1]; Warn 09 Nr 59; 1910 Nr 97; 1913 Nr 80), und zwar kommt es in letzterer Hinsicht auf die Anschauung, die ein jeder verständige, unbefangene Beurteiler haben würde, an, nicht auf die Meinung einzelner beteiligter Kreise (RG 67, 33; 69, 153; 87, 45; Gruch 61, 918; JW 1911 S. 397[1], 574[4]; 1912, 128[1]). — Von Natur eine Einheit bildet z. B. ein Tier, ein Stein. Ihnen sind die sog. künstlichen Einheitssachen, bei denen die Bestandteile unter sich gleichartig und gegeneinander nicht irgendwie abgegrenzt sind (z. B. ein Goldbarren, ein Stück Butter, auch ein Haufen Getreide), gleichzustellen. Hier wird die Feststellung dessen, was eine Sache ist, selten Schwierigkeiten machen. — Diesen Sachen gegenüber stehen die sog. zusammengesetzten Sachen, die aus unter sich ungleichartigen Bestandteilen bestehen. Hier muß jedenfalls zunächst ein körperlicher Zusammenhang unter den Teilen bestehen. Es genügt also nicht ein gewisses räumliches Verhältnis wie beim Zubehör (RG 58, 342; 63, 173; 69, 152). Dieser Zusammenhang kann verschiedenartig sein: a) Bei einer festen Verbindung wird man eine einheitliche Sache anzunehmen haben, falls nicht die allgemeine Anschauung dem entgegensteht. § 94 Abs 1 wird als Anwendungsfall dieses allgemeinen Grundsatzes zu betrachten sein. Darüber, was als feste Verbindung anzusehen ist, s. § 94 A 2. Zu betonen ist hier aber besonders: die Verbindung muß eine derartige sein, daß nach allgemeiner Anschauung das Verbundene, als in dem betreffenden körperlichen Gegenstand aufgegangen, lediglich als dessen Teil erscheint (s. oben). Dabei ist wohl zu unterscheiden zwischen einem durch Zusammensetzung früher selbständiger Sachen zu einer Körpereinheit, einer Sache, gewordenen Ganzen und einer zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes zusammengebrachten Sachgesamtheit, die, wenn ihr auch im Verkehrsleben eine einheitliche Bezeichnung gegeben wird und sie wirtschaftlich als Einheit erscheinen mag, doch nach Sachenrecht nicht eine Körpereinheit, eine einzige Sache ist, sondern aus einer

Mehrheit von Sachen besteht, die trotz ihrer Zusammenbringung zur Erreichung des wirtschaftlichen Zweckes ihre körperliche Selbständigkeit bewahrt haben (RG 87, 45; Gruch 61, 918; Warn 1918 Nr 155; 1919 Nr 45). Namentlich ist diese Unterscheidung im Auge zu behalten, wenn bisher selbständige Sachen in ein Gebäude eingebracht oder an einem Gebäude angebracht sind, ohne daß sie im Sinne des § 94 Abs 2 als zur Herstellung des Gebäudes eingefügt zu erachten sind, und es sich darum handelt, ob sie Bestandteile, also unselbständige Stücke der einen Gebäudesache geworden oder trotz wirtschaftlicher Zweckbestimmung für das Gebäude diesem gegenüber selbständige Sachen geblieben sind (RG 87, 46; Gruch 61, 918; Warn 1918 Nr 155; 1919 Nr 45). b) Unter Umständen genügt auch eine nur lose Verbindung (RG 50, 243; 62, 250; 63, 173; 67, 34; 69, 152; 83, 69; JW 04, 110[4]; 08 S. 295[1], 322[2]; 1911, 573[3]). Sie kann nach Lage des Falles sogar in einem bloßen Aufeinanderliegen der Teile (RG 62, 250) oder darin bestehen, daß der eine Gegenstand in den andern lose hineingepaßt ist (z. B. Schublade und Tisch). Dann muß aber noch mehr vorliegen als die Verbindung, um das Ganze als einheitliche Sache erscheinen zu lassen (RG 87, 45). Notwendig wird hier zunächst ein allen Teilen gemeinsamer (in der Regel wirtschaftlicher) Zweck sein. Auch dies reicht aber trotz des körperlichen Zusammenhangs dann nicht aus, wenn die verbundenen Gegenstände eine größere Zahl besonderer Merkmale besitzen (anders z. B. Eisenstangen). Denn das Verbundene wird in einem solchen Falle nicht als Sachteil, sondern als eine trotz der Verbindung für sich selbst bestehende Sache anzusehen sein. So z. B.: Leuchter und sein Licht; Flasche und ihr Inhalt; ein Elektrizitätswerkgebäude (Zentrale) und die damit verbundenen, zur Fortführung und Verteilung der elektrischen Kraft dienenden, sich über fremde Grundstücke erstreckenden Leitungen und Transformatoren (RG 83, 69; 87, 43; Warn 1918 Nr 155); ein Gaswerksgrundstück und die von diesem ausgehenden (mit ihm aber nicht sonst verbundenen) Rohrnetze des Gaswerks, die über eine Reihe anderer Grundstücke hinweggehen (RG Warn 1915 Nr 271). Dagegen wird das Verbundene trotz nur loser Verbindung als Sachteil (Sachstück) erachtet werden können, wenn es einesteils durch die Verbindung erst seiner eigentlichen Bestimmung zugeführt wird, und es anderenteils auf die Gestalt und das Wesen der betreffenden Sache einen derartigen Einfluß ausübt, daß die bestimmungsgemäße Benutzung der ganzen Sache während der Dauer der Verbindung erst durch das Verbundene ermöglicht wird und die Sache nach etwaiger Trennung der Ergänzung durch einen dem Verbundenen gleichen oder doch ganz ähnlichen Gegenstand bedürftig ist oder durch die Trennung wertlos wird. Das ist z. B. der Fall bei: den Preßluftreifen eines Kraftwagens oder Fahrrades, abschraubbaren Maschinenteilen, dem Rad eines Wagens (RG 87, 45), einer Tischplatte, Glocke und Zylinder einer Stubenlampe (RG 87, 45), dem Altar einer Kirche. Auch die Öfen für Wohnhäuser wird man, soweit nicht, wie in einzelnen Gegenden, die Verkehrsauffassung entgegensteht, hierher rechnen müssen, da ihr Wesen darin besteht, daß sie zur Erwärmung der Räume eines Hauses dienen. Ist aber die Verbindung eine mehr äußerliche und beeinflußt ihr Zweck das Wesen des Ganzen nicht bestimmend, so daß im Falle einer Trennung das, zu dem das Verbundene hinzugekommen war, auch in anderer Art als gerade mittels einer solchen Verbindung verwendet werden kann (z. B. bei der Verbindung einer Lokomobile mit einer Dreschmaschine, die auch durch andere Triebkräfte in Bewegung gesetzt werden kann, oder bei Aufstellung einer Akkumulatorenbatterie in einem Hause), so wird anzunehmen sein, daß die vereinigten Gegenstände trotz der Verbindung selbständige Sachen geblieben sind (vgl. RG 56, 290 und die obigen Entsch.). Ferner wird in Anwendung des § 95, der allerdings nur von Grundstücken und Gebäuden spricht, aber einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält, zu verlangen sein, daß die Verbindung zu einem dauernden Zwecke erfolgt ist (RG JW 04, 548[2], abw. 06, 417[2]). Doch verlieren Gegenstände nicht dadurch den Charakter als Bestandteile, daß sie zeitweise von der Sache (z. B. zu Zwecken der Reinigung) entfernt werden (OLG 10, 60).

Die Frage, ob Bestandteile oder selbständige Sachen vorliegen, ist besonders wichtig geworden für **Maschinen** (zu einem Fabrikbetrieb bestimmte Gerätschaften, s. § 98 Nr 1), die in einem Fabrikgebäude aufgestellt sind. Von vornherein ist zu verneinen, daß Maschinen Bestandteile einer Fabrikanlage sein können. Eine Fabrikanlage ist nicht ein einziger körperlicher Gegenstand, als dessen Sachteile (Sachstücke) die Maschinen in Betracht kommen könnten; vielmehr besteht sie aus einer Mehrheit von selbständigen Sachen, die nur zu einem wirtschaftlichen Zwecke vereinigt sind (RG 62, 408; 63, 172; 67, 35; Gruch 52, 913; JW 1911, 707[2]). — Ferner können Maschinen als Bestandteile eines Fabrikgebäudes nur dann erachtet werden, wenn sie nach allgemeiner Anschauung als körperlich unselbständige Gebäudeteile (Gebäudestücke) gelten (RG 67, 32; 69, 121; JW 1912, 128[1]; s. auch oben Abs 2 unter a). Letzteres wird nur gegeben sein, wenn die Maschinen zur Herstellung gerade dieses Gebäudes eingefügt sind, das Gebäude also durch die Vereinigung mit ihnen eine besondere Eigenart als Baulichkeit er-

langt hat, oder wenn die Maschinen mit dem Gebäude derart vereinigt sind, daß sie nach allgemeiner Anschauung nicht als körperlich selbständige Maschinen, sondern nur noch als Gebäudestücke in Betracht kommen und das Ganze nur als eine Sache. Im ersteren Falle folgt die Eigenschaft als Bestandteile, und zwar als wesentliche Bestandteile, nicht sowohl aus § 93 als vielmehr aus § 94 Abs 2 (s. § 94 A 7). Eine Einfügung zur Herstellung des Gebäudes wird aber in der Regel nur bei solchen Maschinen in Frage kommen können, die eigens für das betreffende Gebäude angefertigt worden sind (s. § 94 A 7). Nach Preislisten gehandelte Maschinenwaren, wie namentlich Lokomobilen, Motoren und ähnliche Betriebsmaschinen, werden wohl kaum jemals in dieser Weise eingefügt werden, und sie werden daher nicht als Bestandteile des Gebäudes zu erachten sein, es sei denn, daß sie im vorgenannten Sinne mit dem Gebäude vereinigt sind (RG 67, 34; 69, 122; JW 08, 322[2]; 08, 738[3] u. [4]; 1911, 532[2]; 1912, 128[1]; Warn 09 Nr 58; 09 Nr 59; 09 Nr 173; 09 Nr 174; 09 Nr 337; 1910 Nr 97; 1910 Nr 190; 1913 Nr 80, 81; 1918 Nr 155; a. M. bezüglich einer Entstaubungsanlage OLG 35, 290). Der oben aufgestellte Grundsatz, daß unter Umständen auch eine nur lose Verbindung die Bestandteilseigenschaft begründen kann, wird für das Verhältnis von Maschinen zu einem Fabrikgebäude, in der Regel wenigstens, nicht zur Anwendung kommen können, namentlich nicht bei nach Preislisten gehandelten Maschinenwaren; denn bei der Verschiedenheit des Wesens eines Gebäudes und einer Maschine werden beide Sachen im Falle einer nur losen Verbindung nach allgemeiner Anschauung nicht als zu einem einzigen körperlichen Gegenstand vereinigt, sondern als eine Mehrheit selbständiger, nur für einen wirtschaftlichen Zweck zusammengebrachter Sachen erscheinen (vgl. RG 67, 34; 69, 122; JW 1911 S. 317[1], 532[2]; Warn 1910 Nr 97; 1911 Nr 163; 1913 Nr 80; Gruch 58, 887). — An sich nicht völlig gleich mit dem Vorstehenden ist die Frage zu behandeln, ob Maschinen Bestandteile einer Fabrik sein können. Nach § 98 Nr 1 ist unter Fabrik ein für einen Fabrikbetrieb dauernd eingerichtetes Gebäude zu verstehen und sind Baulichkeit und Einrichtung zum Fabrikbetriebe zusammen als eine Sache aufzufassen. Daraus ist jedoch nicht zu folgern, daß Maschinen als Einrichtungsgegenstände Bestandteile der Fabriksache seien. Vielmehr sind nach §§ 97, 98 Nr 1 die zu dem Betriebe bestimmten Maschinen Zubehör der Fabrik, wenn sie zu dieser in einem dem Betriebszweck entsprechenden räumlichen Verhältnisse stehen, vorausgesetzt, daß sie nicht Bestandteile sind. Wenn auch hieraus nicht zu entnehmen ist, daß nach dem Willen des Gesetzes Maschinen regelmäßig als Zubehör der Fabrik anzusehen sein sollen (RG 69, 153; JW 1911, 573[3]), so ergibt doch die Zubehörbestimmung, daß außer dem bezeichneten räumlichen Verhältnisse zwischen Maschinen und Fabrik noch ein weiterer Umstand gegeben sein muß, um die Annahme der Bestandteilseigenschaft zu rechtfertigen. Dieser Umstand aber kann auch hier nur darin gefunden werden, daß die Maschinen zur Herstellung des zum Fabrikbetriebe dauernd eingerichteten Gebäudes eingefügt oder damit in obigem Sinne zu einer einzigen Sache (Sacheinheit im Gegensatz zu einer aus mehreren Sachen bestehenden wirtschaftlichen Einheit) vereinigt sind (vgl. RG 67, 33; 69, 120; JW 1911, 317[1]; 1912, 128[1]; Gruch 58, 888). — Sind Maschinen derart in einem Fabrikraume aufgestellt oder auch am Fabrikgebäude angebracht, daß sie ihre körperliche Selbständigkeit und nach allgemeiner Anschauung ihre Sondereigenschaft als Maschinensachen behalten haben, so sind sie nicht Bestandteile der Fabrik oder des Fabrikgebäudes, sondern sie sind zwar mit diesen Sachen zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes zusammengebracht und bilden insofern mit ihnen eine wirtschaftliche Einheit, jedoch ist das Ganze nicht eine Körpereinheit, eine einzige Sache, sondern eine Mehrheit selbständiger Sachen (RG 67, 30; 87, 46; JW 08, 738[3]; 09 S. 159[2], 267[1], 483[2]; 1911, 532[2]; 1911, 574[4]; 1912, 128[1]; Warn 09 Nr 58, 59; 1910 Nr 97, 190; 1913 Nr 80, 81; 1914 Nr 143; Gruch 58, 888; 61, 918; OLG 28, 17). Dies kann auch dann der Fall sein, wenn bei einer Entfernung der Maschinen einzelne Teile des Gebäudes unbedeutende Beschädigungen, die mit geringen Kosten zu beseitigen wären, erleiden, das Bindemittel, wodurch die Maschinen der Betriebssicherheit wegen mit Unterlageaufbauten verbunden sind, zu zerschlagen, Beschläge zu beseitigen, Schrauben oder Verankerungen herauszunehmen sein würden (RG 83, 69; 87, 46; JW 07, 128[6]; 08, 738[3]; 1911, 532[2]; 1912, 128[1]; Warn 1910 Nr 190; 1911 Nr 163; 1913 Nr 80, 81, 185; 1918 Nr 155; Gruch 58, 887). Daß bei der Lösung Vorsichtsmaßregeln anzuwenden sind, damit nicht der Lösende verletzt wird oder sonst ein Schaden entsteht (wie z. B. bei der Entfernung elektrischer Leitungen), rechtfertigt es nicht, die mit einem solchen Bindemittel verbundenen Maschinen (zum Betriebe bestimmten Gerätschaften) als fest verbunden zu erachten (RG 87, 46). — Anders verhält es sich, wenn die Maschinen mit dem Grund und Boden fest verbunden sind. Dann sind sie nach § 94 Abs 1 Bestandteile, und zwar wesentliche Bestandteile, unmittelbar des Grundstücks selbst. Jedoch wird eine feste Verbindung mit dem Grund und Boden nur ausnahmsweise bei einer solchen Eingrabung und Vermauerung anzunehmen sein, die eine Entfernung der Maschine aus oder von dem Boden ohne wesentliche Zerstörung oder Beschädigung nicht ermöglicht.

Ob etwas Bestandteil oder selbständiger Gegenstand ist, ist, insbesondere auch hinsichtlich der Maschinen, Tatfrage (RG 67, 36; JW 07, 128[6] u. [7]; 1911, 573[3]). Rechtsfrage ist nur die richtige Anwendung der Grundsätze, nach denen das Vorhandensein der Bestandteilseigenschaft festzustellen ist. — **Aus der** neueren **Rechtsprechung** sind folgende **Beispiele** anzuführen: Nicht als Bestandteile sind angesehen worden: eine Steindruckpresse in einer Bilderbücherfabrik (RG JW 07, 128[7]); Schnellpresse und Maschinen in einer Druckerei (RG JW 08, 322[2]; 09, 159[2]); Maschinen in einer Stickereifabrik (RG Warn 08 Nr 491); Webstühle und Maschinen in einer Spinnerei (RG JW 09, 267[1]; 09, 483[2]); eine Sauggasmotoranlage in einem Mühlen- oder Fabrikgebäude (RG Warn 09 Nr 58; 1911 Nr 163); Pendelsäge, Kreissäge, Bandsäge, Schnellbohrmaschine, Schmirgelschleifmaschine, Hobelmaschine, Motoren zur Licht- und Kraftanlage usw. in einer Holzbearbeitungsfabrik (RG Gruch 52, 913); ein Motor in einer Fleischwarenfabrik (RG 69, 117); eine Lokomobile in einem an ein Fabrikgebäude angebauten Schuppen (RG Warn 1910 Nr 97); eine Lokomobile in einem Dampfsägewerk (RG JW 1911, 532[2]; 1912, 128[1]); eine in einem Kesselhaus aufgestellte Lokomobile, obwohl diese die einzige treibende Kraft einer Mühle bildete und das Kesselhaus den Größenverhältnissen der Lokomobile angepaßt worden war (RG Warn 09 Nr 59; 1910 Nr 190); Maschinen für eine Metallwarenfabrik, für ein Elektrizitätswerk (RG Warn 1913 Nr 80, 81); elektrische Beleuchtungskörper in einem großstädtischen Gasthaus (RG Gruch 61, 915 [Warn 1917 Nr 264]); Turbinenanlage für eine Säge- und Mahlmühle (RG Warn 1913 Nr 145); Tanks und Gärbottiche in einem Brauereihaus (RG Gruch 58, 883); Gleisanlage eines Fabrikgrundstücks (RG Warn 08 Nr 114); die von einem Gasanstaltsgrundstück ausgehenden, durch die Ortsstraßen gelegten Gasröhren (RG 61, 24, auch 83, 70; OLG 28, 18; 30, 325); die von einem Elektrizitätswerk ausgehenden, über fremde Grundstücke sich erstreckenden Leitungen und Transformatoren zur Fortleitung und Verteilung elektrischer Kraft (RG 83, 67; 87, 43; Warn 1914 Nr 143; 1918 Nr 155; OLG 28, 18; 30, 324; a. M. OLG 30, 322). Als Bestandteil ist dagegen beurteilt worden: die elektrische Kraftanlage eines Kokswerks (RG 69, 150; nicht bedenkenfrei); die Automateneinrichtung eines Automaten-Restaurationsgebäudes (RG Gruch 53, 897, allerdings unter dem Gesichtspunkte der Einfügung zur Herstellung des Gebäudes; richtiger, weil einheitliche Sache nach § 93, s. § 94 A 7); eine nach Plänen und Skizzen gefertigte maschinelle Mahleinrichtung in einem Mühlengebäude (RG JW 1911, 573[3]).

Heizungs- und Beleuchtungsanlagen in herrschaftlichen Wohnhäusern und in Hotels werden ebenso wie die Öfen als Bestandteile insoweit anzusehen sein, als die einzelnen Einrichtungen nur zu einer derartigen Verwendung für die Zwecke des Hauses bestimmt sind (s. jedoch bezüglich Beleuchtungsanlagen RG Gruch 61, 915 [Warn 1917 Nr 264]; OLG 28, 17). Sie brauchen aber deshalb noch nicht wesentliche Bestandteile zu sein (vgl. RG 58, 338; JW 09, 130[1]; Gruch 46, 856; OLG 14, 8; s. A 5). Gleiches wird anzunehmen sein: von Heizkörperbekleidungen, wenn sie nach Angabe des Eigentümers besonders angefertigt und der Bauart der Wohnräume angepaßt sind (OLG 32, 338; unter Umständen können sie auch als zur Herstellung des Wohnhauses eingefügt anzusehen sein, und dann sind sie wesentliche Bestandteile nach § 94 Abs 2); von Badeeinrichtungen, wenn sie mit Wasseranschlußröhren versehen und in besondern Badezimmern eines herrschaftlichen Hauses angebracht sind (RG 36, 263; Gruch 45, 1006; JW 01, 362; OLG 2, 340).

3. Bestandteile sind wesentlich, wenn **der eine oder der andere** durch die Trennung zerstört oder in seinem Wesen verändert werden würde. Es kommt also allein auf die Zerstörung oder Veränderung der Bestandteile, nicht etwa der ganzen Sache an (RG 62, 409; JW 04, 354[2]; Warn 08 Nr 114; 1911 Nr 163; 1913 Nr 185; OLG 8, 413). Sind die Bestandteile noch in der bisherigen Art wirtschaftlich auszunutzen, sei es auch, daß sie zu diesem Zwecke erst wieder mit andern Sachen verbunden werden müssen, so sind sie nicht wesentliche Bestandteile. Daher sind der Stein am Ring, Rad und Deichsel am Wagen, der Rahmen des Bildes in der Regel (Ausnahmen s. A 5) nicht wesentliche Bestandteile (vgl. Prot 3, 5).

4. Unter **Zerstören** ist die völlige Umänderung der bisherigen körperlichen Beschaffenheit des Bestandteils, nicht die Aufhebung seiner wirtschaftlichen Bedeutung zu verstehen. Die letztere kommt nur bei der Frage der Wesensveränderung in Betracht (str.). Wesentliche Bestandteile sind danach z. B. die Tapeten, da sie beim Abnehmen von der Wand zerrissen werden. Dagegen hat es nicht als Zerstörung zu gelten, wenn bei der Trennung der eine oder der andere Bestandteil eine unerhebliche, leicht zu beseitigende Beschädigung erfährt (s. A 2 Abs 2 a. E.).

5. Für die Entscheidung der Frage, ob ein Bestandteil durch die Trennung **in seinem Wesen verändert wird,** sind, vorausgesetzt, daß eine Sacheinheit feststeht, besonders wirtschaftliche Rücksichten maßgebend, da auf ihnen in erster Linie die Unterscheidung zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen beruht (RG 58, 338; JW 1911, 573[3]). Daher ist Wesensveränderung vor allem Verlust oder Verringerung der bisherigen wirtschaftlichen Bedeutung oder des Wertes. Zum „Wesen" eines Gegenstandes gehören

also alle Eigenschaften, die seine wirtschaftliche Bedeutung begründen. Die natürliche allgemeine Anschauung ist auch hier von Einfluß (RG 69, 121; JW 1912, 128[1]). Jedoch kann man als wesentlich nicht solche Eigenschaften bezeichnen, die nur von untergeordneter Art sind. Eine im Verhältnis zum Werte des ganzen Bestandteils nicht sehr erhebliche Minderung des Wertes eines Teiles und nicht bedeutende Änderung in der wirtschaftlichen Ausnutzungsmöglichkeit ist belanglos (RG 69, 122; JW 09, 130[1]). Daher können von diesem Gesichtspunkte aus Beleuchtungsanlagen eines Wohnhauses oder Hotels je nach Lage der Umstände wesentliche oder unwesentliche Bestandteile sein (RG 58, 338; JW 09, 130[1]; Gruch 46, 856, s. A 2). — Die Verminderung der wirtschaftlichen Bedeutung der ganzen Sache kommt zwar nicht in Betracht (s. A 3); in den Fällen jedoch, in denen der eine Bestandteil als Hauptsache im Sinne des § 947 Abs 2 zu betrachten ist, fällt der wirtschaftliche Zweck der ganzen Sache mit dem des Hauptbestandteils zusammen (vgl. RG 62, 409; JW 05, 387[2]; 1911, 573[3]). Wenn daher zu einem Fabrikbetrieb bestimmte Gerätschaften (Maschinen) wirklich Bestandteile einer Fabrik sind (s. A 2), so sind sie wesentliche Bestandteile, falls der Fabrikbetrieb durch die Entfernung der Maschine unmöglich werden würde (RG 67, 30; 69, 152; OLG 24, 251). — Sonst aber kommt es nicht darauf an, ob das Wesen, das ein Bestandteil durch die Verbindung mit dem andern Bestandteil gewonnen hat, durch die Trennung verändert werden würde; vielmehr ist maßgebend, ob der Bestandteil in dem Wesen, das ihm gegeben wäre, wenn er nicht mit dem andern Bestandteil in Verbindung getreten wäre, eine Veränderung erleiden würde (RG Warn 1913 Nr 185). — Öfen eines Wohnhauses werden in der Regel dessen wesentliche Bestandteile sein, da sie für Wohnzwecke unentbehrlich sind (a. M. OLG 7, 347).

6. Die einzelnen gesetzlichen Merkmale des Begriffs der **wesentlichen Bestandteile** sind in den A 2—5 behandelt. Es gibt jedoch noch einige Arten von Bestandteilen, auf die jene Merkmale nicht genau zutreffen. So hat die Unterscheidung von wesentlichen und nicht wesentlichen Bestandteilen überhaupt nur für zusammengesetzte Sachen (s. A 2) Wert. An Bestandteilen von Einheitssachen (s. A 2) können keine besondern Rechte bestehen, da diese eine feste Begrenzung des Bestandteils voraussetzen. Alle Bestandteile einer Einheitssache sind daher wesentlich (str.). — Wesentliche Bestandteile müssen ferner die Teile des Erdbodens sowie die Teile des Luftraums über einem Grundstück sein. Dagegen sind die einzelnen Flächenteile eines Grundstücks unwesentliche Bestandteile. Sie können mit besondern Rechten belastet werden. Doch sollen sie nach der Ordnungsvorschrift des § 6 GBO vorher abgeschrieben werden. Eine für sich allein auf einem Grundbuchblatt stehende Liegenschaft (vgl. §§ 3, 5 GBO) ist eine selbständige Sache, niemals Bestandteil (oder Zubehör) eines andern Grundstücks (RG JW 1910, 60[1]). Vgl. auch § 873 A 4 sowie §§ 890, 1131. Über Anlandungen, entstehende Inseln und verlassene Flußbetten vgl. Art 65 EG., dazu RG 70, 148.

7. Das Gesetz bestimmt zwingend (RG 62, 410; 74, 203), daß wesentliche Bestandteile **nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können.** Es können also weder während der Verbindung eines wesentlichen Bestandteils mit der Sache am Bestandteil ein vom Eigentum an der Sache verschiedenes Eigentum oder andere dingliche Rechte begründet werden, noch bleiben solche Rechte bestehen, wenn ein bisher selbständiger Gegenstand zum wesentlichen Bestandteil einer Sache wird. Für den letzteren Fall bestimmen die §§ 946—949, welches die Rechtsfolgen einer derartigen Verbindung sind. Danach wird insbesondere das, was wesentlicher Bestandteil einer Sache wird, Eigentum des Sacheigentümers, ohne daß es auf den Willen der Beteiligten ankommt, und sogar gegen ihn (RG 94, 129). Es ist deshalb ein Eigentumsvorbehalt an einem Gegenstande, der zum wesentlichen Bestandteil einer im Eigentum eines andern stehenden Sache wird, unwirksam (RG 50, 241; 62, 410; 63, 420; 69, 153; 73, 335; 74, 203; 90, 202; JW 04 S. 138[2], 548[2]; 06, 417[2]; 09, 484[3]; Gruch 45, 1006; 57, 899; SeuffA 66 Nr 322; OLG 6 S. 214, 215). Die Verbindung eines unter Eigentumsvorbehalt verkauften Gegenstandes mit einer Sache kann auch nicht als eine nur zu einem vorübergehenden Zwecke erfolgte (§ 95) angesehen werden (RG 62, 410; 63, 421; JW 06, 189[3]). Das vorbehaltene Eigentum geht vielmehr unter. Selbst dann, wenn es an dem Bestandteile durch Zeichen kenntlich gemacht worden ist (RG JW 04, 138[2]). Ferner erstreckt sich die Hypothek auf die wesentlichen Bestandteile des Grundstücks, auch wenn an ihnen fremdes Eigentum vorbehalten war und trotz Kenntnis des Hypothekengläubigers vom Vorbehalt (RG 69, 150; 73, 335; 90, 202; JW 04, 138[2]; SeuffA 59 Nr 218; 66 Nr 322; OLG 22, 120). Beim Verkauf eines Grundstücks kann sich der Verkäufer nicht das Eigentum an einem darauf stehenden Gebäude vorbehalten (KGJ 25 A 139). Im Falle der Zwangsversteigerung eines Grundstücks erwirbt der Ersteher das Eigentum an den wesentlichen Bestandteilen auch dann, wenn hinsichtlich ihrer ein Eigentumsvorbehalt bestand, und selbst wenn der Zuschlagsbeschluß die Bestandteile ausdrücklich von dem Zuschlage ausnimmt oder bezüglich ihrer das Verfahren eingestellt worden ist (RG 50, 241; 67, 30; 74, 203; 90, 202; JW 02, 229[1]; 09, 484[3]; OLG 25, 250). Doch kann dem Ersteher im Zuschlagsbeschlusse (z. B. durch den Vermerk, daß die Sache von der Versteigerung ausgeschlossen werde, oder, daß die Sache

auf den Ersteher nicht übergehe) die persönliche Verpflichtung auferlegt werden, die Bestandteile herauszugeben (RG 74, 204; JW 09, 484[3]; 1911, 599[56]; Gruch 46, 865), und zwar an denjenigen, der die Ausschließung der Bestandteile von der Versteigerung veranlaßt hat (RG 74, 206; Gruch 46, 870). Im Konkurse begründet ein Eigentumsvorbehalt und persönlicher Anspruch auf Abtrennung eines wesentlichen Bestandteils kein Aussonderungsrecht (RG 63, 307; JW 06, 417[2]). — Ferner kann an stehenden Bäumen nicht das Eigentum übertragen oder ein anderes dingliches Recht daran begründet werden; auch die Bestellung sowie die Eintragung einer im Grundbuche eingetragenen „Abholzungsgerechtigkeit" ist unwirksam (RG 60, 317). — Weiter ist ein Sondereigentum an einem Stockwerk eines Gebäudes nach den §§ 93, 94 ausgeschlossen (RJA 6, 83; SeuffA 58 Nr 187). Das zur Zeit des Inkrafttretens des BGB nach einigen Rechten bestehende Stockwerkseigentum bleibt aber gemäß Art 182 EG bestehen. — Zulässig dagegen ist die Begründung der lediglich persönlichen Verpflichtung, einen wesentlichen Bestandteil von einer Sache abzutrennen (RG 60, 319; 63, 307; Gruch 52, 919; OLG 22, 122); wie überhaupt auch wesentliche Bestandteile (z. B. Holz auf dem Stamme ohne den Grund und Boden) Gegenstand schuldrechtlicher Rechtsgeschäfte (z. B. Kauf, Miete) sein können (RG Warn 1919 Nr 155). Ebenso ist ein Sonderbesitz an wesentlichen Bestandteilen einer Sache (z. B. ungetrennten Bodenerzeugnissen) möglich, wenn wirkliche und ungehinderte Einwirkung auf die Bestandteile zusteht (str.; vgl. § 865; OLG 26, 1; Befugnis des Besitzers zur Abtrennung, § 997). — Früchte auf dem Halm unterliegen nach § 810 ZPO ausnahmsweise (s. OLG 2, 341) der Pfändung. — Sonderrechte nach früherem Recht an Gegenständen, die nach §§ 93 f. BGB wesentliche Bestandteile sind, erlöschen gemäß Art 181 EG mit dem Inkrafttreten des BGB (RG 56, 243; JW 03 Beil 90; 04, 89[6]; 1912, 129[2]).

§ 94

Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks gehören¹) die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen²), insbesondere Gebäude³), sowie die Erzeugnisse des Grundstücks⁴), solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen⁵) wird mit dem Aussäen, eine Pflanze⁶) wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks.

Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes gehören¹) die zur Herstellung des Gebäudes eingefügten Sachen⁷).

E I 783, 784 II 77e; M 3 42; P 3 6.

1. **Zu den wesentlichen Bestandteilen eines Grundstücks** bzw. **Gebäudes gehören** die in § 94 genannten Sachen ohne Rücksicht darauf, ob auf sie die Voraussetzungen des § 93 zutreffen. § 94 gibt nicht Beispiele zu § 93, sondern erweitert den Kreis der wesentlichen Bestandteile. — Indem § 94 bestimmte Sachen für wesentliche Bestandteile erklärt, sagt er auch, daß sie überhaupt Bestandteile sind. Es darf also nicht erst gefragt werden, ob eine Pflanze, ein Gebäude oder eine zur Herstellung eines Gebäudes eingefügte Sache Bestandteil des Grundstücks oder Gebäudes geworden ist; anders wie in § 93, wo die Bestandteilseigenschaft als eines der Merkmale des Begriffs der wesentlichen Bestandteile aufgestellt ist (vgl. § 93 A 2; RG JW 09 S. 159[2], 267[1], 483[2]). Wohl aber wird auch bei § 94 davon auszugehen sein, daß das Gesetz unter (wesentlichen) Bestandteilen nur Teile einer einheitlichen körperlichen Sache, nicht bloß eines wirtschaftlichen Ganzen versteht, und dieser Gesichtspunkt wird bei der Auslegung des § 94, insbesondere für die Frage, was mit den „zur Herstellung eines Gebäudes eingefügten Sachen" gemeint ist, zu verwenden sein (vgl. RG 67, 30). — Es kann vorkommen, daß ein Gegenstand mit zwei Sachen derartig verbunden ist, daß er nach § 93 oder § 94 als wesentlicher oder auch unwesentlicher Bestandteil der einen wie der andern Sache erscheint. Besonders kommt hier die Verbindung mit benachbarten Grundstücken in Betracht. Dann muß in Anwendung des Grundsatzes des § 905 (Raum über und unter der Erdoberfläche), der auch aus den §§ 921—923 ersichtlich ist, das Eigentum an dem betreffenden Gegenstande in der Weise geteilt werden, daß jedem Grundstückseigentümer das Eigentum an dem innerhalb seiner Grenzen befindlichen Teile des Gegenstandes, z. B. eines auf zwei Grundstücken errichteten Gebäudes, zusteht (str.; RG 70, 209; 72, 272; JW 1911 S. 211[5] u. 366[20]; SeuffA 67 Nr 367; auch RG 53, 307; 65, 363; A 3; sowie hinsichtlich des Falles, daß beim Überbau der Bauende das Nachbargrundstück hinzuerwirbt, § 912 A 10). Nur fallen bei dem Abbruche des Gebäudes diejenigen Gebäudeteile, die von der Grenze durchschnitten werden, in das Miteigentum der Grundstückseigentümer, wenn sie unteilbar sind (RG 70, 202). Wenn der Gegenstand dagegen ausschließlich wesentlicher Bestandteil des einen ist und er bezüglich des andern Grundstücks nur als unwesentlicher Bestandteil behandelt werden könnte, wird er ausschließlich als Bestandteil des

ersteren Grundstücks anzusehen sein (vgl. RG 72, 273). Das gilt auch, wenn hinsichtlich des einen Grundstücks die Voraussetzungen des § 95 zutreffen (Verbindung zu vorübergehendem Zwecke oder in Ausübung eines Rechtes). So ist z. B. die zu einer Kohlenabbaugerechtigkeit gehörende, auf einem fremden Grundstücke errichtete Anlage nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit diesem Grundstücke verbunden und daher ausschließlich wesentlicher Bestandteil der Gerechtigkeit (RG 61, 188). Ein Überbau ist Eigentum des Überbauenden, wenn er nach § 912 berechtigt ist, den Überbau auf dem fremden Grundstücke zu behalten (vgl. RG 72, 272; A 3). Hinsichtlich der Röhren- und Drahtleitungen eines Elektrizitäts-, Gas- oder Wasserwerks, mit dem sie verbunden sind, gilt folgendes. Sind sie mit dem Grund und Boden, auf dem das Werk sich befindet, fest verbunden im Sinne des § 94 Abs 1, was in der Regel nicht der Fall sein wird (vgl. RG Warn 1915 Nr 271), so sind sie (wesentliche) Bestandteile dieses Grundstücks, soweit es reicht; andernfalls sind sie Zubehör nach §§ 97 Abs 1, 98 Nr 2 (RG 83, 69; 87, 50). Soweit sie von dem Eigentümer des Werkes in Ausübung eines dinglichen Rechtes oder nur vorübergehend (§ 95) über fremde Grundstücke geleitet sind, sind sie nicht Bestandteile dieser Grundstücke, auch wenn sie mit ihnen fest verbunden sind, sondern, da sie insoweit rechtlich als bewegliche Sachen gelten, Zubehör (nicht Bestandteile) des zuerst genannten Grundstücks (RG 83, 69; 87, 50; Warn 1918 Nr 155; anders nach früherem Recht RG 39, 205; 48, 267; 61, 192, wo die Leitungen, auch soweit sie sich auf fremden Grundstücken befanden, als Substanzteile des zuerst genannten Grundstücks erachtet worden sind).

2. **Die mit dem Grund und Boden fest verbundenen Sachen** sind wesentliche Bestandteile des Grundstücks, ohne daß es darauf ankommt, zu welchem Zwecke und von wem die Verbindung vorgenommen ist (RG 63, 419; vgl. jedoch 61, 192). Was feste Verbindung ist, kann nicht für alle Fälle gleich entschieden werden. Dies ist im wesentlichen Tatfrage (RG 50, 243; JW 04, 110[4]). Die Verbindung muß aber derartig sein, daß die Bestandteile nicht ohne Beschädigung des einen oder andern Teiles voneinander getrennt werden können oder die Trennung so erhebliche Schwierigkeiten bereitet, daß die Kosten der Trennung im Vergleiche zum Werte des einen oder andern Bestandteils unverhältnismäßig hoch sind (vgl. RG Warn 1914 Nr 143; OLG 38, 29). So liegt z. B. eine feste Verbindung nicht vor, wenn Maschinen nur durch Schrauben oder ein Bindemittel, wie Zementguß, am Fundament befestigt sind und von ihm losgelöst werden können, ohne daß sie selbst oder das Gebäude erheblich beschädigt werden (RG JW 04, 110[4]; 08, 738[3] u. [4]; 09, 267[1]; 1912, 128[1]; Warn 09 Nr 59; 1910 Nr 97, 190; 1913 Nr 80, 81, 185; 1918 Nr 155; SeuffA 61 Nr 217; OLG 7, 349; 10, 59; 12, 11; s. § 93 A 2). Keine feste Verbindung ist auch die Befestigung einer Akkumulatorenbatterie an der Wand durch Drähte (RG 56, 288). Nicht fest verbunden sind ferner z. B.: Leitungsmasten einer Anlage zur Erzeugung und Übertragung elektrischer Kraft, wenn sie aus dem Erdboden leicht herausgenommen werden können, ohne daß der Erdboden abgegraben werden muß oder die Masten beschädigt werden (RG Warn 1914 Nr 143); Gleisanlage auf einem Fabrikgrundstück zum Anschluß an eine Eisenbahn (OLG 28, 18); Hopfen- oder Bohnenstangen. Fest verbunden sind dagegen in den Boden eingegrabene Mauern, Zäune, Rohrleitungen. Vgl. auch RG JW 08, 295[1] (Wellblechbaracke mit gemauerten Fundamentpfeilern und Giebeln). Auch Steine einer gepflasterten Straße oder einer Überfahrt über einen städtischen Bürgersteig werden (nicht nach § 93, a. M. OLG 34, 4, sondern) als mit dem Grund und Boden fest verbunden nach § 94 für wesentliche Bestandteile des Straßen- bzw. Bürgersteiggrundstücks zu erachten sein.

3. Ein **Gebäude** ist grundsätzlich nur so weit wesentlicher Bestandteil eines Grundstücks, als es mit diesem fest verbunden ist, also darauf steht. Reicht ein Teil des Gebäudes (z. B. die Giebelmauer oder die Umfassungsmauer) über die Grenze des Grundstücks hinaus, so ist dieser Teil Bestandteil des angrenzenden Grundstücks (str.; RG 70, 209; JW 1911, 366[20]; s. A 1; a. M. OLG 13, 311; JW 1912, 1037). Von diesem Grundsatz macht das BGB nur Ausnahmen in § 95 und in dem darauf fußenden § 912 (RG 65, 363; 72, 272; 83, 148; 94, 133; JW 1911 S. 211[5] u. 366[20]; s. auch A 1). Vgl. aber über Giebelmauern auf der Grenze § 95 A 5. — Die wesentlichen Bestandteile eines Gebäudes sind auch wesentliche Bestandteile des Grundstücks, und zwar im Sinne des Abs 1 sowohl dann, wenn die Wesentlichkeit auf § 94 Abs 2, als auch, wenn sie auf § 93 beruht (RG 50, 243; 63, 419; 83, 148; JW 07, 300[2]; 08, 295[1]). — Unwesentliche Bestandteile des Gebäudes können nicht wesentliche Bestandteile des Grundstücks sein, obwohl der Ausdruck „Gebäude" an sich auch die unwesentlichen Bestandteile umfaßt. — Aus dem (bisherigen) § 1017 Abs 1 ist zu folgern, daß § 94 Abs 1 Satz 1 auch auf das Erbbaurecht Anwendung findet (KGJ 39 B 87). Daher sind Gebäude, die der Erbbauberechtigte auf dem Erbbaugrund errichtet hat, Bestandteile des Erbbaurechts. Bestandteile des Grundstücks sind solche Gebäude nach § 95 Abs 1 nicht. Anders verhält es sich mit Gebäuden, die der Grundstückseigentümer auf dem Erbbaugrund errichtet hat. Sie sind nach § 94 Abs 1 Satz 1 Bestandteil des Grundstücks, nicht des Erbbaurechts. Dieses erstreckt sich auf solche Gebäude nur ebenso, wie auf den Grund und Boden (KGJ 39 B 90; vgl. § 95 A 5). Vgl. jetzt VO über das Erbbaurecht v. 15. 1. 1919 §§ 12, 38.

4. Über die **Erzeugnisse des Grundstücks** s. § 99 A 3. Über Zulässigkeit der Pfändung der Früchte auf dem Halm s. § 93 A 7.

5. **Samen** von Pflanzen wird mit dem Aussäen wesentlicher Bestandteil ohne Rücksicht darauf, ob er keimt und ob er in die Erde aufgenommen wird. Ob der Aussäende der Eigentümer des Grundstücks ist oder nicht, ist für die Frage der Bestandteilseigenschaft belanglos.

6. **Pflanzen** werden mit dem Einpflanzen wesentliche Bestandteile, ohne daß es darauf ankommt, ob sie Wurzel geschlagen haben. Daher kann das Eigentum am Holz auf dem Stamme nicht übertragen und auch kein dingliches Abholzungsrecht begründet werden (RG 60, 317; s. § 93 A 7). Über Pflanzen in Baumschulen s. § 95 A 2.

7. Was als **zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt** anzusehen ist, ist streitig. Der Ausdruck „Gebäude" wird in einem weiteren und einem engeren Sinne gebraucht (vgl. RGSt 4, 164; 7, 263; 10, 103). So bezeichnet man als Gebäude ein Fabrikgebäude, wenn es noch leer steht, wie auch dann, wenn es mit Einrichtungen versehen ist, die seine Bestandteile geworden sind. Im letzteren Falle dient die Bezeichnung des Hauptbestandteils zugleich als Bezeichnung für die aus ihm und andern Bestandteilen gebildete neue Sache. In § 94 Abs 2 sind Gebäude im engeren Sinne als gemeint zu erachten. Würde man dies nicht annehmen, so müßten zunächst fast alle Bestandteile eines Gebäudes (im weiteren Sinne) als wesentliche angesehen werden, obwohl kein Grund für die Ausschaltung unwesentlicher Bestandteile bei Gebäuden ersichtlich ist (vgl. RG JW 1911, 574[4]). Sodann spricht auch die Entstehungsgeschichte des § 94 für die engere Auslegung. Der Ausdruck „zur Herstellung eines Gebäudes eingefügt" ist an Stelle des bisher üblichen Ausdrucks „Baumaterialien" nur deshalb in das Gesetz aufgenommen worden, weil unter Baumaterialien lediglich die zur Errichtung eines Gebäudes notwendigen Sachen verstanden wurden (M 3, 44). Danach muß angenommen werden, daß unter den zur Herstellung eines Gebäudes eingefügten Sachen im wesentlichen die Baumittelstücke zu verstehen sind (vgl. RG JW 1911, 574[4]; Warn 1913 Nr 80; Gruch 58, 885), und daß dazu entsprechend dem gewöhnlichen Sprachgebrauch alles gehört, was zur Herstellung eines fertigen Gebäudes als Baulichkeit dient. Das sind z. B. bei einem Wohnhause die Baumittelstücke der Mauern (nebst Verkleidung, Stuck, Putz, Betonklötze, Zieraten), der Fußböden und Decken, des Daches, der Treppen, Fenster, Türen, Jalousien u. dgl. (RG 62, 248; 94, 132; JW 07, 300[3]; SeuffA 65 Nr 17; OLG 6, 215; 15, 325; 22, 120). Andere mit dem Hause zwar verbundene, aber zu seiner Gestaltung als Gebäude nicht mitwirkende Sachen (z. B. Öfen, Kochmaschinen, Badeeinrichtungen, Beleuchtungs-, Heizungs-, Wasserleitungsanlagen) können wohl Bestandteile (auch wesentliche Bestandteile) nach § 93 (s. dort A 2 Abs 4), nicht aber auf Grund des § 94 Abs 2 sein (vgl. RG 73, 334; Gruch 58, 886). Dazu ist hinsichtlich des Verhältnisses des § 94 Abs 2 zu § 93 zu bemerken, daß § 94 Abs 2 nicht etwa für Gebäudebestandteile als eine den § 93 erläuternde Vorschrift anzusehen ist, sondern selbständige Bedeutung hat. Es kann daher die Eigenschaft eines wesentlichen Gebäudebestandteils nach § 93 gegeben sein, während sie nach § 94 Abs 2 nicht vorliegt (s. unten), und umgekehrt (RG 63, 418; 90, 201). In letzterer Hinsicht kommt besonders in Betracht der Fall, daß es sich um Sachen handelt, die nicht fest mit dem Gebäude verbunden sind und ohne große Schwierigkeit und wesentliche Beschädigung ihrer selbst und des Gebäudes aus diesem entfernt werden können; sind solche Sachen zur Herstellung des Gebäudes eingefügt, so sind sie gemäß § 94 Abs 2 trotz ihrer losen Verbindung wesentliche Bestandteile des Gebäudes (s. unten), während nach § 93 möglicherweise, etwa weil sie ihre körperliche Selbständigkeit bewahrt hätten (s. § 93 A 2), die Bestandteilseigenschaft zu verneinen wäre (RG 90, 201). — Je nachdem Zwecke, dem das Gebäude dient, werden auch die Baumittelstücke verschieden sein. Es kommt also darauf an, ob eine Sache zur Herstellung eines Gebäudes gerade der betreffenden Art eingefügt ist, so daß das Gebäude erst hierdurch zu dem, was es ist, geworden ist (RG 50, 241; JW 07, 128[6]). Zu den wesentlichen Gebäudebestandteilen nach § 94 Abs 2 gehört mithin nicht nur, was zur Herstellung einer jeden Baulichkeit notwendig ist, was man als gewöhnliche, für jede Baulichkeit erforderliche Baumittelstücke bezeichnen kann, sondern auch, was durch seine Verarbeitung dem betreffenden Gebäude ein bestimmtes Gepräge, seine besondere Eigenart gegeben hat (RG 90, 201; JW 1911 S. 532[2] u. 574[4]). So ist z. B. eine bei dem Neubau eines mit Personen-, Last- und Speiseaufzügen versehenen modernen Hotelgebäudes gemäß dem Bauplan eingebaute elektrische Aufzugsanlage als zur Herstellung dieses besonders gearteten Hotelgebäudes eingefügt, als wesentlicher Bestandteil des Hotelgebäudes nach § 94 Abs 2 zu erachten (RG 90, 198). Anderseits jedoch ist immer daran festzuhalten, daß als dasjenige, zu dessen Herstellung eine Sache eingefügt sein kann, nur ein Gebäude im engeren Sinne in Betracht kommt. Daher ist es insbesondere unerheblich, ob durch die Verbindung einer Sache mit dem Gebäude erst ein wirtschaftlicher Betrieb, für den das Gebäude eingerichtet ist, ermöglicht wird (RG JW 1911, 574[4]; vgl. jedoch RG 50, 241; 63, 419; JW 05, 387[2]; 06, 543[6]; 07, 128[6]). — Auch bei einem für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude im

Sinne des § 98 Nr 1 (Fabrik) wird sich das Gebäude im engeren Sinne (also im Sinne des § 94 Abs 2) in der Regel aus nicht wesentlich andern Baumittelstücken zusammensetzen wie den oben bezüglich des Wohnhauses aufgeführten. Nicht sind bei einem so eingerichteten Gebäude sämtliche Einrichtungsgegenstände ohne weiteres als im Sinne des § 94 Abs 2 zur Herstellung des Gebäudes eingefügt und deswegen als wesentliche Bestandteile zu erachten. Solche Gegenstände können zwar, wenn sie nicht etwa gemäß §§ 97, 98 Nr 1 als zum Betriebe bestimmte Gerätschaften Zubehör sind, Bestandteile, auch wesentliche, des eingerichteten Gebäudes sein. Aber nicht, wenigstens in der Regel nicht, nach § 94 Abs 2, sondern nur, wenn die Voraussetzungen des § 93 vorliegen, wenn also sie mit der Baulichkeit zusammen nach allgemeiner Anschauung als eine einzige Sache gelten und sie und die Baulichkeit voneinander nicht getrennt werden können, ohne daß sie oder die Baulichkeit zerstört oder im Wesen verändert werden (vgl. § 93 A 2ff.). Ein zu einem gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtetes Gebäude ist, auch wenn es mit den Einrichtungsgegenständen zusammen eine einzige Sache bildet, hinsichtlich des Umfangs der Bestandteile und der Erfordernisse für die Eigenschaft der Bestandteile als wesentlicher eine anders geartete Sache wie das im § 94 Abs 2 gemeinte Gebäude, das lediglich die zu seiner Herstellung eingefügten Gegenstände als wesentliche Bestandteile in sich schließt (RG JW 1911, 574[4]; Warn 1913 Nr 80; Gruch 58, 886). Danach werden Maschinen (zum Fabrikbetriebe bestimmte Gerätschaften, s. § 98 Nr 1), auch wenn sie für den Fabrikbetrieb wesentlich sind, in der Regel nicht auf Grund des § 94 Abs 2 (wesentliche) Bestandteile des Gebäudes sein (RG 67, 30; JW 1911, 532[2]; Gruch 58, 886; OLG 30, 320; 35, 289; 38, 29; s. § 93 A 2). Vielmehr kann dies (nach § 94 Abs 2) nur dann angenommen werden, wenn Maschinen und Gebäude eine untrennbare Einheit bilden und letzteres als Baulichkeit durch die Verbindung mit den ersteren eine besondere Eigenart gewonnen hat. Das wird bei der Beschaffenheit der Maschinen in der Regel nur der Fall sein können, wenn Maschinen und Gebäude besonders aufeinander gearbeitet, insbesondere die ersteren an die Bauart, die Gliederung des Gebäudes angepaßt sind (RG JW 08, 323[2]; 09, 130[1]; 09, 159[2]; 09, 267[1]; 1911 S. 532[2], 573[3]; Warn 09 Nr 58; 09 Nr 59; 1910 Nr 97; 1910 Nr 190; 1913 Nr 81; OLG 35, 289). — „Einfügen zur Herstellung" bedeutet, daß der Gegenstand zwischen Teile des Gebäudes gebracht und durch Einpassen in eine für ihn bestimmte Stelle mit den ihn umschließenden Stücken vereinigt wird, und zwar derart, daß durch ihn das betreffende Gebäude in seiner Sonderart und zu seinem Sonderzwecke mit hergestellt wird (RG 56, 288; 60, 423; 62, 252; 63, 419; JW 08, 322[2]; 09, 267[1]; 09, 483[2]; 1911 S. 532[2] u. 574[4]; 1912, 128[1]; Warn 09 Nr 58; 09 Nr 59; 1913 Nr 80; 1918 Nr 155; Gruch 58, 885). Dabei ist hauptsächlich der Unterschied zwischen einem bloßen Hineinstellen in ein Gebäude aus wirtschaftlichen Gründen (vgl. RG 56, 288; JW 1911, 532[2]; Gruch 58, 886) und der Verbindung zum Zwecke der Herstellung des Gebäudes selbst von Wesentlichkeit. Entscheidend ist also der Zweck der Verbindung, auf die Art kommt es nicht an (RG 62, 251; 63, 416; Warn 1913 Nr 81). Die Verbindung braucht insbesondere nicht eine feste im Sinne des § 94 Abs 1 zu sein (RG 60, 423; 62, 251; 63 S. 173, 419; 90, 201; OLG 2, 340; 6, 215; 12, 6; 13, 310; 15, 325). Daher sind z. B. auch die nur eingehängten Türen und Fenster wesentliche Bestandteile (RG 62, 251; 90, 201; OLG 15, 325; 29, 358), auch hölzerne Fensterläden (RG 60, 421), ebenso die Drehtüre eines Speisehauses (OLG 13, 310). Ferner ist das Gebälk eines noch nicht im Mauerwerk verankerten Dachstuhls zur Herstellung des Gebäudes eingefügt, da die erforderliche körperliche Verbindung durch die eigene Schwere des Gebälks hergestellt wird (RG 62, 248). Jedoch eine zwecks Herstellung des Gebäudes erfolgte körperliche Verbindung muß immer vorliegen. Dies ist z. B. nicht schon dann der Fall, wenn Fenster oder Türen zu einem Neubau lediglich auf das Grundstück geschafft oder nur probeweise eingehängt und nach Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Arbeiten wieder herausgenommen, mithin nicht zu dem Zwecke der Herstellung eines beweglichen Abschlusses der Fenster- oder Türöffnungen, sondern zu einem vorübergehenden Zwecke im Sinne des § 95 Abs 2 eingefügt sind (RG Warn 1915 Nr 6; OLG 15, 325; 22 S. 120, 392; a. M. OLG 28, 16 bezüglich Türen, die bereits mit Bändern versehen, eingepaßt und zur weiteren Fertigstellung wieder ausgehängt sind). Bleibt aber ein zunächst nur versuchsweise Eingefügtes in dem Gebäude so, daß es dann als zur Herstellung des demnächst fertiggestellten Gebäudes anzusehen ist, so ist es nach Abs 2 wesentlicher Bestandteil des Gebäudes (RG 94, 133). — Daß die Einfügung der Sache zur Errichtung des Gebäudes notwendig war, ist nicht erforderlich (s. oben). Daher ist z. B. auch überflüssiger Zierat an der Mauer oder eine Marmortreppe in einem einfachen Miethause wesentlicher Bestandteil. Ebenso ein Freskogemälde im Treppenflur eines Hauses (vgl. RG 79, 397).

§ 95

Zu den Bestandteilen eines Grundstücks gehören solche Sachen nicht[1]), die nur zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden ver-

bunden sind²). Das gleiche gilt von einem Gebäude³) oder anderen Werke⁴), das in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke⁵) von dem Berechtigten mit dem Grundstücke verbunden worden ist⁶).

Sachen, die nur zu einem vorübergehenden Zwecke²) in ein Gebäude eingefügt sind, gehören nicht zu den Bestandteilen des Gebäudes³).

E I 783 Abs 2, 785 II 77 f; M 3 43; P 3 6; 6 119.

1. Die in § 95 genannten Sachen sind **nicht Bestandteile** des Grundstücks oder Gebäudes, weder wesentliche noch unwesentliche. Sie sind vielmehr selbständige Sachen, an denen besondere Rechte möglich sind. Streitig ist, ob sie zu den beweglichen Sachen zu rechnen sind. Vielfach wird angenommen, daß es auf ihre natürliche Beschaffenheit ankomme, und daß, wenn sie hiernach als unbeweglich anzusehen seien, alle auf Grundstücke bezüglichen Vorschriften des BGB mit Ausnahme derjenigen, die eine Grundbucheinrichtung voraussetzten, auf sie Anwendung finden müßten. Dem kann aber nicht beigetreten werden. Das BGB unterscheidet nicht zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen, sondern nur zwischen Sachen der ersteren Art und Grundstücken. Zu den letzteren gehören die Sachen des § 95 nicht, also sind sie (z. B. auch Gebäude, von einem Elektrizitätswerk aus über fremde [gemietete, s. A 2] Grundstücke nach Ortschaften in der Umgegend gehende Fernleitungen) rechtlich als bewegliche Sachen anzusehen (RG 55, 284; 59, 19; 87, 51; Gruch 59, 112; JW 1912, 129²; Warn 1918 Nr. 155; SeuffA 60 Nr 1; KGJ 39 B 92; OLG 30, 326; § 90 A 1 Abs 4), und es sind alle für diese geltenden Vorschriften auf sie anzuwenden. Sie können daher auch Zubehör des Grundstücks, auf dem sie stehen, oder eines andern Grundstücks sein, wie z. B. ein Maschinenhaus oder Vergnügungsveranstaltungen auf einem gepachteten Nachbargrundstück, die vorgenannten, von einem Elektrizitätswerk ausgehenden Fernleitungen auf gemieteten Grundstücken (RG 55, 281; 87, 51; Warn 1918 Nr. 155; JW 01, 184). Ebenso gelten sie für die Zwangsvollstreckung als bewegliche Sachen (Pfändung und Versteigerung durch Gerichtsvollzieher). Eigentum daran wird nach den §§ 929 ff. erworben (RG JW 1912, 129²; Gruch 59, 112). Der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892) erstreckt sich nicht auf sie, auch wenn sie im Grundbuche als Bestandteile des Grundstücks angegeben sind (RG 61, 193; 73, 129). Der Erwerber muß sich also gemäß §§ 932 ff. bei der Übergabe im guten Glauben befinden. Eine Hypothek kann an ihnen nicht bestellt werden. Ebensowenig erstreckt sich auf sie eine am Grundstücke bestehende Hypothek, selbst bei gutem Glauben des Gläubigers (RG 61, 193). Nur ausnahmsweise wird es zulässig sein, einzelne auf Grundstücke bezügliche, durch Parteivereinbarung abänderbare Vorschriften nach dem vom Gesetze verfolgten Zweck und dem zu vermutenden Parteiwillen auch auf Sachen des § 95, die nach der Verkehrsanschauung als unbeweglich gelten, entsprechend anzuwenden, z. B. § 565 Abs 1 (Kündigungsfrist bei der Grundstücksmiete). — Hinsichtlich der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB auf einem Grundstück befindlichen Gebäude bestimmt sich gemäß Art 181 EG die Frage, ob einem andern als dem Eigentümer des Grund und Bodens das Eigentum daran zustand, nach bisherigem Recht (RG JW 1912, 129², auch 00, 890; 02 Beil 189). Wenn aber nach §§ 93 ff. die Gebäude wesentliche Bestandteile sind, ist das etwaige Sondereigentum daran mit dem Inkrafttreten des BGB erloschen, da nach Art 181 EG auf das bestehende Eigentum, also auch auf den Umfang des Eigentums, das BGB Anwendung findet und gemäß § 93 wesentliche Bestandteile nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können (RG 56, 243; JW 03 Beil 90; 04, 89⁶; 1912, 129²).

2. Sachen sind **zu einem vorübergehenden Zwecke mit dem Grund und Boden verbunden** (Abs 1) bzw. **in ein Gebäude eingefügt** (Abs 2), wenn bei der Verbindung oder Einfügung die spätere Trennung beabsichtigt war oder sonst die Verbindung nach der Natur des Gegenstandes zeitlich begrenzt ist (RG 61, 191; 62, 411; 63, 421; 66, 89; Warn 1913 Nr 39; OLG 20, 38). Darauf, ob die Trennung erst nach längerer oder kürzerer Zeit erfolgt, kommt es nicht an, wenn sie nur von vornherein mit Sicherheit erwartet werden kann (RG 61, 192; 63, 421; 87, 51; Gruch 59, 110 [Pacht auf 25 Jahre mit der Aussicht auf noch weitere Pachterlangung]; OLG 15, 308). So ist z. B. die Verbindung zu Zwecken des Bergbaubetriebs eine nicht dauernde, da das Bergwerk allmählich erschöpft wird (RG 61, 192). Ferner ist nur der von dem Einfügenden erwartete regelmäßige Verlauf der Dinge zu beachten. Deshalb macht ein Eigentumsvorbehalt an der eingefügten verkauften Sache, der den Veräußerer für den Fall der Nichtzahlung des Kaufpreises sichern soll, die Einfügung nicht zu einer vorübergehenden, da die Parteien verständigerweise erwarten, daß der Kaufpreis gezahlt wird (RG 62, 411; 63, 422). Unerheblich ist es, wer die Verbindung oder Einfügung vorgenommen hat, und (anders wie nach E I 785) ob der Verbindende oder Einfügende dazu berechtigt war (RG JW 04, 336¹; Warn 08 Nr 114; 1913 Nr 39; SeuffA 60 Nr 1). — Zu vorübergehendem Zweck mit dem Grund und Boden ver-

bunden sind z. B.: Schaubuden, Gerüste (RG Warn 1910 Nr 154); Gebäude für die Zwecke einer einzelnen Ausstellung (RG JW 01, 184); auch die Pflanzenbestände einer Baumschule, die nur so lange im Boden bleiben sollen, bis sie verkaufsfähig geworden sind, und die als lebende Pflanzen verkauft werden sollen (RG 66, 88; SeuffA 59 Nr 149; OLG 20, 38). Mit einem Gebäude zu einem vorübergehenden Zweck verbunden sind z. B. Türen oder Fensterflügel zu einem Neubau, die, selbst noch nicht völlig fertiggestellt, nur probeweise, nicht zur Herstellung eines beweglichen Abschlusses der Tür- und Fensteröffnungen, eingehängt und nach Prüfung der Ordnungsmäßigkeit der Arbeiten wieder herausgenommen worden sind (RG Warn 1915 Nr 6; vgl. § 94 A 7 a. E.). Ferner gehören hierher die vom Mieter oder Pächter ausdrücklich oder stillschweigend nur für die Pacht- oder Mietzeit verbundenen oder eingefügten Sachen oder solche, die lediglich seinem persönlichen Bedürfnisse dienen; z. B. Fensterrolläden, Sicherheitsketten, Briefkästen, Gasuhren, Wassermesser, von einem Elektrizitätswerk ausgehende, über fremde zur Aufstellung der Leitungsmasten gemietete Grundstücke hinweg nach Ortschaften in der Umgegend führende Fernleitungen (RG 55, 284; 59, 20; 63, 421; 83 60; 87, 51; Gruch 59, 110; Warn 1918 Nr. 155; JW 04, 336[1]; 1912, 129[2]; SeuffA 60 Nr 1; KGJ 39 B 91; OLG 5, 76; 12, 11; 14, 108; 20, 37). Nicht dagegen Sachen, die auch über die Miet- oder Pachtzeit hinaus mit dem Grundstück oder Gebäude verbunden bleiben sollen (z. B. Straßenbahnschienen, wenn die Stadt das Recht hat, nach Beendigung des Vertrags mit der Straßenbahngesellschaft deren Anlagen zu übernehmen), oder wenn die Dauer der Verbindung sonst unabhängig vom Miet- oder Pachtverhältnis ist (z. B.: Pflanzungen eines Pächters, die nicht wie in einer Baumschule zum Verkaufe lebender Pflanzen dienen sollen, Prot 3, 11, RG Gruch 59, 111; Verbindung durch den Pächter zum Zwecke der Erfüllung einer ihm dem Verpächter gegenüber obliegenden Verpflichtung, wie Instandsetzung oder Instandhaltung, RG Warn 1913 Nr 39; Gruch 59, 111). Vgl. auch RG Warn 09 Nr 176 (eine vom Eigentümer angeschaffte Lokomobile, die der Pächter demnächst eingebaut hat). Aber gerade bei besonders wertvollen Sachen von dauerndem Bestande wird die Verbindung, wenn sie nicht etwa in Erfüllung einer Verpflichtung aus dem (Miet- oder) Pachtvertrage vorgenommen wird, als eine zum vorübergehenden Zwecke bewirkte zu erachten sein, wie die Verbindung von Gebäuden oder maschinellen Einrichtungen, da nicht die Absicht des Pächters (Mieters) bestehen wird, diese Sachen auf dem Grundstück nach Beendigung der Pacht-(Miet-)Zeit zu belassen (RG Gruch 59, 111). — Auch wenn die Sachen gemäß § 94 Abs 1 mit dem Grund und Boden fest verbunden sind, kann die Verbindung einen bloß vorübergehenden Zweck haben (RG 55, 281; 61, 188; 87, 50; Warn 1918 Nr 155). — § 95 spricht zwar nur von der Verbindung mit einem Grundstück oder Gebäude, hat aber eine allgemeine Bedeutung. Nach allgemeiner Anschauung macht eine nicht dauernde Verbindung auch bewegliche Gegenstände nicht zu Bestandteilen einer Sache (vgl. § 93 A 2).

3. Der Ausdruck **„Gebäude“** (Begriffsbestimmung s. § 912 A 4) ist hier im weiteren Sinne (§ 94 A 7) gebraucht. Er umfaßt die nach §§ 93 oder 94 wesentlichen und unwesentlichen Bestandteile des Gebäudes. Auch Sachen, die mit einem Gebäude, das nach § 95 nicht Grundstücksbestandteil ist, fest verbunden, also seine wesentlichen Bestandteile nach § 93 (entsprechende Anwendung des § 94 Abs 1; vgl. § 93 A 2) sind, gehören, auch wenn sie selbst nicht in Ausübung eines Rechtes eingefügt sind, nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks (§ 94 A 3).

4. **Werk** (vgl. §§ 836 ff., 908) ist eine einem bestimmten Zwecke dienende, nach gewissen Regeln der Kunst oder der Erfahrung unter Verbindung mit dem Erdkörper hergerichtete leblose Sache (RG 60, 139; 76, 261). Nicht also z. B. Pflanzen, die vom Nießbraucher (oder Pächter, s. A 2) zu Zwecken der Fruchtgewinnung eingesetzt sind. Beispiele von Werken sind dagegen Röhren- und Drahtleitungen (OLG 18, 85), Bahndamm mit Schienengeleisen (RG JW 08, 196[10]), Baugerüst (RG JW 1910, 288[21]), Zaun (OLG 20, 37).

5. **In Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke** sind Sachen nach dem Sprachgebrauche des BGB nur dann verbunden, wenn ein dingliches Recht die Befugnis zur Verbindung gewährt (str.). Die Verbindung durch einen Mieter oder Pächter fällt also nicht unter Abs 1 Satz 2 (Prot 3, 11). Doch wird sie in der Regel nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgen (s. A 2). Nach dem BGB kommen als dingliche Rechte in Betracht das Erbbaurecht, die Dienstbarkeiten, der Nießbrauch und das Recht, einen Überbau zu haben (§ 912; vgl. § 94 A 1). Ihnen stehen die auf Landesrecht beruhenden dinglichen Rechte gleich (vgl. RG 72, 272). Beim Erbbaurecht ist zu unterscheiden zwischen Gebäuden, die vom Grundstückseigentümer, solchen, die von einem Dritten in Ausübung eines Rechtes, und solchen, die vom Erbbauberechtigten selbst mit dem Erbbaugrund verbunden worden sind. Die ersteren sind Bestandteile des Grundstücks (§ 94 Abs 1 Satz 1), die zweiten sind weder Bestandteile des Grundstücks noch des Erbbaurechts (§ 95 Satz 2), die dritten sind Bestandteile des Erbbaurechts (früher § 1017 Abs 1, § 94 Abs 1 Satz 1; jetzt VO v. 15. 1. 1919 § 12). Auf die ersteren Gebäude erstreckt sich das Erbbaurecht ebenso wie auf den Grund und Boden (KGJ 39 B 89; vgl. § 94

A 3). — Wegen des Überbaues eines Gebäudeteils auf ein Nachbargrundstück vgl. § 912 A 10. Wird in geschlossenen Ortschaften bei Errichtung eines Neubaues eine Giebelmauer über die Grenze hinübergebaut mit der ausdrücklich oder stillschweigend von den Nachbarn vereinbarten Bestimmung, daß, wenn auf dem Nachbargrundstück ebenfalls ein Gebäude errichtet wird, der Eigentümer dieses Grundstücks an die Mauer anbauen und sie als Giebelmauer für sein Gebäude verwenden dürfe, so ist der über die Grenze hinausgehende Teil der Mauer als in Ausübung eines bedingten Rechtes mit dem Nachbargrundstück verbunden anzusehen. Der Mauerteil ist zunächst gemäß § 95 nicht Bestandteil des Nachbargrundstücks, sondern Bestandteil des Gebäudes und somit des Grundstücks des Bauenden (§ 94 A 3). Baut demnächst auch der Nachbar, so hört das Recht des zuerst Bauenden auf und wird der Mauerteil nunmehr nach § 94 Abs 1 wesentlicher Bestandteil des Nachbargrundstücks. Der Nachbar hat dann gemäß §§ 951, 812 den zuerst Bauenden wegen der Kosten der Herstellung des Mauerteiles zu entschädigen, es gehen auf die beiderseitigen Sondernachfolger die Rechte und Pflichten hinsichtlich der Entschädigung auch ohne Eintragung im Grundbuche über, da die Entschädigung die Gegenleistung für die Duldung des Anbaues ist, hinsichtlich deren die Rechte und Pflichten auf die betreffenden Sondernachfolger übergegangen sind, und finden hinsichtlich Benutzung der ganzen Mauer die §§ 921, 922 Anwendung (vgl. die sich gegen **RG** JW 1911, 366[20] wendenden Urteile in JW 1912 S. 491 u. 1037; vgl. ferner hinsichtlich der sog. Kommunmauer nach Münchner Übung **RG** Warn 1915 Nr. 225, 270, wo die nämlichen Grundsätze dargelegt sind und nur dahingestellt gelassen ist, ob durch den Anbau die über die Grenze hinüberreichenden Mauerteile Bestandteile des Grundstücks [und somit nach § 946 Eigentum] des Anbauenden werden).

6. Unter **Grundstück** ist hier nicht nur der Grund und Boden zu verstehen, sondern es gehören auch alle nach §§ 93, 94 wesentlichen Bestandteile, insbesondere Gebäude dazu, obwohl diese, anders wie in Abs 2, nicht erwähnt sind. Das muß daraus gefolgert werden, daß auch die „Rechte an dem Grundstück" alle diese Bestandteile ergreifen und daß andernfalls das Ergebnis widersinnig wäre. Ist dagegen ein Gebäude nach § 95 nicht Bestandteil des Grundstücks, so sind die in Ausübung eines Rechtes mit ihm verbundenen Sachen wesentliche Bestandteile des Gebäudes, falls die Voraussetzungen der §§ 93, 94 vorliegen. Dies wird zwar nur selten der Fall sein, da derartige Sachen nach allgemeiner Anschauung häufig nicht als Bestandteile des Gebäudes angesehen werden, ist aber doch nicht völlig ausgeschlossen (z. B. Einbauung von Öfen in einem Wohnhause durch den Nießbraucher).

§ 96

Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind¹), gelten als Bestandteile des Grundstücks²).

E I 788 II 77g; M 3 92; P 3 17.

1. Als **Rechte, die mit dem Eigentum an einem Grundstücke verbunden sind,** die also dem jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zustehen (sog. subjektiv-dingliche Rechte), kommen nach dem BGB in Betracht die Grunddienstbarkeiten (§ 1018), das dingliche Vorkaufsrecht (§ 1094 Abs 2) und das Recht auf eine Reallast (§ 1105 Abs 2). Weitere Rechte dieser Art sind nach Landesrecht z. B.: bei den durch landschaftliche Kreditanstalten (vgl. Art 167 EG) oder diesen gleichzustellende Pfandbriefinstitute beliehenen Grundstücken das Guthaben des Eigentümers in dem Tilgungsfonds der Pfandbriefshypothek, sofern nach der Satzung das Tilgungsguthaben nicht von dem Eigentum am Grundstück getrennt werden kann (**RG** 74, 402; JW 07, 702[2]; Warn 1915 Nr 196; SeuffA 60 Nr 306; 64 Nr 456; OLG 24, 247; 30, 327; 38, 127); Gewerbe- und Apothekerberechtigungen, soweit sie nicht „selbständige", also nicht mit dem Eigentum an einem Grundstücke verknüpfte Berechtigungen sind (**RG** 67, 226; JW 09, 475[47]; KGJ 33 A 216; OLG 12 S. 143, 144); Fischereiberechtigungen (KGJ 34 A 218); Abdeckereigerechtigkeit (**RG** 83, 198). Ferner die aus öffentlichen Verhältnissen hervorgegangenen, aber doch dem privaten Vermögensrecht angehörenden, einem landwirtschaftlichen Grundstück zustehenden Branntweinsteuerkontingente nach dem früheren Branntweinsteuergesetz v. 15. 7. 09 (**RG** 83, 57; nicht dagegen die einer Zündholzfabrik zustehenden Zündwarensteuerkontingente nach dem früheren Zündwarensteuergesetz v. 15. 7. 09; **RG** 83, 54). Sie können auch öffentlich-rechtlicher Natur sein (z. B. das Patronatsrecht). Es ist möglich, aber nicht notwendig, daß sie zugleich objektiv-dinglich (Rechte an einem Grundstück) sind. — Nicht ein Recht im Sinne des § 96 ist: ein schuldrechtliches Vertragsrecht, auch wenn es in einem tatsächlichen, geschäftlichen Zusammenhange mit einem Unternehmen steht, das auf einem Grundstück betrieben wird (**RG** Warn 1916 Nr. 126); das Recht auf Schatzerwerb (RJA 3, 136). Über das Kellerrecht vgl. **RG** 56, 258.

2. Die Rechte **gelten als Bestandteile des Grundstücks,** d. h. das Gesetz behandelt sie, obwohl sie nicht wirkliche Bestandteile, Sachteile des Grundstücks, sind, als Bestandteile,

um auf sie die für Bestandteile geltenden Vorschriften zur Anwendung bringen zu können, welche eine derartige Anwendung überhaupt zulassen (**RG** 83, 200; Warn 1916 Nr. 126). Daraus ergibt sich, daß dingliche Rechte am Grundstück auch diese Berechtigungen miterfassen, und daß sie für die Hypothek nach § 1120 haften (**RG** 83, 200, auch 54). Letzteres kann jedoch nicht gelten, wenn sie öffentlich-rechtlicher Natur sind. — Nach § 8 GBO sind sie auf dem Blatte des Grundstücks (Bestandsverzeichnis) zu vermerken. — Soweit aber Bestimmungen, die für Bestandteile vorgesehen sind, nicht in Betracht kommen, sind sie trotz der Verbindung mit dem Grundstück als für sich bestehende Rechte zu beurteilen (z. B. wenn sie [beispielsweise eine dem Grundstück zustehende Grunddienstbarkeit] zusammen mit dem Grundstücke verkauft werden, hinsichtlich der Haftung des Verkäufers für ihr Nichtbestehen nach § 437, wobei in der Zusicherung ihres Bestehens ihr Mitverkauf zu finden sein wird [nicht etwa die Zusicherung einer Eigenschaft des Grundstücks im Sinne des § 459 Abs 2, da, was nach dem Gesetz als Bestandteil gelten soll, nicht zugleich als eine Eigenschaft der betreffenden Sache angesehen werden kann]; **RG** 83, 200; 93, 73 [unter Aufgeben von **RG** 61, 84 insofern, als dort angenommen ist, es stelle das Recht, die Bebauung einer vor dem berechtigten Grundstücke liegenden Grundfläche zu verbieten, eine Eigenschaft des Grundstücks im Sinne des § 119 Abs 2 und auch des § 459 Abs 2 dar]; Gruch 58, 949). — § 96 sagt nur, daß die Rechte als Bestandteile, nicht, daß sie als wesentliche Bestandteile gelten, schließt aber auch dies nicht aus. Es kommt vielmehr auf die Natur des einzelnen Rechtes an, ob es vom Eigentum am Grundstücke getrennt und Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein kann (§ 93). Grunddienstbarkeiten, Vorkaufsrecht und Reallast sind danach, soweit ihre Bestandteilseigenschaft für die Gesetzesanwendung in Betracht kommt, als wesentliche Bestandteile zu behandeln (vgl. §§ 1103, 1110; **RG** 93, 73). Ebenso nach Landesrecht das Jagdrecht (vgl. **RG** 70, 73), ferner das Guthaben an dem landschaftlichen Tilgungsfonds (s. A 1), sofern es nach der maßgebenden Landschaftsordnung jeder Trennung von dem Grundstücke entzogen ist (vgl. **RG** 74, 403).

§ 97

Zubehör[1]) sind bewegliche Sachen[2]), die, ohne Bestandteile der Hauptsache[3]) zu sein, dem wirtschaftlichen Zwecke[4]) der Hauptsache[5]) zu dienen[6]) bestimmt[7]) sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden[8]) räumlichen Verhältnisse[9]) stehen. Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird[10]).

Die vorübergehende Benutzung[11]) einer Sache für den wirtschaftlichen Zweck einer anderen begründet nicht die Zubehöreigenschaft. Die vorübergehende Trennung[12]) eines Zubehörstücks von der Hauptsache hebt die Zubehöreigenschaft nicht auf[13]).

E I 789 II 77h; M 3 61; P 3 17.

1. Zubehör sind selbständige bewegliche Sachen, die mit einer andern Sache zusammen eine wirtschaftliche Einheit bilden, dieser andern Sache aber untergeordnet sind. Wenn sie ihr gleichgeordnet sind, liegt eine Sachgesamtheit vor. Hierüber vgl. § 90 A 1. Da die Zubehörstücke nicht Sachteile sind, folgen sie nicht wie die Bestandteile ohne weiteres den rechtlichen Schicksalen der Hauptsache. Sie brauchen daher nicht dem Eigentümer der Hauptsache zu gehören (**RG** 53, 350; SeuffA 63 Nr 1). Auch Gegenstand anderer dinglicher Rechte (mit Ausnahme des Pfändungspfandrechts, s. unten) können sie sein. Das Gesetz enthält keine allgemeinen Vorschriften über ihre Rechtsstellung, sucht jedoch durch eine Reihe von Einzelvorschriften den wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen Hauptsache und Zubehör zu wahren. In dieser Hinsicht kommen z. B. folgende Vorschriften in Betracht: Nach § 314 erstreckt sich die Verpflichtung zur Veräußerung oder Belastung einer Sache im Zweifel auf das Zubehör. Das gleiche gilt nach § 498 für den Wiederkauf, nach § 2164 für das Vermächtnis. — Während grundsätzlich für die Übertragung des Eigentums und die Bestellung dinglicher Rechte am Zubehör die §§ 929ff. gelten, geht mit der Auflassung und Eintragung auch das Eigentum am Zubehör eines Grundstücks ohne weiteres auf den Grundstückserwerber über, falls die Parteien nicht den Eigentumserwerb daran ausschließen wollten (§ 926). Ebenso wird der Rechtsübergang hinsichtlich des mitbelasteten Zubehörs bei einem Erbbaurecht (§ 1017; § 11 E.VO), Nießbrauch (§§ 1031, 1062), Wohnungsrecht (§ 1093) und dinglichen Vorkaufsrecht (§ 1096) behandelt. Um das Eigentum an fremden Zubehörstücken kraft guten Glaubens zu erwerben, ist jedoch Erlangung des Besitzes erforderlich (§ 926 Abs 2). — In § 1551 werden die Zubehörstücke eines Grundstücks für die Fahrnisgemeinschaft zum unbeweglichen Vermögen gerechnet. — Nach den §§ 1120ff. erstreckt sich die Hypothek an einem Grund-

stück auf die Zubehörstücke, die dem Eigentümer des Grundstücks gehören. Dasselbe gilt nach § 1265 für das Pfandrecht an einem Schiffe. Vgl. auch § 1135. — Nach § 865 Abs 2 ZPO können Zubehörstücke eines Grundstücks nicht gepfändet werden, sondern unterliegen nur zusammen mit dem Grundstück der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (RG 59, 88; 60, 73). — Auch der Konkursverwalter darf nicht über die zum Grundstücke des Gemeinschuldners gehörenden Zubehörstücke zum Nachteile der Hypothekengläubiger verfügen (RG 69, 85; OLG 37, 212). — In §§ 20 Abs 2, 21, 55, 90 Abs 2, 148 Abs 1 ZVG sind besondere Vorschriften über die Wirkung der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung auf Zubehörstücke enthalten.

2. **Bewegliche Sachen** können Zubehör sein; also alle Sachen außer den Grundstücken. Daher auch Gebäude, die nach § 95 nicht Bestandteile eines Grundstücks sind (RG 55, 281, § 95 A 1). Ferner lebende Tiere (A 6, § 98 A 13). Ein Grundstück kann einem andern Grundstück nur als Bestandteil zugeschrieben werden (s. § 93 A 6, § 890 Abs 2; vgl. § 1131 über die Wirkung der Zuschreibung hinsichtlich der Hypotheken). Rechte können nicht Zubehör, sondern nur Bestandteile nach § 96 sein (RG 83, 56). Was Bestandteil eines Grundstücks ist, gilt (sofern nicht Ausnahmefall nach § 95 vorliegt, s. § 95 A 1) nicht als bewegliche Sache und kann daher nicht Zubehör sein, insbesondere nicht Zubehör eines andern Grundstücks oder eines auf einem andern Grundstück befindlichen Gebäudes (RG 55, 283; 87, 50). Daher würden Fernleitungen, die von einem Elektrizitätswerksgebäude ausgehen und die erzeugte elektrische Kraft über fremde Grundstücke hinweg nach Ortschaften in der Umgegend hinaussenden, nicht Zubehör des Elektrizitätswerks sein, wenn sie Bestandteile der fremden Grundstücke (von deren Grenzen ab, RG 65, 363; 70, 201; 87, 50) wären, insbesondere durch feste Verbindung ihrer Leitungsmasten oder Kabel mit dem Grund und Boden gemäß § 94 Abs 1 (RG 87, 50; Warn 1918 Nr 155; jedoch werden in der Regel mit den Eigentümern der fremden Grundstücke Mietverträge geschlossen sein, so daß § 95 Anwendung findet, s. § 95 A 1).

3. Zubehör sind Sachen nur, wenn sie **nicht Bestandteile der Hauptsache** sind. Darüber, wann dies der Fall ist, s. § 93 A 2 u. § 94 A 7. — Streitig ist, ob solche Sachen, die zwar gegenwärtig selbständige Sachen, aber dazu bestimmt sind, Bestandteile der Hauptsache zu werden, Zubehör sein können, solange sie selbständig sind. Dies muß bejaht werden. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, daß die Zubehöreigenschaft nicht erst mit der wirklichen Benutzung, sondern schon mit der Bestimmung für die Zwecke der Hauptsache entsteht (s. A 7), und daß deshalb auch solche Sachen als Zubehör angesehen werden können, die gerade durch die Benutzung, zu der sie bestimmt sind, ihre Zubehöreigenschaft verlieren (z. B. Kohlen durch den Verbrauch, Versandgefäße bei einer Fabrik durch Versendung an die Kunden; RG 84, 285; Gruch 53, 899, s. A 6). Auch die Erwähnung des Düngers und Saatgetreides, deren bestimmungsgemäßer Gebrauch gerade in dem Verbrauche besteht, in § 98 spricht dafür. Daß dies Ausnahmen sein sollen, ist in keiner Weise kenntlich gemacht, vielmehr entspricht ihre Aufführung den hergebrachten Rechtsanschauungen schon des gemeinen Rechtes (RG 66, 358). Auch ließe sich sonst die Annahme der Zubehöreigenschaft von künstlichem Dünger, die auch die herrschende Meinung anerkennt, nicht rechtfertigen. Es ist also lediglich festzustellen, ob die Sachen dadurch, daß sie in die Hauptsache eingefügt werden, deren wirtschaftlichem Zweck dienen. Daher sind z. B. Vorräte (Materialreserven) einer Fabrik, die zur Ausbesserung (z. B. der Herde, Öfen, Wannen einer Glashütte) oder zum Ersatz alter abgenützter Betriebsteile dienen, sowie Kohlenvorräte, die auf einem Ziegeleigrundstücke lagern und für den Betrieb der Ziegelei bestimmt sind, Zubehör (RG 66, 356; 77, 39; 86, 330; Gruch 53, 901; A 6). Ebenso wird man zum Fabrikbetriebe bestimmte Gerätschaften (Maschinen), die auf dem Fabrikgrundstücke behufs künftiger Verwendung lagern, als Zubehör ansehen müssen, ohne Rücksicht darauf, ob sie durch die Ingebrauchnahme Bestandteile werden oder selbständige Sachen bleiben (vgl. RG 51, 272). Andere Beispiele sind die mit Fahrrädern und Kraftfahrzeugen mitgeführten Ersatzstücke (Preßluftreifen). Auch die zur Errichtung eines Gebäudes bestimmten, auf einem Baugrundstücke lagernden Baumittelstücke (z. B. Mauersteine, Balken, Türen, Fenster, s. RG JW 1910, 4[1]) sind danach als Zubehör des Grundstücks zu betrachten (str.; RG 84, 284; 86, 330; OLG 8, 418; 13, 313; 14, 10; a. M. OLG 4, 21; 14, 12; 14, 13; 15, 325; 22, 120). Allerdings kann von Zubehör zu einer Hauptsache nicht gesprochen werden, wenn die Hauptsache noch gar nicht besteht, vielmehr erst durch die zu ihrer Herstellung bestimmten Gegenstände gebildet werden soll (vgl. RG 89, 64). Daher sind z. B. beieinander liegende Gegenstände, aus denen eine bewegliche Sache angefertigt werden soll, auch wenn diese schon teilweise fertig ist, nicht Zubehör. Im Verhältnisse zu den Baumittelstücken für einen Neubau aber ist als Hauptsache das Baugrundstück anzusehen, nicht das erst zu errichtende Gebäude. Das Baugrundstück hat den wirtschaftlichen Zweck, durch Bebauung nutzbar gemacht zu werden, und diesem Zwecke dienen die Baumittelstücke dadurch, daß sie zu einem Gebäude verbunden werden (RG 84, 285; 86, 330; ähnlich OLG 8, 418). Anders verhält es sich mit den auf

einem Fabrikgrundstücke lagernden Rohstoffvorräten; vgl. hierüber A 6. Auch sind auf einem Grundstück unbenutzt lagernde Maschinen, die bei einem zu einem gewerblichen Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude zum Betriebe bestimmt sind, wenn das Gebäude noch nicht fertiggestellt ist und sie daher nicht Zubehör des bisher Erbauten sind (s. § 98 A 4), nicht unmittelbar Zubehör des Grundstücks, da ihre Zweckbestimmung nur ist, dem wirtschaftlichen Zwecke des hergestellten und zum Betriebe eingerichteten Gebäudes zu dienen, nicht dagegen schon vor dieser Gebäudefertigstellung dem Grundstücke zu seiner Nutzbarmachung durch Bebauung Hilfssachen zu sein (RG 89, 65). — Aus der Fassung des Gesetzes („ohne Bestandteile der Hauptsache zu sein") ergibt sich nicht, daß die in den §§ 97, 98 genannten Sachen in der Regel selbständige Sachen und nur ausnahmsweise Bestandteile sind (RG 63, 418; 69, 151; s. jedoch bezüglich der Maschinen § 93 A 2).

4. Die Sachen müssen bestimmt sein, **dem wirtschaftlichen Zwecke** der Hauptsache zu dienen. Ein solcher Zweck der Hauptsache ist nur dann gegeben, wenn diese selbst durch ihre körperliche Beschaffenheit oder andere nach der Verkehrsauffassung erhebliche Umstände darauf eingerichtet ist, in bestimmter Art wirtschaftlich genutzt zu werden. Dabei ist aber unter „wirtschaftlichem" Benutzen nicht bloß ein solches zu verstehen, das auf vermögensrechtlichem Gebiete liegt, sondern ein jedes der Zweckbestimmung entsprechendes Benutzen, das durch das Zubehör gefördert wird (RG 47, 199; OLG 6, 270). Daher wird z. B. auch eine Orgel als Zubehör einer Kirche zu erachten sein (vgl. RG JW 1910, 466[1]); ferner Gobelins als Zubehör eines Schlosses, sofern sie nicht nach der Art ihrer Anbringung ihre Eigenschaft als selbständige bewegliche Sachen verloren haben und daher als (unwesentliche) Bestandteile des Schloßgebäudes anzusehen sind (vgl. Warn 1919 Nr 45, auch § 93 A 1). Bei einem Elektrizitätswerksgebäude sind die davon ausgehenden Fernleitungen dem wirtschaftlichen Zweck jenes zu dienen bestimmt, da das Elektrizitätswerk ohne das Leitungsnetz nicht die von ihm erzeugte elektrische Kraft an die Ortschaften in der Umgegend hinaussenden könnte (RG 87, 49). — Die Einrichtung muß ferner für die Dauer berechnet sein (vgl. im § 98: „für einen gewerblichen Betrieb dauernd eingerichtet"), darf also nicht für einen von vornherein feststehenden Zeitraum und nicht bloß für die persönlichen Bedürfnisse des derzeitigen Eigentümers getroffen sein (RG JW 09, 70[2]; Warn 09 Nr 491; 1913 Nr 127; 1917 Nr 171; Gruch 53, 900; OLG 22, 125; auch § 98 A 4). Die Verkehrsauffassung (z. B. hinsichtlich des Verhältnisses einer Ladeneinrichtung zu einem Gebäude) ist dabei entscheidend (RG JW 09, 485[5]). Es ist aber nicht notwendig, daß die Hauptsache ausschließlich für einen bestimmten wirtschaftlichen Zweck verwendbar ist, wenn nur die gegenwärtige Einrichtung auf die Dauer berechnet ist (RG 48, 209; OLG 5, 78; 6, 212; 22, 122; 24, 247; auch RG JW 09, 70[2]). So sind z. B. die für einen Theaterbetrieb bestimmten, im Theatergebäude aufbewahrten Kostüme und sonstigen Theaterrequisiten Zubehör des Theatergrundstücks, wenn der Grundstückseigentümer zugleich der Theaterunternehmer ist (OLG 30, 328). Dagegen sind Reitpferde, deren Vermietung auf einem Grundstück gewerbsmäßig betrieben wird, nicht als Zubehör des Grundstücks zu erachten, wenn keine Reitställe eingerichtet sind (OLG 34, 5).

5. Was als **Hauptsache** anzusehen ist, sagt das Gesetz nicht. Es kommt ebenso wie im § 947 Abs 2, wo derselbe Ausdruck in etwas abweichendem Sinne (nämlich in der Bedeutung als Hauptbestandteil) wiederkehrt, auf die allgemeine natürliche Anschauung an (vgl. auch §§ 470, 651 Abs 2). — Aus § 98 ergibt sich, daß Grundstücke und Gebäude (diese, wenn die Zubehörstücke lediglich in wirtschaftlicher Beziehung zum Gebäude stehen) stets als Hauptsache anzusehen sind (RG 87, 49; § 98 A 2). Daraus folgt, daß auch ein Teil einer Sache (eines Grundstücks, eines Gebäudes) als Hauptsache gelten kann; mittelbar ist dann aber auch die ganze Sache Hauptsache und das Zubehör des Bestandteils auch Zubehör des Ganzen (RG 48, 207; 89, 63; Gruch 54 134; Warn 09 Nr 491; 1910 Nr 132; OLG 6 S. 212, 270; 22, 122; 24, 247; § 98 A 2). — Sind mehrere grundbuchmäßig selbständige Grundstücke einheitlich zu einem Betriebe eingerichtet, so kommt es für die Frage, ob das eine oder das andere Grundstück gegenüber den beweglichen Einrichtungsgegenständen als die Hauptsache anzusehen ist, darauf an, welches Grundstück den Mittelpunkt der einheitlichen Bewirtschaftung bildet (z. B. ist nicht der Gastwirtschaftsgarten, sondern das mit den Gastwirtschaftsgebäuden versehene Grundstück die Hauptsache, RG Warn 1910 Nr 314). — Auch bewegliche Sachen (Kraftfahrzeuge, Eisenbahnwagen, Schiffe) können Hauptsache sein; nicht aber unkörperliche Gegenstände, mit Ausnahme der grundstücksgleichen Rechte (§ 90 A 1). Die Schuldurkunde ist also im Sinne des BGB nicht Zubehör der Forderung, obwohl sie ihr rechtliches Schicksal nach § 952 teilt. Auch eine nur wirtschaftliche Einheit ist nicht die vom Gesetz gemeinte Hauptsache (RG 41, 320; JW 07, 129[3]; § 98 A 4). — Eine Sache kann Zubehör mehrerer Hauptsachen sein, auch wenn diese verschiedenen Eigentümern gehören (vgl. RG 41, 320; OLG 35, 291; a. M. OLG 10, 61). Die für Zubehör geltenden Rechtssätze lassen sich darauf regelmäßig in entsprechender Weise anwenden. So geht z. B. bei der Veräußerung des einen von zwei Grundstücken,

die bisher demselben Eigentümer gehört haben, das Miteigentum am Zubehör nach § 926 auf den Erwerber über (a. M. anscheinend OLG 35, 291 für den Fall, daß eines von zwei mehreren Miterben gehörenden Nachlaßgrundstücken, zu denen gemeinschaftliches Zubehör gehört, an einen der Miterben übertragen wird). Der Anteil, der jedem der Grundstückseigentümer an dem Zubehör gebührt, ist dann nach den besondern Verhältnissen der Grundstücke, insbesondere ihrer Größe, zu ermitteln. Ähnliche Grundsätze werden Platz greifen, wenn von einem Grundstück ein Teil abveräußert wird. Doch wird hier die Vermutung des § 314 oft nicht entsprechend anwendbar sein, z. B. wenn der veräußerte Teil einem besondern wirtschaftlichen Zweck dient oder im Verhältnis zum Rest geringfügig ist. — Vgl. für Seeschiffe § 478 HGB, für Bergwerke RG JW 07, 129[8].

6. Die Sachen müssen bestimmt sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu **dienen**, ihre wirtschaftliche Ausnutzung zu ermöglichen oder erleichtern, und zwar in einer Weise, daß sie als der Hauptsache untergeordnet erscheinen, zu dieser im Abhängigkeitsverhälints stehen (RG 86, 328). Daher sind die auf einem Fabrikgrundstücke lagernden, zur Verarbeitung in der Fabrik bestimmten Rohstoffvorräte nicht Zubehör der Fabriksache, da aus ihnen zwar dadurch, daß sie im Betriebe der Fabrik umgearbeitet oder verarbeitet werden, Fabrikwaren hergestellt werden sollen, aber sie und die Fabriksache hinsichtlich der Selbständigkeit sich als gleichwertig und gleichwichtig zu achtende, voneinander unabhängige Sachen gegenüberstehen (RG 86, 326, auch 55, 288; Warn 1919 Nr. 168; anders verhält es sich bezüglich der Kohlenvorräte, s. unten, und bezüglich der Materialreserve und der Baumittelstücke, s. A 3). Was ferner nur Ergebnis der wirtschaftlichen Ausnutzung ist und für die künftige Benutzung nicht verwendet werden soll, dient nicht mehr der Hauptsache. Daher sind die in einem Wirtschaftsbetriebe erzeugten, zum Verkauf bestimmten Waren (z. B. Ziegel in einer Ziegelei, Kunststeine, Baumschulbestände, unvermietete Gasuhren einer Gasfabrik) nicht Zubehör (RG 66, 90; SeuffA 62 Nr 130; 67 Nr 257; OLG 14 S. 9, 106; 20, 38; 22, 124). Weiter sind Waren, deren Veräußerung und Verbrauch den Gegenstand eines Geschäftsbetriebes bildet, nicht Zubehör eines Grundstücks, das dem Geschäftsbetriebe dient, so z. B. Weinvorräte, Vorräte zur Beköstigung der Gäste nicht Zubehör eines Gastwirtschaftsgrundstücks (OLG 31, 311; auch 30, 329). — Nicht notwendig aber ist es, daß die Zubehörstücke dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache unmittelbar dienen; es genügt, daß sie dem Wirtschaftsbetriebe irgendwelche Vorteile zu bringen bestimmt sind. Daher sind Gondeln auf einem in der Nähe eines Gastwirtschaftsgrundstücks befindlichen Teich, die dem Vergnügen der Gäste dienen und dadurch die Anziehungskraft der Gastwirtschaft erhöhen sollen, deren Zubehör (RG 47, 197). Ebenso ist der Hotelomnibus Zubehör des Gasthofs, auch wenn zuweilen andere Personen als Hotelgäste damit befördert werden (RG 47, 200). Ferner dienen dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache die zum Vertriebe der fertiggestellten Waren bestimmten Gegenstände, z. B. Pferde und Wagen, Versandgefäße (RG 47, 262; JW 95, 607[51]; 96, 361[35]; 07, 703[3]; Gruch 53, 899). — Auch solche Sachen können den Zwecken der Hauptsache dienen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder der Veräußerung besteht (RG 66, 358). Ein Grund dafür, verbrauchbare Sachen niemals als Zubehör anzusehen, ergibt sich aus dem Gesetze nicht. Vielmehr erwähnt dieses in § 98 selbst Dünger und landwirtschaftliche Erzeugnisse. Daher sind die auf einem Fabrikgrundstück befindlichen, für den Fabrikbetrieb bestimmten Kohlenvorräte Zubehör, denn sie haben die Bestimmung, durch ihre Verwendung zur Feuerung der Maschinen als Hilfsmittel des Betriebes den wirtschaftlichen Zweck der Fabriksache zu fördern (RG 77, 36; 86, 330; OLG 14, 9; 24, 250; a. M. OLG 13, 312). Ferner sind Mastschweine als Zubehör eines Grundstücks anzusehen, wenn auf diesem eine Molkerei betrieben und die Abfälle aus der Molkerei zur Schweinemästerei verwendet werden (RG 77, 241). Ebenso sind Versandgefäße, Biertonnen, Flaschen, in denen den Kunden die Waren geliefert werden, Zubehör, auch wenn sie von den Kunden nicht zurückgefordert zu werden pflegen (RG Gruch 53, 899; SeuffA 63 Nr 133; 67 Nr 257). Desgleichen müssen die zur Anfertigung der Waren bestimmten Stoffe (anders die fertigen Waren; s. oben) als Zubehör eines Fabrikbetriebs gelten (a. M. OLG 22 S. 123, 124). Endlich können deshalb auch solche Sachen, die durch den bestimmungsgemäßen Gebrauch ihr selbständiges Dasein verlieren, indem sie Bestandteile der Hauptsache werden, Zubehör sein (s. A 2). — Andere Beispiele für Zubehör sind: das Inventar von Gasthöfen und Wirtschaften (RG Gruch 52, 116; JW 04, 403[3]; Warn 1910 Nr 312; OLG 2, 499; 5, 78; 24, 249; vgl. aber OLG 28, 20: ein für Fremdenverkehr nicht genügendes Inventar einer Sommervilla ist nicht Zubehör der Villa); die Kontoreinrichtung einer Fabrik, wenn sich das Kontor auf dem Fabrikgrundstücke befindet (OLG 13, 314; 24, 249; dagegen sind Kontormöbel in einer nur in einzelnen Teilen für Kontorzwecke eingerichteten Villa nicht Zubehör des Villengrundstücks, OLG 29, 244); die Apothekeneinrichtung auf einem Grundstücke, das für den Apothekenbetrieb dauernd eingerichtet ist (RG Warn 09 Nr 491); Topfpflanzen einer Gärtnerei, die zur Ausschmückung von Sälen, Kirchen usw. für Festlichkeiten ausgeliehen werden (OLG 8, 234); die vom

Grundstückseigentümer in einem Miethause angebrachten Beleuchtungskörper (OLG 14, 8); Pferde und Wagen Zubehör einer Brauerei, Meierei, Holzsägerei, eines Speditions- und Fuhrgeschäfts (RG 47, 262; 69, 85; JW 07, 703[3]; Warn 1917 Nr 171; SeuffA 63 Nr 133; OLG 6, 213; 15, 310; dagegen sind Wagen, die nur gelegentlich zum Besuche von Kunden, zur Einziehung von Außenständen u. dgl. verwendet werden, kein Zubehör des Fabrikgrundstücks, OLG 29, 244). Weitere Beispiele s. § 98 A 6. Nicht als Zubehör ist die von einem Gastwirt vor dem Gasthofe errichtete öffentliche städtische Wage angesehen worden, weil die bestimmte Beziehung zu dem Wirtschaftsbetriebe im Gasthofe fehlte (RG SeuffA 62 Nr 433).

7. Die Sachen müssen **bestimmt** sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen. Daraus ergibt sich erstens, daß sie schon mit der bloßen Bestimmung Zubehör werden, auch wenn sie in diesem Zeitpunkte für den wirtschaftlichen Zweck noch nicht benutzt werden, sofern nur der räumliche Zusammenhang und die Möglichkeit ihrer Benutzung besteht (A 8, 9). Daher sind die auf das Fabrikgrundstück geschafften Maschinen schon vor ihrer Ingebrauchnahme Zubehör (RG 51, 272). Zweitens folgt aus jenem, daß es nur auf den Willen des Bestimmenden, nicht darauf ankommt, ob die Zubehörstücke für die Zwecke der Hauptsache geeignet oder gar notwendig sind (RG JW 09, 70[2]; OLG 22, 125; auch RG Warn 1913 Nr 127; SeuffA 67, 479). Deshalb hat das BGB aber noch nicht, wie teilweise das frühere Recht, sog. gewillkürtes Zubehör zugelassen, bei dem es nur auf den Willen des Eigentümers ankommt; vielmehr müssen stets sämtliche Voraussetzungen der Zubehöreigenschaft erfüllt sein (RG 55, 292). — Die Bestimmung ist kein Rechtsgeschäft, aber es gehört eine Willensäußerung dazu, die als Rechtshandlung zu betrachten ist. Es wird mindestens Willensfähigkeit, wenn auch nicht unbeschränkte Geschäftsfähigkeit zu verlangen sein. Wer die Bestimmung zu treffen hat, sagt das Gesetz nicht. Daraus ist zu folgern, daß es jeder sein kann, der die Hauptsache rein tatsächlich benutzt; auch ein Mieter und Pächter (falls diese nicht die Bestimmung bloß für vorübergehende Zeit treffen), ebenso jeder Eigenbesitzer.

8. Die Sachen müssen in einem **ihrer Bestimmung entsprechenden** räumlichen Verhältnisse zur Hauptsache stehen. Daraus folgt, daß ihre bestimmungsgemäße Benutzung an dem Platze, an dem sie sich befinden, möglich sein muß (RG 51, 272; Warn 09 Nr 176; OLG 5, 78; 15, 326). Deshalb sind z. B. die auf den Fabrikhof gebrachten, zum Fabrikbetriebe bestimmten Gerätschaften (§ 98 Nr 1), die jederzeit in der Fabrik verwendet werden können, Zubehör (RG 51, 272; OLG 28, 19; s. § 98 A 6); nicht aber eine Lokomobile, deren Transport zu dem Bergwerke, für das sie bestimmt war, unterwegs wegen ihrer Schwere unterbrochen werden mußte, auch wenn sie sich schon auf dem Grundstücke befand, auf das sie geschafft werden sollte (RG Warn 09 Nr 176).

9. **Ein räumliches Verhältnis zur Hauptsache,** das der Bestimmung der Sachen entspricht, liegt vor, wenn sich die Sachen in oder auf der Hauptsache oder sonst in ihrer unmittelbaren Nähe befinden. Geringe Entfernung steht dem gleich. So können z. B.: Gondeln auf einem in der Nähe eines Gastwirtschaftsgrundstücks befindlichen Teiche Zubehör der Gastwirtschaft sein (RG 47, 197); ebenso die Einrichtungsgegenstände in einem Gastwirtschaftsgarten, auch wenn dieser grundbuchmäßig ein selbständiges Grundstück bildet (RG Warn 1910 Nr 312); ferner Gebäude auf einem Nachbargrundstücke, die nach § 95 nicht dessen Bestandteile geworden sind (RG 55, 282); von einem Elektrizitätswerksgebäude ausgehende Fernleitungen Zubehör des Elektrizitätswerks sein, auch wenn sie über fremde Grundstücke nach Ortschaften in der Umgegend gehen, da sie dazu dienen, die erzeugte elektrische Kraft nach den Ortschaften hinauszusenden (RG 87, 48; Warn 1918 Nr 155; Zubehör wären sie allerdings nicht, wenn sie Bestandteile der fremden Grundstücke wären, da sie dann nicht bewegliche Sachen sein würden, sofern nicht § 95 Platz greift, s. A 2). Dagegen darf nicht eine (nach den jedesmaligen Verhältnissen zu beurteilende) größere Entfernung vorliegen. So ist die Einrichtung eines Kontors, das sich in einer andern Straße wie das Fabrikgrundstück befindet, ebensowenig Zubehör wie die Einrichtung einer Zweigniederlassung im Verhältnisse zur Hauptniederlassung. — Es schadet aber nichts, daß die Sachen zeitweilig von der Hauptsache getrennt werden müssen (vgl. A 12), auch wenn sie gerade dadurch ihre Zweckbestimmung erfüllen. Daher können die zur Fortschaffung der auf dem Grundstücke erzeugten Waren dienenden Pferde und Wagen Zubehör sein (s. A 6). Ferner ist, wenn ein Grundstück zum Betriebe eines Fuhrwerksunternehmens (z. B. durch Einrichtung von Stallungen für die Pferde, Schlafräumen für die Kutscher, Gelassen für die Geschirre und sonstigen Gerätschaften) dauernd eingerichtet ist, es der Zubehöreigenschaft der Pferde und Wagen nicht entgegenstehend, daß sich ihre Benutzung regelmäßig außerhalb des Grundstücks vollzogen hat (RG Warn 1917 Nr 171).

10. **Eine Sache ist nicht Zubehör, wenn sie im Verkehre nicht als Zubehör angesehen wird.** Die Verkehrsauffassung, d. i. die Anschauung, die sich allgemein oder doch in dem betreffenden Verkehrsgebiete gebildet hat und in den Lebens- und Geschäftsgewohnheiten

in die Erscheinung tritt (RG 77, 244), entscheidet also stets, auch wenn alle sonstigen Voraussetzungen der Zubehöreigenschaft gegeben sind (RG Warn 09 Nr 175). So sind die Öfen in gewissen Gegenden, weil sie in der Regel von den Mietern mitgebracht werden, nicht Zubehör (Prot 3, 19). Ein Musikautomat in einer Gastwirtschaft ist infolge einer entgegenstehenden Verkehrsauffassung nicht als Zubehör aufgefaßt worden (OLG 4, 204; s. jedoch 5, 78; 24, 249); ferner für Hamburg (nicht auch für Bremen, OLG 31, 192) die Einrichtung einer Gastwirtschaft nicht als Zubehör des Hauses, auch wenn dieses für den Wirtschaftsbetrieb dauernd eingerichtet ist (OLG 38, 30); weiter nicht die Ladeneinrichtung eines Metzgereigeschäfts (RG JW 09, 485[5]). Dagegen ist das Bestehen einer Verkehrsauffassung an einem Ort, wonach die Einrichtung einer Gastwirtschaft nicht als Zubehör zu gelten habe, verneint worden in RG Gruch 52, 116. Vgl. auch RG 77, 39 (Kohlenvorräte), OLG 2, 342 (Schweine), OLG 8, 417 (Feldbahn). — Liegen die sonstigen Voraussetzungen der Zubehöreigenschaft vor, so hat der, welcher behauptet, daß der Verkehr die Sache nicht als Zubehör auffasse, die Beweislast hierfür, und es muß das Bestehen einer die Annahme der Zubehöreigenschaft ausschließenden Verkehrsauffassung festgestellt werden (RG 77, 244; JW 09, 70[2]; Warn 1914, Nr 324; OLG 31, 132). Auch der Nachweis, daß in früheren Jahren eine Verkehrssitte bestanden habe, genügt nicht; es muß das gegenwärtige Bestehen der Verkehrssitte dargetan werden. Eine Vermutung für die Dauer einer Verkehrssitte besteht nicht, da sich die Verkehrssitte den jeweiligen zeitlichen Verhältnissen anpaßt (RG Warn 1914 Nr 324). Es kann aber das gegenwärtige Bestehen einer Verkehrssitte aus früheren Entscheidungen der Gerichte entnommen werden (RG Warn 1914 Nr 324).

11. Eine bloß **vorübergehende Benutzung** liegt vor, wenn die spätere Aufhebung der Zubehöreigenschaft von vornherein beabsichtigt und als gewiß angenommen wird (RG 47, 202; OLG 7, 350; 13 S. 212, 312; 14, 8; 15, 310; 22, 122); nicht, wenn der Eigentümer eines Grundstücks lediglich für den Fall, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse es gestatten sollten, in Aussicht nimmt, einen gegenwärtigen Fabrikbetrieb durch einen andern zu ersetzen, sofern die Erfüllung dieses Wunsches zweifelhaft ist (OLG 5, 77). Die Benutzung für die ganze Dauer des Bestehens einer Sache ist niemals eine vorübergehende, auch wenn der Gebrauch nur kurze Zeit dauert (z. B. bei Bau- und Brennmittelstücken; RG 77, 38); ebenso nicht, wenn der Gebrauch in der Veräußerung besteht (RG 77, 38; Gruch 53, 900). — Auch ein Miet- oder Pachtverhältnis braucht nicht als vorübergehend betrachtet zu werden, wenn seine Verlängerung nach Ablauf der Miet- oder Pachtzeit zu erwarten steht (RG 47, 202; Warn 1913 Nr 39; OLG 15, 310). Dagegen sind Baumschulbestände nur vorübergehend in einer Gärtnerei aufbewahrt (RG 66, 90).

12. **Vorübergehende Trennung** ist z. B. die Entfernung zum Zwecke der Ausbesserung, auch wenn diese mehrere Monate dauert (OLG 6, 213). Vgl. auch A 9.

13. Die Zubehöreigenschaft wird **aufgehoben,** wenn eine ihrer Voraussetzungen fortfällt, die Zubehörstücke also z. B. nicht mehr selbständige bewegliche Sachen sind oder der Eigentümer es dauernd aufgibt, sie für die Zwecke der Hauptsache zu benutzen (z. B. Wirtschaftsinventar, das der Eigentümer jetzt für sich persönlich benutzt, RG Warn 09 Nr 175), oder wenn die Hauptsache dem ihr gegebenen wirtschaftlichen Zwecke entfremdet wird (RG Gruch 53, 900); oder im Falle dauernder Trennung. Ist dagegen der Grund, der zur Aufhebung führen kann, nur vorübergehend, so bleiben die Sachen nicht (wie es nach den Gesetzesworten scheinen könnte) bloß dann, wenn es sich um eine Trennung handelt, sondern auch in jedem andern Falle Zubehör. So wird dadurch, daß der Betrieb einer Fabrik zeitweilig eingestellt oder daß ein Werk zur Zeit betriebsunfähig (z. B. eine Zeche „ersoffen") ist, die Zubehöreigenschaft nicht aufgehoben, wenn die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Betriebs besteht (RG 77, 40; JW 03 Beil 45; 07, 129[8]; Gruch 53, 901). Ferner wird dadurch, daß der Eigentümer Zubehörstücke öffentlich zum Kauf anbietet, die Zubehöreigenschaft noch nicht aufgehoben (so daß z. B., wenn es sich um Zubehör eines Landguts [§ 98 Nr 2] handelt, solches noch [s. A 1] gepfändet werden kann), wenn die Sachen noch in dem bisherigen räumlichen Verhältnis geblieben sind (OLG 35, 135). — Für die Befreiung von der Hypothekenhaftung im Falle der Aufhebung der Zubehöreigenschaft sind in § 1122 Abs 2 bestimmte Voraussetzungen aufgestellt. Auch hierbei kommt es nicht darauf an, auf welche Weise die Aufhebung geschieht. So besteht z. B. die Haftung trotz völliger Aufgabe der bisherigen Bewirtschaftung der Hauptsache fort, da diese Aufgabe nicht in den Grenzen ordnungsmäßiger Wirtschaft liegt (RG 69, 88).

§ 98

Dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache sind zu dienen bestimmt[1]):

1. bei einem Gebäude[2]), das für einen gewerblichen Betrieb[3]) dauernd eingerichtet ist[4]), insbesondere bei einer Mühle, einer Schmiede, einem

Brauhaus, einer Fabrik[5]), die zu dem Betriebe[6]) bestimmten[7]) Maschinen[8]) und sonstigen Gerätschaften[9]);

2. **bei einem Landgute[10]) das zum Wirtschaftsbetriebe[11]) bestimmte Gerät[12]) und Vieh[13]), die landwirtschaftlichen Erzeugnisse, soweit sie zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich sind[14]), zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden, sowie der vorhandene auf dem Gute gewonnene Dünger[15]).**

E I 791 II 771; M 3 66; P 3 17.

1. Indem das Gesetz von den in § 98 aufgeführten Sachen (die gewöhnlich als Inventar bezeichnet werden, vgl. §§ 586ff.) sagt, daß sie **dem wirtschaftlichen Zwecke der Hauptsache zu dienen bestimmt** seien, stellt es nur diese eine Voraussetzung der Zubehöreigenschaft zwingend fest. Zubehör sind die Sachen nur, wenn auch die anderen Voraussetzungen des § 97 vorliegen (RG 63, 418; JW 09, 70[2]). Sie dürfen also nicht Bestandteile der Hauptsache sein (RG 50, 241; 63, 418; 67, 34), müssen in dem ihrer Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnisse zur Hauptsache stehen (RG 51, 273; OLG 24, 250) und im Verkehr als Zubehör gelten (OLG 24, 250) — Anderseits soll § 98 nicht nur den § 97 erläutern, sondern auch insofern erweitern, als dann, wenn die Voraussetzungen des § 98 vorliegen, stets angenommen werden muß, daß eine Sache dem Zweck der Hauptsache dient, auch wenn dies nach § 97 nicht anzunehmen wäre. — Jedoch soll nur die Anwendung des Zubehörbegriffs für die im § 98 bezeichneten, praktisch besonders wichtigen Fälle gesichert werden; nicht ist beabsichtigt, für die genannten Gebäude und Landgüter eine erschöpfende Aufzählung der als Zubehörstücke in Betracht kommenden Gegenstände zu geben (RG 66, 358; 77, 38). Z. B. können auch Vorräte zur Ausbesserung oder Brennmaterialien Zubehör einer Fabrik sein (s. § 97 A 3, 6).

2. Das Gesetz geht ersichtlich davon aus, daß ein **Gebäude** im Verhältnis zu den Gegenständen, die einem darin betriebenen Gewerbe dienen, stets als Hauptsache anzusehen ist, ebenso wie es auch immer Hauptsache nach § 947 Abs 2 sein wird (RG 87, 49; vgl. auch § 93 A 5, § 94). Daß das Gebäude einen höheren Wert hat, ist nicht erforderlich; auch wenn der Wert der zum Betriebe bestimmten Gerätschaften den Wert des für den Betrieb dauernd eingerichteten Gebäudes übersteigt (wie es z. B. bei Fernleitungen im Verhältnis zum Elektrizitätswerk der Fall sein kann), hat das Gebäude als die Hauptsache zu gelten (RG 87, 49). Wenn Sachen Zubehör des Gebäudes sind, müssen sie zugleich mittelbar solche des Grundstücks sein, dessen wesentlicher Bestandteil das Gebäude ist (RG 89, 63; § 97 A 5). So sind z. B. Zubehörstücke einer auf einem Landgute betriebenen Brennerei oder Haus- und Küchengerät, das zur Ausstattung der einem Wirtschaftsbeamten als Wohnung angewiesenen Räume dient, zugleich Zubehör des Gutes (RG Warn 09 Nr 175).

3. Unter einem **gewerblichen Betriebe** ist jede auf Erwerb im weitesten Sinne gerichtete Tätigkeit zu verstehen, die eine ständige Einrichtung zur Voraussetzung hat. Dazu gehören außer den in § 98 genannten Beispielen: Wirtschaften und Gasthöfe (RG 47, 197; 48, 207; JW 04, 403[3]; Gruch 52, 116; Warn 1910 Nr 312; OLG 2, 499; 5, 78; 6, 12; 24, 249); Apotheke (RG Warn 09 Nr 491); Holzsägerei und Holzhandelgeschäft (RG 69, 85); Schlachthaus (RG Gruch 41, 1049); Metzgerei (RG JW 09, 485[5]; OLG 15, 326; 24, 247); Molkerei (RG 77, 241); Meierei (SeuffA 63 Nr 133); Ziegelei (RG JW 09, 485[4]; SeuffA 62 Nr 130; OLG 4, 204); Bäckerei (SeuffA 65 Nr 305; OLG 22, 122); Schlosserei (OLG 12, 10); Kunstgärtnerei (OLG 3, 234). Bei einem Fuhrgeschäft findet der gewerbliche Betrieb nicht auf dem Grundstücke statt, auf dem sich das Kontor befindet, sondern auf der Straße. Das Grundstück ist daher nicht für den Betrieb eingerichtet, Pferde und Wagen sind nicht Zubehör (OLG 13, 314). Anders bei einem Speditions- und Fuhrgeschäft, wenn sich auf dem Grundstück ein Raum zur Lagerung der zu befördernden Waren befindet (OLG 15, 310) oder Stallung für die Pferde, Gelaß für die Geschirre usw. (§ 97 A 9).

4. Für einen gewerblichen Betrieb ist ein Gebäude im Sinne des Gesetzes **dauernd eingerichtet,** wenn es gerade für die bestimmte Betriebsart, zu der es benutzt wird, eingerichtet ist. Als so eingerichtet kann ein Gebäude sich schon allein durch seine eigenartige Gliederung oder seine sonstige Bauart darstellen (RG Warn 1912 Nr 286). Notwendig aber ist dies nicht. Vielmehr ist ein Gebäude für einen gewerblichen Betrieb auch dann dauernd eingerichtet, wenn es mit Gegenständen, die dem Betriebe dieses Gewerbes dienen, derart verbunden ist, daß das Ganze erkennen läßt, es sei dazu bestimmt, dauernd zum Betriebe dieses Gewerbes (z. B. eines Druckereigewerbes) benutzt zu werden (RG Warn 1912 Nr 286, auch JW 09, 485[5]; Gruch 54, 132; OLG 24, 250). — Es genügt, daß auch nur ein Teil eines Gebäudes für den Gewerbebetrieb dauernd eingerichtet ist (RG 48, 207; JW 09, 485[5]; Warn 09 Nr 491; OLG 6, 212). — Dauernd ist aber eine Einrichtung dann nicht, wenn sie für einen von vornherein feststehenden Zeitraum oder lediglich für die persönlichen Bedürfnisse des gegen-

wärtigen Besitzers getroffen ist (RG JW 09, 485[5]; Warn 1912 Nr 286, auch § 97 A 4). Auch ein Verkaufsladen in einem städtischen Wohnhause, der für verschiedene Geschäftsarten benutzt werden kann, wird als dauernde Einrichtung nicht angesehen werden können, da mit einem öfteren Wechsel der Benutzungsart zu rechnen ist (RG JW 09, 485[5]). — Ist ein Gebäude, das für einen gewerblichen Betrieb eingerichtet werden soll, noch nicht fertiggestellt (z. B. erst der Rohbau für ein Dampfschneidebetriebsgebäude hergestellt), so sind Maschinen, die für das (künftig) zum Betrieb eingerichtete Gebäude als Betriebsmittel bestimmt sind, aber noch unbenutzt auf dem Grundstück lagern, nicht Zubehör des bisher Erbauten, da, wenn eine Sache dem wirtschaftlichen Zwecke einer andern Sache als der Hauptsache nur dann dienen kann, wenn die andere Sache in bestimmter Art zur Entstehung gelangt ist, sie, bevor diese in der erforderlichen besondern Art entstanden ist, nicht schon Hilfssache dieser sein kann (RG 89, 64).

5. Unter einer **Mühle, einer Schmiede, einem Brauhaus, einer Fabrik** versteht der gewöhnliche Sprachgebrauch nicht nur das Gebäude, das zur Aufnahme des Betriebs dient, sondern auch das aus der Baulichkeit und der Einrichtung gebildete Ganze. Auch nach dem BGB wird man trotz der Wortstellung nichts anderes darunter zu verstehen haben, da die Baulichkeit selbst noch gar nicht den Charakter einer Fabrik usw. zu haben braucht. Das Wort „Fabrik" insbesondere hat eine mehrfache Bedeutung; je nach den Umständen, unter denen es angewandt wird, kann darunter auch gemeint sein ein Fabrikationsunternehmen nebst der zum Betriebe erforderlichen Einrichtung, ähnlich wie man unter einem kaufmännischen Geschäft ein handelsgewerbliches Unternehmen nebst der Geschäftseinrichtung versteht (RG 83, 59). Hier jedoch bedeutet es ein zum gewerblichen Fabrikationsbetriebe dauernd eingerichtetes Gebäude.

6. Solche Sachen, die für den **Betrieb** bestimmt sind, für den das Gebäude selbst dauernd eingerichtet ist, gelten entgegen dem früheren (gemeinen) Recht niemals als für die bloß persönlichen Bedürfnisse des gegenwärtigen Besitzers bestimmt (M 3, 66). Auch solche Sachen, die dem Vertriebe der fertiggestellten Waren dienen sollen, sind Zubehör (RG 47 S. 197, 262; JW 95, 607[51]; 96, 361[35]; Gruch 53, 899; § 97 A 6). Andere Beispiele sind: die Einrichtung von Hotels und Gastwirtschaften (Tische, Stühle, Büfetts, Ladentisch, Billard, Gläser, Flaschen; RG 48, 207; JW 04, 403[3]; Gruch 52, 116; OLG 5, 78; 6, 212); die Kontoreinrichtung eines Fabrikgebäudes (OLG 13, 314, wo unberechtigterweise solche Sachen, die leicht durch andere ersetzt werden können, ausgenommen werden); die Einrichtung einer Apotheke (RG Warn 09 Nr 491); Wagen eines Speditions- und Fuhrgeschäfts (OLG 13, 310). Vgl. auch über „zum Betriebe der Hauptsache bestimmte Sachen" § 97 A 3, 6. Auch solche zum Betriebe (z. B. einer Brauerei) bestimmte Gerätschaften, die noch nicht zur Verwendung gelangt sind, sind bereits Zubehör, wenn sie (§ 97) in ein entsprechendes räumliches Verhältnis zu dem für den Betrieb dauernd eingerichteten Gebäude (z. B. auf das Fabrikgrundstück) gebracht worden sind (RG 51, 272; OLG 28, 19; s. § 97 A 8).

7. Der Begriff der **Bestimmung** deckt sich mit dem gleichen in § 97. Vgl. dort A 7.

8. Darüber, wann **Maschinen** Bestandteile des Gebäudes und daher nicht Zubehör sind, s. § 93 A 2, § 94 A 7.

9. **Gerätschaften** im Sinne der Nr 1 sind z. B. Tanks und Bottiche in einem Brauhaus (RG Warn 1914 Nr 106). Unter ihnen kann man aber trotz deren Gegenüberstellung mit Vieh in Nr 2 nicht bloß leblose Gegenstände verstehen. Denn es liegt kein Grund vor, zum Gewerbebetriebe bestimmte Tiere, wenn auf sie alle Voraussetzungen des § 97 zutreffen (s. A 1), anders zu behandeln als sonstige Zubehörstücke. Daher können auch Pferde nach § 98 Zubehör sein (vgl. RG 69, 85 und § 97 A 6, 9).

10. **Landgut** ist nicht jedes landwirtschaftlich benutzte Grundstück, sondern nur ein solches, das zum selbständigen Betrieb der Landwirtschaft geeignet ist (OLG 22, 125; 29, 211). Vgl. §§ 593, 1822 Nr 4, 2049, 2312 (Landgut) mit §§ 582—584, 591, 592 (landwirtschaftliches Grundstück) und die Begriffsbestimmung in § 2 des PrGes., betr. das Anerbenrecht, vom 2. 7. 98: „Landgut ist jede, ihrem Hauptzwecke nach zum Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft bestimmte und zur selbständigen Nahrungsstelle geeignete Besitzung, welche mit einem, wenn auch räumlich von ihr getrennten Wohnhause versehen ist." Daher sind Schweine, die ein Ackerbürger auf seinem Hausgrundstück hält, nicht Zubehör dieses Grundstücks deshalb, weil der Ackerbürger außerhalb des Gemeindeweichbildes noch einige Parzellengrundstücke besitzt, die von einem Pächter landwirtschaftlich genutzt werden (OLG 29, 211).

11. Zum **Wirtschaftsbetriebe** eines Landguts können sowohl Ackerbau und Forstwirtschaft wie Viehzucht gehören; die letztere, soweit das Vieh seine Nahrung im wesentlichen aus dem Gute erhält (RG Warn 09 Nr 175). Durch den Betrieb eines Nebengewerbes, das hauptsächlich zur Verwertung der auf dem Gute gewonnenen Erzeugnisse dient oder einen geringen Umfang hat, wird der Charakter als Landgut nicht geändert (RG JW 09, 70[2]).

12. Zu den **Geräten** gehören z. B. Pflüge, Wagen, Geschirr, Dreschmaschinen, ferner Haus- und Küchengerät, das zur Ausstattung der Wohnung eines Wirtschaftsbeamten dient (vgl. **RG** Warn 09 Nr 175; SeuffA 64 Nr 177; OLG 22, 125), auch eine Feldbahn (OLG 8, 417; vgl. **RG** Warn 08 Nr 114).

13. Zu dem zum Wirtschaftsbetriebe bestimmten **Vieh** gehören nicht bloß die Arbeits- (Zug-, Last-) Tiere, sondern auch Tiere zur Gewinnung von Erzeugnissen, z. B. Milchkühe (OLG 37, 212) sowie die zum Zwecke der Viehzucht (A 11) gehaltenen und daraus gewonnenen Tiere (**RG** Warn 09 Nr 175; SeuffA 64 Nr 172, 177; 68 Nr 44; OLG 15, 327; 22, 125), auch wenn sie zum Verkaufe bestimmt sind (**RG** JW 1912, 24[3]; OLG 3, 235; Prot 3, 18). Man kann das verkaufsfähige Vieh nicht mit den fertigen Erzeugnissen eines Fabrikbetriebs vergleichen, da sie fortdauernd ernährt werden müssen und anderseits durch den Dünger dem Gute Vorteil bringen. Über Mastschweine als Zubehör eines Grundstücks vgl. § 97 A 6.

14. **Landwirtschaftliche Erzeugnisse, die zur Fortführung der Wirtschaft erforderlich sind,** wie Saatgetreide und Viehfutter (OLG 29 S. 244 u. 245), sind nicht nur die auf dem Gute gewonnenen, sondern auch zugekaufte Erzeugnisse (str.).

15. Nur **der auf dem Gute gewonnene Dünger,** nicht also zugekaufter, ist nach § 98 Zubehör, wohl aber auch der künstliche, wenn er auf dem Gute gewonnen wird. Auch zugekaufter Dünger wird übrigens in der Regel nach § 97 Zubehör sein.

§ 99

Früchte[1]) einer Sache[2]) sind die Erzeugnisse der Sache[3]) und die sonstige Ausbeute[4]), welche aus der Sache ihrer Bestimmung gemäß[5]) gewonnen wird[4]).

Früchte eines Rechtes[6]) sind die Erträge[7]), welche das Recht seiner Bestimmung gemäß[8]) gewährt, insbesondere bei einem Rechte auf Gewinnung von Bodenbestandteilen die gewonnenen Bestandteile[9]).

Früchte sind auch die Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt[10]).

E I 792 II 77k; M 3 67; P 3 23.

1. Das BGB gibt im § 99 Begriffsbestimmungen und Einteilungen für **Früchte,** die für die zahlreichen Vorschriften, in denen Bestimmungen über Früchte enthalten sind, maßgebend sind. In Betracht kommen namentlich die Vorschriften über Pacht (§§ 581ff.), Nießbrauch (§§ 1030ff., 1383, 1652) und über eine Verpflichtung zur Herausgabe von Sachen auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechtes (besonders §§ 256, 292, 987ff., 2020, 2036, 2133, 2184, 2379), wobei es sich meistens um den Begriff der Nutzungen handelt, der den der Früchte einschließt (§ 100). — Den Begriff der Früchte faßt das BGB sehr weit, indem es nicht nur solche Sachen dazu rechnet, die nach natürlicher Anschauung als Früchte gelten, sondern auch die wirtschaftlichen Erträge von Sachen und Rechten. Es nimmt ferner im § 99 nicht darauf Rücksicht, ob die Gewinnung der Früchte einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht. Nur durch einige Sondervorschriften trifft es gegen die unwirtschaftliche Ausbeutung einer Sache Vorkehrungen, indem es, z. B. im § 581 dem Pächter, im § 993 dem Besitzer, im § 1039 dem Nießbraucher (**RG** 80, 232), im § 2133 dem Vorerben, nur ein Recht auf die nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gezogenen Früchte einräumt. Hierdurch wird aber nur das Recht zur Fruchtgewinnung und zum Teil (wie in § 581 in Verbindung mit § 956; anders § 1039) der Eigentumserwerb daran betroffen. Früchte sind auch die ordnungswidrig getrennten Erzeugnisse (z. B. ein vom Pächter abgeholzter Wald). — Die Einteilung des § 99 beruht auf zwei sich durchkreuzenden Grundsätzen: einerseits wird zwischen Sach- und Rechtsfrüchten, anderseits zwischen natürlichen und sog. juristischen Früchten unterschieden. Im § 101 dagegen wird nur auf den letzteren Unterschied Rücksicht genommen. — Über den Erwerb der Früchte werden in den §§ 99ff. keine Vorschriften gegeben. Der Eigentumserwerb an Erzeugnissen und anderen Früchten, die Bestandteile einer Sache sind, ist in den §§ 953ff. behandelt (§ 953: Eigentümer; § 954: dinglich Berechtigter; § 955: Eigenbesitzer; § 956: persönlich Berechtigter auf Grund Gestattung, vgl. dazu **RG** 60, 319; 72, 311; JW 1912, 197[19]). Früchte eines Rechtes fallen in der Regel dem zu, der Inhaber des Rechtes ist, juristische Früchte des Abs 3 dem, der nach dem betreffenden Rechtsverhältnisse der Berechtigte ist. So stehen z. B. Miet- und Pachtzinsforderungen demjenigen zu, der den Miet- oder Pachtvertrag abgeschlossen hat, ohne Rücksicht auf sein Recht an der Sache. Nur für den Fall der Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks ist in den §§ 571—577, 581 Abs 2 ein Eintritt des Erwerbers bzw. neuen Berechtigten in das bestehende Miet- oder Pachtverhältnis vorgesehen, und diese Vorschriften finden nach § 1056 auf die Beendigung des Nießbrauchs entsprechende Anwendung. Im übrigen sind über

den Erwerb von juristischen Früchten durch einen dinglich dazu Berechtigten keine Vorschriften gegeben. Man wird annehmen müssen, daß der Erwerber eines dinglichen Rechtes, das zum Fruchtbezug berechtigt, von dem Erwerbe des Rechtes ab alles erlangt, was als gewonnener Ertrag der Sache anzusehen ist, also auch juristische Früchte (Abs 3); jedoch Forderungen auf Leistung, z. B. Zinsen einer Forderung, an der ein Nießbrauch bestellt ist, erst von der Fälligkeit ab (str., A 7, 10; OLG 6, 268; 7, 40), so daß dem Berechtigten auch nur die bis zur Beendigung seines Rechtes fällig werdenden Forderungen zustehen und er über später fällig werdende nicht verfügen kann.

2. Im § 99 sind nur die Früchte einer **Sache** und eines Rechtes gegenübergestellt; sonstige Gegenstände (§ 90 A 8) aber, z. B. geschäftliches Unternehmen, sind nicht erwähnt. Man wird auch die aus einem solchen Unternehmen, z. B. einem Gewerbebetrieb, gezogenen Gewinne zu den Früchten rechnen können (vgl. OLG 38, 147), und zwar werden sie denen des Abs 2 am nächsten stehen.

3. Unter **Erzeugnissen der Sache** sind nur Naturgegenstände zu verstehen, deren Bestandteile ganz oder zum großen Teile der Sache entnommen sind, mit der sie bis zur Trennung verbunden waren, besonders Pflanzen und Früchte von Pflanzen im natürlichen Sinne, Tierjunge, Wolle der Schafe, Eier, Milch, Dünger. Dabei kommt es aber vor allem auf die Auffassung des gewöhnlichen Lebens an. So werden auch eingepflanzte Bäume, sobald sie Wurzeln geschlagen haben, als Früchte des Grund und Bodens anzusehen sein (**RG** 80, 232). Die Erzeugnisse müssen bis zur Trennung stets Bestandteile der Sache sein (§ 93), da die §§ 953 ff. von Erzeugnissen und „sonstigen" Bestandteilen sprechen. Daher sind die auf einem Grundstücke befindlichen Tiere nicht Erzeugnisse des Grund und Bodens; die Jagdbeute deshalb nicht Frucht des Grundstücks (vielmehr des Jagdrechts, A 7). — Darauf, ob die Erzeugnisse ohne menschliches Zutun oder hauptsächlich durch menschliche Arbeit entstanden sind, kommt es nicht an. Unerheblich ist auch, ob sie im Wege ordnungsmäßiger Wirtschaft oder durch Raubbau gewonnen worden sind (A 1), ebenso, ob die Gewinnung der Bestimmung der Sache (A 5) entspricht. — Über Zulässigkeit der Pfändung noch hängender Früchte vgl. §§ 810, 824 ZPO.

4. **Sonstige Ausbeute, welche aus der Sache gewonnen wird,** sind hauptsächlich leblose Bestandteile, bei Grundstücken besonders die Bodenbestandteile (Sand, Kies, Lehm, Torf, Steine, andere [z. B. durch einen bergmännischen Betrieb zu gewinnende] Mineralien, auch Mineralwasser, Eis eines Teiches; vgl. **RG** 94, 261; JW 09, 451²; OLG 32, 339). Durch Benutzung einer Sache gewonnene Kraftleistungen (z. B. Elektrizität) wird man nicht als Früchte ansehen können, weil sie nicht „aus" der Sache gewonnen sind und auch nicht als selbständige Rechtsgüter gelten können (§ 90 A 2). Die durch die Kraftleistung gewonnenen Vorteile werden als Nutzungen im Sinne des § 100 zu erachten sein (str.). — Durch die Gewinnung der Ausbeute wird regelmäßig eine Verminderung des Bestandes der Sache herbeigeführt; sie darf aber nicht so weit gehen, daß die Sache selbst vernichtet wird. Daher ist z. B. das Fleisch des Masttiers nicht seine Frucht.

5. Die Einschränkung, daß die Ausbeute **der Bestimmung der Sache gemäß** gewonnen sein muß, hat keine sehr erhebliche Bedeutung. Damit ist nicht etwa gesagt, daß nur die im Wege ordnungsmäßiger Wirtschaft gewonnene Ausbeute Frucht ist (**RG** 80, 232). Auch durch Raubbau werden vielmehr Früchte gewonnen (A 1). Anderseits müssen doch wirtschaftliche Rücksichten maßgebend sein. Es wird also darauf ankommen, ob eine Sache durch ihre Natur für einen wirtschaftlichen Zweck geeignet oder, wenn sie (was in der Regel der Fall sein wird) für mehrere Zwecke geeignet ist, dauernd für einen bestimmten Wirtschaftsbetrieb eingerichtet ist (ähnlich wie die Hauptsache in den §§ 97, 98; vgl. OLG 6, 217). Bestimmungswidrig ist danach die Gewinnung einer Ausbeute, wenn sie eine erhebliche Beeinträchtigung des Wirtschaftsbetriebs, für den die Sache eingerichtet ist, mit sich bringt. So beeinträchtigt in der Regel das Graben von Lehm oder Kies den landwirtschaftlichen Betrieb auf einem größeren Gute nicht erheblich; daher kann es nicht als bestimmungswidrig angesehen werden. Anders ist es, wenn z. B. ein Miethaus abgebrochen wird, damit aus dem Grund und Boden Lehm gegraben werden kann. Dabei ist jedoch zu beachten, daß dann, wenn eine Sache für verschiedene wirtschaftliche Zwecke geeignet ist, ihre Bestimmung fortwährend geändert werden kann. Wird z. B. ein bisher zur Ausübung der Landwirtschaft benutztes Grundstück in einen Steinbruch umgewandelt, so hat es von diesem Augenblick an die Bestimmung, als Steinbruch zu dienen. Die gewonnenen Steine sind also Früchte. — Rein zufällige Gewinne, wie ein Schatz (vgl. §§ 984, 1040), werden niemals als bestimmungsgemäße Ausbeute zu betrachten sein. — Wer die Bestimmung vorzunehmen hat, wenn die Sache für mehrere wirtschaftliche Zwecke geeignet ist, geht aus dem Gesetze nicht hervor. Daraus ist zu folgern, daß es nicht nur der Eigentümer oder Eigenbesitzer sein kann, sondern jeder, der in der Lage ist, die Sache dauernd für einen Wirtschaftsbetrieb einzurichten, z. B. auch der Mieter und Pächter (str.; a. M. OLG 6, 217). Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks darf allerdings nach § 583 nicht Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornehmen, ebenso nicht der Nießbraucher nach §§ 1036 Abs 2, 1037. Bei einer Zuwiderhand-

lung verstoßen Pächter und Nießbraucher aber nur gegen schuldrechtliche Verpflichtungen. Vgl. auch § 993 Abs 1.

6. Wenn das Gesetz von den **Früchten eines Rechtes** spricht, kann es damit nur etwas meinen, was nicht völlig gleichbedeutend mit dem Gegenstande des Rechtes ist. Bei einer Geldforderung ist also nicht das Kapital Frucht, auch nicht die einzelne Teilleistung (z. B. Amortisationsbeitrag; s. RG 54, 92); bei Forderungen aus einem Dienstverhältnisse nicht die einzelne Lohnzahlung (RG 69, 64). Vielmehr muß es sich um besondere, hauptsächlich wiederkehrende Nebenleistungen handeln; oder bei einem Rechte, das nur den Anspruch auf gewisse Teilleistungen gewährt, müssen diese im Rechtsverkehre als etwas von dem Rechte als Ganzem Verschiedenes behandelt werden, wie bei der Reallastberechtigung und der Leibrente (RG 67, 210; 68, 343; 80, 209).

7. Die **Erträge** des Rechtes können entweder natürliche Früchte einer Sache im Sinne des Abs 1 oder sonstige auf natürliche Weise gewonnene Früchte (z. B. Jagdbeute, OLG 4, 44) oder juristische Früchte, nämlich solche sein, die auf Grund eines Rechtsverhältnisses, aber (anders wie nach Abs 3) nach dem Inhalte des Rechtes erlangt werden. So sind die natürlichen Früchte einer Sache natürliche Früchte des Pachtrechts, Zinsen juristische Früchte des Kapitalforderungsrechts. — Als Erträge sind nicht nur die Leistungen anzusehen, die auf Grund eines Rechtes gewährt werden, sondern schon die auf diese Leistungen gerichteten Forderungen. Endgültig gewonnen werden diese Erträge aber erst mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit der Forderungen (A 1).

8. Nur solche Erträge, die das Recht **seiner Bestimmung gemäß gewährt,** sind Rechtsfrüchte. Die Gewinnung muß also dem Inhalte des Rechtes entsprechen. So sind vom Pächter ordnungswidrig gezogene Früchte nach § 581 nicht Rechtsfrüchte, während sie natürliche Früchte der Sache sind.

9. Durch die Erwähnung der **Bodenbestandteile** stellt das Gesetz klar, daß auch natürliche Sachfrüchte Früchte eines Rechtes sein können (A 7). Über Bodenbestandteile als Ausbeute s. A 4.

10. **Vermöge eines Rechtsverhältnisses** gewährt eine Sache oder ein Recht im Sinne des Abs 3 Erträge, wenn dem Besitzer der Sache bzw. Inhaber des Rechtes dafür, daß er den Gebrauch oder die Nutzung der Sache oder des Rechtes durch Rechtsgeschäft oder infolge gesetzlicher Bestimmung einem andern überlassen hat, eine Vergütung gewährt wird. Es handelt sich dabei hauptsächlich um Miet- und Pachtzinsforderungen (vgl. RG 67, 380; 79, 119; 80, 316; 81 S. 24 u. 149; 86, 135; 91, 311). Der Nießbraucher an einem vermieteten oder verpachteten Grundstücke erlangt danach, da ihm gemäß § 1030 ein dingliches Recht auf Früchteziehung aus dem Grundstücke zusteht, den Anspruch auf die Erträge, die das Grundstück infolge des Miet- oder Pachtverhältnisses gewährt, also auf die Miet- oder Pachtzinsforderungen, bereits mit der Bestellung und Eintragung des Nießbrauchs, und zwar nach §§ 571, 577 gleichviel, ob schon der Grundstückseigentümer den Miet- oder Pachtvertrag abgeschlossen hat, oder ob dies erst der Nießbraucher tut (RG 81, 149; 86, 135). Ferner kommen in Betracht Kapitalzinsen, Gewinnanteile (s. § 101 A 10). — Die Frage, ob schon diese Forderungen oder erst die eingehenden Zahlungen die Früchte bilden, ist ebenso zu entscheiden wie in A 7 hinsichtlich der dort erwähnten juristischen Früchte. — Das Bezugsrecht auf neue Aktien ist nicht als Frucht des Aktienrechts zu erachten, da es nicht ein bestimmungsmäßiger, regelmäßig wiederkehrender Ertrag der Aktien ist (s. § 101 A 10), es auch nicht aus den Aktien selbst entsteht, sondern zufolge Mitwirkung anderer maßgebender Tatsachen, wie Erhöhung des Grundkapitals der Aktiengesellschaft, Beschluß der Generalversammlung (str.; OLG 24, 139; 35, 23; 36, 283; vgl. § 100 A 5).

§ 100

Nutzungen[1]) sind die Früchte einer Sache oder eines Rechtes[2]) sowie die Vorteile[3]), welche der Gebrauch der Sache[4]) oder des Rechtes gewährt[5]).

E I 793 II 771; M 3 70; P 3 24.

1. Der hier festgestellte Begriff der **Nutzungen** wird in den §§ 256, 292, 302, 347, 379, 446, 452, 487, 745, 818, 987ff., 1030, 1038, 1039, 1213, 1214, 1383, 1525, 1652, 1656, 1813, 2020, 2023, 2184, 2379, 2380 erwähnt. Vgl. auch § 99 A 1.

2. Über **Früchte einer Sache oder eines Rechtes** s. § 99 A 1—10.

3. Unter **Vorteilen, welche der Gebrauch gewährt,** versteht das Gesetz zweierlei, nämlich, falls es jemandem ein Recht zur Benutzung einer Sache oder eines Rechtes gibt, die Vorteile im natürlichen Sinne, und, falls es jemand verpflichtet, Nutzungen herauszugeben, den Wert der Vorteile, da diese selbst in der Regel nicht herausgegeben werden können. Die Vorteile brauchen aber nicht Vermögenswert zu haben (z. B. Benutzung eines Kraftfahrzeugs zu Sportzwecken).

4. Vorteile gewährender **Gebrauch einer Sache,** z. B.: Benutzung einer Wohnung, eines Platzes für gewerbliche Zwecke, Gebrauch von Möbeln, Tieren. Dagegen sind Vorteile, die nicht durch den „Gebrauch", sondern nur „mittels" der Sache, insbesondere durch deren „Verbrauch" gewonnen werden, nicht Nutzungen im Sinne des § 100; so z. B. sind Nutzungen eines Grundstücks nicht Vorteile, die durch Verkauf des Grundstücks oder durch Erlangung eines Kapitals infolge Aufnahme einer Hypothek erzielt werden (RG Warn 1915 Nr 70).

5. Der Gebrauch eines **Rechtes** wird wohl fast ausschließlich nur dann in Frage kommen, wenn das Recht selbst auf den Gebrauch einer Sache gerichtet ist, vielleicht auch bei der Benutzung von Theatereinlaßkarten. Das Bezugsrecht auf neu ausgegebene Aktien ist keine Nutzung, weil der Vorteil nicht durch Gebrauch der alten Aktien gewährt wird (vgl. OLG 24, 139; 35, 23; 36, 283; § 99 A 10). Das Bezugsrecht bildet vielmehr ein neu erworbenes selbständiges Vermögensrecht, wodurch das Stammrecht des Eigentümers der Aktie vermehrt wird (woraus z. B. folgt, daß das Bezugsrecht nicht dem Nießbraucher, sondern dem Eigentümer der Aktie zusteht, OLG 36, 283).

§ 101

Ist jemand berechtigt[1]), die Früchte einer Sache oder eines Rechtes bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit[2]) an zu beziehen, so gebühren[3]) ihm, sofern nicht ein anderes bestimmt ist[4]):

1. **die im § 99 Abs 1 bezeichneten Erzeugnisse und Bestandteile[5]), auch wenn er sie als Früchte eines Rechtes zu beziehen hat[6]), insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung von der Sache getrennt werden[7]);**
2. **andere Früchte[8]) insoweit, als sie während der Dauer der Berechtigung fällig werden[9]), bestehen jedoch die Früchte in der Vergütung für die Überlassung des Gebrauchs oder des Fruchtgenusses, in Zinsen, Gewinnanteilen oder anderen regelmäßig wiederkehrenden Erträgen[10]), so gebührt dem Berechtigten ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Teil[11]).**

E I 794 II 77m; M 3 71; P 3 24.

1. Auf Grund welchen Rechtsverhältnisses **jemand berechtigt ist,** die Früchte einer Sache oder eines Rechtes beim Wechsel des Nutzungsberechtigten innerhalb einer Fruchtziehungsperiode (RG 88, 46) an Stelle eines andern zu ziehen, der sie bisher gezogen hat, ist gleichgültig. Es kann sich um ein dingliches oder um ein persönliches Recht handeln. Zum Beispiel kommt in Betracht das Verhältnis zwischen: Käufer und Verkäufer (§ 446); Pächter und Verpächter (§§ 581ff.); Besitzer und Eigentümer (§§ 987ff.); Nießbraucher und Eigentümer (§ 1055; RG 80, 232); Vorerbe und Nacherbe (§§ 2130ff.; RG 80, 36; Gruch 52, 1093). Ferner das Verhältnis bei der ehemännlichen und der elterlichen Nutznießung (§§ 1383, 1652; KGJ 40 A 142). Jedoch findet § 101 nicht nur im Verhältnisse mehrerer aufeinander folgender Nutzungsberechtigter, sondern überall Anwendung, wo jemand Früchte bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an zu beziehen berechtigt ist, so z. B. auf einen Erben, dem nach dem Testament nur die Nutzungen zustehen, während sein Erbteil selbst später seinen Kindern ausgeliefert werden soll (RG Gruch 57, 904).

2. Die **Zeit,** bis zu der oder von der an die Früchte zu ziehen sind, kann sich aus dem Inhalte des Rechtes (z. B. Eintritt der Nacherbfolge) oder besonderer gesetzlicher Bestimmung ergeben (z. B. § 446 für den Kauf) oder, soweit es sich um nicht zwingende Vorschriften handelt, auf Parteivereinbarung beruhen.

3. Indem das Gesetz allgemein davon spricht, daß jemandem die Früchte **gebühren,** gibt es im § 101 nicht etwa Vorschriften über den dinglichen Erwerb der Früchte. Dieser bestimmt sich nach ganz anderen Regeln (s. hierüber § 99 A 1). § 101 regelt vielmehr nur das schuldrechtliche Verhältnis zwischen dem bisherigen und dem neuen Fruchtbezugsberechtigten, kommt also hauptsächlich dann zur Anwendung, wenn der eine von beiden auf Grund der Vorschriften über den dinglichen Rechtserwerb von Früchten mehr erlangt hat, als ihm zukommt (RG 80 S. 232, 316; JW 1913, 193[1]; OLG 22, 272).

4. **Etwas anderes** kann **bestimmt** sein durch Rechtsgeschäft oder Gesetz. Als derartige Bestimmungen des BGB kann man die der §§ 987ff. über das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer bezeichnen. Vgl. ferner §§ 1038, 1039, 1214, 2133. Auf den dem Landesrechte vorbehaltenen Rechtsgebieten kann auch landesgesetzlich Besonderes bestimmt werden. Die

rechtsgeschäftliche Bestimmung kann durch Vertrag oder durch ein einseitiges Rechtsgeschäft (z. B. Testament) erfolgen (RG Gruch 52, 1093; JW 1913, 193[1]).

5. **Die im § 99 Abs 1 bezeichneten Erzeugnisse und Bestandteile** sind die natürlichen Früchte einer Sache (Erzeugnisse und bestimmungsgemäße Ausbeute; § 99 A 3—5).

6. Durch den Zusatz, **„auch wenn er sie als Früchte eines Rechtes zu beziehen hat"**, verläßt das Gesetz die im § 99 in erster Linie maßgebende Einteilung zwischen Sach- und Rechtsfrüchten und berücksichtigt für die Verteilung nach § 101 nur den Unterschied zwischen natürlichen und juristischen Früchten. Es fallen also auch diejenigen Früchte eines Rechtes unter Nr 1, die zugleich natürliche Früchte einer Sache (z. B. Bodenbestandteile) sind. Andere natürliche Früchte (z. B. Jagdbeute; § 99 A 7) sind in Nr 1 nicht erwähnt. Man wird aber diese Vorschrift entsprechend dahin anwenden müssen, daß sie dem gebühren, der sie gewinnt.

7. Bei den natürlichen Früchten kommt es nur darauf an, ob sie **während der Dauer der Berechtigung getrennt werden.** Auf das Wirtschaftsjahr (§ 998) kommt es ebensowenig an, wie darauf, wer den Boden zur Fruchtgewinnung bearbeitet hat. Das BGB hat also für diese Früchte den sog. Trennungsgrundsatz (Separationsprinzip) des gemeinen Rechtes angenommen und den Gewinnungsbetriebsgrundsatz (Produktionsprinzip), der die Früchte dem zuspricht, der die Bestellung des Bodens zur Gewinnung der Früchte besorgt hat, nur insofern berücksichtigt, als es im § 102 einen Erstattungsanspruch wegen der Gewinnungskosten gewährt.

8. Unter **anderen Früchten** im Sinne der Nr 2 sind die juristischen Früchte einer Sache oder eines Rechtes zu verstehen, nämlich die Früchte des § 99 Abs 3 und diejenigen Früchte des § 99 Abs 2, die nicht natürliche Früchte sind.

9. Als Regel bestimmt das BGB, daß es für juristische Früchte darauf ankommt, wann sie **fällig werden.** Tatsächlich gilt dies jedoch nur ausnahmsweise. Denn die große Mehrzahl der juristischen Früchte besteht in regelmäßig wiederkehrenden Erträgen. Unregelmäßige Erträge kann z. B. eine Reallast gewähren.

10. Die praktisch häufigsten und wichtigsten juristischen Früchte stellen sich als **regelmäßig wiederkehrende Erträge** dar, z. B. Miet- und Pachtzinsen, Rentenzahlungen, Aktien-Gewinnanteile (RG Gruch 52, 1093; JW 1913, 193[1]; OLG 24, 139; 35, 23), auch Gewinnanteil eines Gesellschafters bei einer Gesellschaft nach §§ 705 ff. (RG 88, 46). — Bezüglich der **Zinsen** setzt § 101 Nr 2 voraus, daß das Recht auf die Zinsen einem andern als dem Gläubiger der Hauptforderung zusteht. Daraus ist zu entnehmen, daß das Zinsrecht in der Hand eines andern als des Gläubigers der Hauptforderung ein selbständiges Vermögensrecht sein kann mit der Maßgabe, daß sein Bestehen von dem Fortbestehen der Hauptforderung abhängig ist (RG 74, 81; KGJ 40 A 142; vgl. § 1158 A 3). So steht dem Nießbraucher (§ 1076) sowie dem ehemännlichen oder elterlichen Nutznießer (§§ 1383, 1649) einer verzinslichen Forderung das Zinsrecht als Ganzes während der Dauer des Nutzungsrechts zu (KGJ 40 A 143).

11. Jedem Berechtigten gebührt bei regelmäßig wiederkehrenden Erträgen **ein der Dauer seiner Berechtigung entsprechender Teil.** Dabei ist die Dauer der Berechtigung während derjenigen Zeit maßgebend, für die die Erträge gewährt werden. So kommt es bei Aktien-Gewinnanteilen auf das Geschäftsjahr an, für das die Zahlung erfolgt, während die Zeit der Feststellung des Gewinnanteils unerheblich ist (RG Gruch 52, 1093). In der Regel wird anzunehmen sein, daß die Erträge für die Vergangenheit geleistet werden; dies entspricht dem Begriffe des regelmäßigen Ertrags als Endergebnisses eines gewissen Zeitraums. Die Verteilung erfolgt entsprechend dem folgenden Beispiele: Beträgt der jährliche Ertrag 2400 M. und ist A 5 Monate, B 7 Monate bezugsberechtigt, so erhält A 1000 M., B 1400 M.

§ 102

Wer zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist[1]), kann Ersatz der auf die Gewinnung der Früchte[2]) verwendeten Kosten[3]) insoweit verlangen[4]), als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen[5]) und den Wert der Früchte nicht übersteigen[4]).

E II 901 Abs 1 Satz 2, 2054 Abs 2; P 3 357; 5 221; 6 119.

1. Wann jemand **zur Herausgabe von Früchten verpflichtet ist,** ergibt sich aus besonderen gesetzlichen Bestimmungen (z. B. §§ 292, 347, 487, 818, 987 ff., 1656, 2020, 2023, 2184) oder dem Inhalte eines Rechtsgeschäfts.

2. Zu den auf die **Gewinnung der Früchte** verwendeten Kosten gehören diejenigen, durch die die Entstehung der Früchte überhaupt erst ermöglicht worden ist (OLG 22, 273), also die Bestellungskosten; ferner die Kosten der Erhaltung und Aberntung der Früchte. Dagegen nicht Kosten eines Umbaues, der eine Steigerung der Mietzinsen herbeigeführt hat (OLG 22, 273).

3. Der Begriff der **Kosten** wird nicht zu eng auszulegen sein; auch der Wert der eigenen Arbeit oder der Arbeit von Angestellten des Herausgabepflichtigen wird dazu zu rechnen sein, falls die Arbeitskraft sonst in anderer nutzbringender Weise verwendet worden wäre.

4. Das Gesetz sagt, daß der Herausgabepflichtige Ersatz **verlangen** kann, nicht bloß, daß er die Herausgabe bis zur Kostenerstattung verweigern darf. Daraus folgt nach dem Sprachgebrauche des BGB, daß er einen selbständigen, durch Klage geltend zu machenden Anspruch hat (str.). Ein Grund, ihm nur ein Einrederecht zu gewähren oder den Anspruch davon abhängig zu machen, daß der Berechtigte die Herausgabe der Früchte von ihm fordert, besteht nicht. Das Gesetz macht das Ersatzrecht lediglich von dem Bestehen, nicht von der Geltendmachung der Herausgabepflicht abhängig. Richtig ist es, daß hiernach der Berechtigte unter Umständen gezwungen wird, Früchte anzunehmen, an denen er kein Interesse hat. Er ist aber dadurch genügend geschützt, daß die zu ersetzenden Kosten den Wert der Früchte nicht übersteigen dürfen. — Jeder Teil hat neben dem Anspruch auch ein Zurückbehaltungsrecht an seiner Leistung nach § 273. Gemäß § 274 sind die gegenseitigen Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen.

5. Nur Kosten, deren Verwendung **einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht,** können erstattet verlangt werden; also jedenfalls die notwendigen Kosten, meistens aber auch solche, die zu einer Verbesserung der Fruchtgewinnung geführt haben. — Über besondere Bestimmungen hinsichtlich der Kosten vgl. §§ 592, 998, 1055 Abs 2, 1421.

§ 103

Wer verpflichtet ist[1]), die Lasten[2]) einer Sache[3]) oder eines Rechtes[4]) bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit[5]) an zu tragen, hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist[6]), die regelmäßig wiederkehrenden Lasten[7]) nach dem Verhältnisse der Dauer seiner Verpflichtung[8]), andere Lasten[9]) insoweit zu tragen, als sie während der Dauer seiner Verpflichtung zu entrichten sind[10]).

E I 795 II 77n; M 3 76; P 3 24.

1. § 103 gibt für das Innenverhältnis zwischen zwei Beteiligten, die einander **verpflichtet sind,** bis zu einer bestimmten Zeit oder von einer bestimmten Zeit an, die Lasten einer Sache zu tragen, Verteilungsvorschriften, die denen des § 101 entsprechen. Die Verpflichtung kann sich auch hier aus Gesetz oder Rechtsgeschäft ergeben. Vgl. §§ 446, 546, 1047, 1385, 1654, 2379. — Darüber, wer dem Lastenberechtigten verpflichtet ist, trifft § 103 keine Bestimmung. Dies ergibt sich aus dem Inhalte der Lasten oder auch aus besonderen Vorschriften (vgl. § 2145 Abs 1 Satz 2).

2. Unter **Lasten** sind nicht dingliche Belastungen jeder Art zu verstehen, sondern nur solche, die den Besitzer der Sache oder Inhaber des Rechtes zu einer Leistung verpflichten (**RG** 66, 318; Warn 1916 Nr 131). Dingliches Vorkaufsrecht, Nießbrauch, Grunddienstbarkeiten gehören nicht dazu, weil sie lediglich Einschränkungen des Eigentums sind (**RG** 66, 316; Warn 1916 Nr 131). Die Lasten können öffentlichrechtlicher oder privatrechtlicher Natur sein.

3. Lasten einer **Sache** können im Sinne des § 103 nur solche Leistungen sein, die von dem Besitzer einer Sache als solchem ohne Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse gefordert werden können. Daß sie dinglich sind, ist nicht gerade erforderlich.

4. Als Lasten **von Rechten** werden hauptsächlich die Belastungen selbständiger Gerechtigkeiten, wie des Erbbaurechts, in Betracht kommen.

5. Bestimmungen über die für die Verteilung maßgebende **Zeit** treffen z. B. die §§ 446, 1047.

6. **Etwas anderes kann bestimmt sein** durch Gesetz (vgl. §§ 995, 2126, 2185) oder Rechtsgeschäft.

7. **Regelmäßig wiederkehrende Lasten** sind z. B. Renten, Hypotheken- und Grundschuldzinsen, Grundsteuer, Feuerkassenbeiträge (SeuffA 59 Nr 350).

8. Vgl. darüber, wie die Verteilung **nach dem Verhältnisse der Dauer der Verpflichtung** zu erfolgen hat, § 101 A 1. Auch hier wird in der Regel anzunehmen sein, daß die Lasten für die Vergangenheit erhoben werden. Doch wird häufig vereinbart, daß Hypothekenzinsen usw. im voraus zu entrichten sind.

9. **Andere Lasten** sind z. B. Straßenanliegerbeiträge, Einquartierungslast, Schullasten, Patronatslasten (**RG** 70, 263).

10. Es kommt lediglich darauf an, wann die Lasten **zu entrichten sind,** d. h. fällig werden, nicht, wann sie tatsächlich entrichtet werden, und auch nicht, wann die Leistungspflicht entstanden ist (**RG** 70, 263).

Dritter Abschnitt

Rechtsgeschäfte

1. **Begriff.** Vorgänge, die nach der Rechtsordnung rechtserzeugend, verändernd oder zerstörend zu wirken vermögen, haben die Bedeutung von Rechtsereignissen oder juristischen Tatsachen. Sie stellen sich dar als Handlungen der Menschen oder als sonstige Geschehnisse. Die letzteren wirken unmittelbar kraft gesetzlicher Bestimmung, die Handlungen kraft der dem Willen der Einzelpersonen vom Rechte beigelegten Machtbefugnis. Unerläßliche Voraussetzung einer **Rechtshandlung** ist mithin, daß sie von einem Willensfähigen ausgeht. Da sich ferner aber nach der Rechtsordnung die Willensmacht der einzelnen nur innerhalb des der Privatperson zugewiesenen Gebiets (Vorbemerkung 3) zu betätigen vermag, so kann ihre Handlung den gewollten Erfolg auch nur dann erzielen, wenn sie sich innerhalb jenes Gebiets hält. Vgl. §§ 134, 138. Die Handlung selbst vollzieht sich durch die „Willenserklärung". Das BGB setzt den Begriff des Rechtsgeschäfts als gegeben voraus. Die Motive kennzeichnen das Rechtsgeschäft als „eine Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolgs, welcher nach der Rechtsordnung deshalb eintritt, weil er gewollt ist". M 1, 126. Vgl. RG 68, 324. Daß der Erklärende sich der rechtlichen Tragweite des von ihm Erklärten nach allen Richtungen bewußt gewesen ist, oder daß er gar den juristischen Aufbau gekannt hat, ist kein Erfordernis für die Wirksamkeit einer Willenserklärung (RG 64, 165).

2. **Subjekt des Rechtsgeschäfts.** Zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts ist imstande nur der Geschäftsfähige, und zwar nach den Abstufungen der §§ 104—116. Fähig ist ferner an sich nur eine Privatperson, physische oder juristische. Rechtsgeschäfte im engeren Sinne sind mithin nicht die Willenserklärungen der Obrigkeit als solcher, wie Verleihungen von Vorrechten, Enteignungsbeschlüsse, Verleihung der Rechtsfähigkeit an Vereine (§§ 22, 23, 33, 43), die Befreiung (Dispens) bei der Eheschließung (§§ 1303, 1312, 1313, 1316, 1328), sowie bei der Annahme an Kindes Statt (§ 1745), die Genehmigung der Stiftung (§ 80), das Inverkehrbringen von Schuldverschreibungen (§ 795); ferner die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§§ 112, 1643, 1714, 1803, 1821, 1822 ff.). Rechtsgeschäfte sind namentlich auch nicht die Entscheidungen oder Anordnungen der Gerichte im Gebiete der freiwilligen und streitigen Gerichtsbarkeit, einschließlich des Zwangsversteigerungs- und des Konkursverfahrens, selbst dann nicht, wenn durch sie ein subjektives Recht zur Entstehung gebracht, verändert oder beendigt wird. Alles das sind nur Rechtshandlungen im weiteren Sinne, auf welche die Grundsätze des bürgerlichen Rechts über Rechtsgeschäfte jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar sind. Wenn das Reichsgericht die „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichts in gewissen Grenzen vormals den Grundsätzen von Willenserklärungen unterwarf (RG 25, 282; 50, 284), so wird das aus Zweckmäßigkeitsgründen auch ferner gelten müssen. Über die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 119, 123 bei Prüfung der Rechtsbeständigkeit von Anstellungsakten vgl. RG 83, 429; Warn 1914 Nr 270. — Wenn eine Person des öffentlichen Rechtes ein wirkliches privates Rechtsgeschäft vornimmt, wird dessen Charakter nicht dadurch geändert, daß sie durch eine Behörde handelte.

3. **Gegenstand des Rechtsgeschäfts** kann nur ein privates Rechtsverhältnis sein. Innerhalb dieser Grenze ist dem einzelnen auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse grundsätzlich volle Freiheit eingeräumt — Grundsatz der Vertragsfreiheit —, im Sachenrechte, Familien- und Erbrechte dagegen sind Rechtsgeschäfte nur in den vom Gesetze anerkannten Fällen zulässig. Vertragsfreiheit ist im Gebiete des Familienrechts nicht die Regel (RG 22. 3. 06 IV 481/05). Ob ein Rechtserfolg für den Erklärenden selbst oder für einen Dritten eintreten soll, ist für den Begriff Willenserklärung an sich nicht wesentlich; daher könnten Rechtsgeschäfte auch sein die Zustimmung, Einwilligung, Genehmigung (§§ 182—185), die Erlaubnis (§§ 549, 583), die Erklärung des Einverständnisses (§§ 180, 639), der Widerspruch (§§ 108, 113). Indessen, wenn eine Willenserklärung nicht beabsichtigt, die Rechtsfolge selbständig hervorzubringen, sondern nur dazu dient, das von einem andern vorgenommene Rechtsgeschäft durch Erfüllung einer weiteren erforderlichen Voraussetzung zu seiner vollen Entstehung zu bringen (Vorbem 4), dann dürfte nicht ein Rechtsgeschäft im eigentlichen Sinne, sondern nur eine Rechtshandlung in Frage stehen, die allerdings den Grundsätzen über die Willenserklärung untersteht (vgl. §§ 182 u. 185). Anders verhält es sich mit der „Bestätigung" eines eigenen Rechtsgeschäfts (vgl. dazu § 141).

4. **Bestandteile des Rechtsgeschäfts.** Der notwendigste und wesentlichste Bestandteil des Rechtsgeschäfts ist die Willenserklärung (vgl. Bemerkungen vor § 116). Ohne sie ist kein Rechtsgeschäft denkbar. Die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung unterscheiden sich insofern voneinander, als das Rechtsgeschäft die fertige juristische Tatsache als solche (Vorbem 1) darstellt, die Willenserklärung dagegen den rechtserzeugenden Vorgang bedeutet.

Falls das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts noch an andere Bedingungen als an die Abgabe der Willenserklärung sich knüpft (zusammengesetzter Tatbestand), ist die Entstehung des Rechtsgeschäfts von Erfüllung der gesamten Voraussetzungen abhängig: so von Wahrung der Form (§ 125), vom Zusammentreffen mehrerer Willenserklärungen (§ 145), bei den Realverträgen von der Hingabe der Sache (§ 607). Das Gesetz sieht jedoch die Willenserklärung als einen so wesentlichen Bestandteil des Rechtsgeschäfts an, daß es sie der Sache nach dem letzteren gleichstellt, was schon in der nahezu gleichwertigen Verwendung der Ausdrücke hervortritt. Der Regel nach wird indes der Ausdruck Willenserklärung da gebraucht, wo diese gerade wesentlich im Vordergrunde steht (M 1, 126); vgl. die §§ 116ff. und anderseits die §§ 125, 134, 138, 142, die das fertige Geschäft im ganzen vor Augen haben.

5. Arten der Rechtsgeschäfte. Je nach dem Inhalte werden unterschieden: schuldrechtliche (obligatorische) Rechtsgeschäfte, die eine Leistung des Verpflichteten, dingliche, die unmittelbar ein Recht an einer Sache oder an einem Rechte zum Gegenstande haben; sodann familienrechtliche und erbrechtliche; ferner solche unter Lebenden und von Todes wegen, welche die Rechtsverhältnisse eines Menschen nach seinem Tode zu regeln bestimmt sind. Je nachdem die Partei auf Grund des Rechtsgeschäfts nur einen Vorteil erlangt, oder diesen durch eine eigene vermögenswerte Leistung entgelten muß, unterscheidet man unentgeltliche und entgeltliche Rechtsgeschäfte. — Bei Rechtsgeschäften, die eine Zuwendung zum Gegenstande haben, unterscheidet man das kausale und das abstrakte Rechtsgeschäft. Unter der Causa ist dabei der unmittelbar verfolgte Zweck (zu erfüllen, zu schenken, zu leihen) zu verstehen. Spielt dieser Zweck beim Rechtsgeschäfte eine derartige Rolle, daß von seiner Erreichbarkeit zugleich die Rechtsbeständigkeit des Geschäfts abhängt, dann ist dieses ein kausales. Der Zweck, der Grund der Zuwendung, ist hier eine wesentliche Voraussetzung des Rechtsgeschäfts überhaupt. Dagegen ist abstrakt dasjenige Rechtsgeschäft, das losgelöst ist von dem Rechtsgrunde, in dem es seine Veranlassung findet, und dessen rechtliche Wirkung an sich unabhängig ist von der Wirksamkeit des Rechtsgrundes (RG 68, 100). So der Wechsel, der Erlaß, die Auflassung. Gegebenenfalls ist der Kauf das Kausalgeschäft, die Übergabe, Auflassung das abstrakte Vollzugsgeschäft.

6. Eigenartig sind die **fiduziarischen** Rechtsgeschäfte (RG JW 1910, 4[2]) insofern, als sich bei ihnen der wirtschaftliche Zweck der Zuwendung mit der juristischen Form des Rechtsgeschäfts nicht deckt, so daß der Empfänger der Zuwendung der Geschäftsform gemäß nach außen eine andere Rechtsstellung erhält, als sie dem wirtschaftlichen inneren Geschäftszwecke entspricht, und deshalb seinem Geschäftsgegner gegenüber auch verpflichtet ist, von seiner äußeren Rechtsstellung nur einen dem inneren Zwecke entsprechenden Gebrauch zu machen. Das trifft insbesondere zu, wenn jemand seine Sache einem andern zu Eigentum überträgt, dies in die Form der Übereignung gekleidete Geschäft wirtschaftlich aber nur denjenigen Zweck erfüllen soll, dem sonst eine Pfandbestellung dient. Alsdann hat der Rechtserwerber zwar nach außen die Stellung des Eigentümers, seinem Geschäftsgegner gegenüber ist er jedoch verpflichtet, sich nur so zu verhalten, als hätte er lediglich die Rechtsstellung eines Pfandgläubigers. Solche Geschäfte sind in ständiger Rechtsprechung als zulässig anerkannt (RG 55, 391; 57, 177; 59, 146; 62, 129; 79, 185; Warn 08 Nr 197; 1910 Nr 98; JW 11, 46[34] u. 181[5]).

7. Die **Verfügung.** Das Gesetz versteht darunter dasjenige Rechtsgeschäft, durch welches auf bestehende Rechte unmittelbar eingewirkt wird (RG 90, 399), so die Veräußerung und Belastung von Sachen, von Forderungen und andern Vermögensrechten, ferner die Erfüllung, den Erlaß einer Forderung, die Aufrechnung, den Verzicht. Auch die Kündigung, die Einwilligung, Genehmigung und die Parzellierungsvollmacht sind als Verfügungen anzusehen (RG 90, 399); desgl. der Rücktritt, der Widerruf, die Fristbestimmung, denen allen gemeinsam ist, daß sie von einem bereits bestehenden Rechtsgeschäfte abhängen: abhängige Rechtsgeschäfte. Wird durch einen Vorgang ein Recht erst erzeugt, dann handelt es sich nicht um eine Verfügung: das Recht entsteht alsdann vielmehr kraft Gesetzes, z. B. bei der Verarbeitung (Spezifikation) und Ersitzung. Die Verfügung setzt anderseits nicht unbedingt voraus, daß die Sache oder das Recht bereits besteht. Die Übergabe einer noch nicht vorhandenen Sache (§ 90) ist allerdings ein Unding; aber die Abtretung einer erst zu begründenden Forderung ist möglich mit Wirkung von ihrer Entstehung an (RG 67, 167). Vgl. § 398 A 2. Die mangelnde Befugnis zur Verfügung über Vermögensgegenstände schließt nicht die Fähigkeit der betreffenden Person aus, sich in bezug auf jene Gegenstände nur persönlich zu verpflichten. So behält eine solche Fähigkeit die Ehefrau trotz des ihr gemäß §§ 1395, 1398 mangelnden Verfügungsrechts nach §§ 1399ff., ebenso der Gemeinschuldner trotz der §§ 6, 7 KO. Umgekehrt umfaßt die Befugnis zur Verfügung über ein fremdes Vermögen nicht die Befugnis, den Vermögensinhaber in Person zu verpflichten (§ 1375). — In einzelnen Fällen sind im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung getroffene Verfügungen den rechtsgeschäftlichen Verfügungen gleichgestellt (§§ 161, 184, 353, 499, 883, 2115). Die Gleichstellung erstreckt sich jedoch nicht zugleich auf die Anwendbarkeit der Grundsätze vom guten Glauben beim Rechtserwerb (§§ 892, 893, 932, 1032, 1208 BGB; ferner §§ 366, 367 HGB), weil insoweit nur der rechtsgeschäftliche Erwerb geschützt sein soll. — Die

Prozeßführung ist keine „Verfügung", denn sie betrifft nicht den Gegenstand des Streites unmittelbar und begründet die beabsichtigte Rechtsänderung nicht durch sich selbst. — Veräußerung ist im Sinne des Gesetzes die Handlung, durch welche „die Substanz eines Rechtes" behufs Übertragung oder Aufhebung desselben aufgegeben wird (M 1, 128). Die bloße Belastung einer Sache stellt noch keine Veräußerung dar (RG 84, 410).

8. **Prozessuale Rechtshandlungen.** Über ihren Begriff vgl. § 211 A 2 und RG 77, 324. Sie können zugleich privatrechtliche Wirkungen äußern, so die im Prozesse erfolgende Kündigung, Mahnung, Anfechtung, Aufrechnung, Rücktrittserklärung, Anerkennung, Verzicht, Bestätigung eines wegen Formmangels nichtigen Geschäfts (RG 53, 149; 61, 266; 63, 412). Solche Prozeßhandlungen haben demnach eine Doppelnatur. Ob sie auch die entsprechende materielle Rechtswirksamkeit erlangen, bestimmt sich nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes. Dies gilt namentlich hinsichtlich des Formerfordernisses (unentschieden gelassen in RG 61, 266); es muß auch die durch Vertrag vereinbarte Form gewahrt sein (RG 24. 1. 07 IV 262/06). Dagegen ist es für die materielle Wirksamkeit nicht Erfordernis, daß auch die für die Prozeßhandlung als solche wesentliche Form, insbesondere die Mündlichkeit gewahrt ist. So genügt es, wenn eine Erklärung auch nur durch vorbereitenden Schriftsatz, allerdings nicht nur angekündigt, sondern wirklich abgegeben worden und dem Gegner auch zugegangen ist (RG 53, 148; 57, 362). Der gerichtliche Prozeßvergleich ist freilich, weil dem Urteile gleichgestellt, wirksam, ungeachtet der Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Form des den Gegenstand des Vergleichs bildenden Rechtsgeschäfts (RG 48, 183). Der vom Vormund abgeschlossene Vergleich bedarf der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (RG 56, 333). Entsprechend ist auch die Frage der materiellen Nichtigkeit einer Prozeßerklärung wegen Unsittlichkeit, Scheines nach den Regeln des bürgerlichen Rechtes zu entscheiden, a. M. die Prozeßrechtslehrer. RG SeuffA 57 Nr 480 spricht einer Prozeßhandlung (Zustellung der Klage) wegen Scheines im Falle des § 603 Abs 2 sogar die lediglich prozessuale Wirkung des gemeinschaftlichen Gerichtsstandes ab. — Die Frage der Anfechtbarkeit auf Grund von Willensmängeln (Irrtum, Zwang, Betrug) regelt sich, soweit die materielle Wirkung in Frage kommt, nach materiellem Rechte, soweit es sich um die rein prozessuale Seite handelt, nach Prozeßrecht (RG 81, 177; Warn 18 Nr 140, betreffend den Prozeßvergleich). Prozessuale Erklärungen (z. B. über die Eidesverweigerung) sind nicht nach § 119 anfechtbar (RG Warn 1911 Nr 208; 1914 Nr 2; Gruch 49, 1049, betreffend Verzicht auf Rechtsmittel), sondern unterliegen nach § 290 ZPO besondern Regeln (wird aber beispielsweise angenommen, daß sich der Erklärende bei der Verweigerung eines Eides über den Inhalt des Eides geirrt hat, oder daß er die Weigerung des Eides nicht hat erklären wollen, so liegt eine Eidesverweigerung überhaupt nicht vor, RG 69, 262). Unzulässig ist auch die Anfechtung der Zurücknahme eines Rechtsmittels wegen Irrtums (RG 81, 177). Ein Prozeßvergleich unterliegt ebenfalls der Anfechtung aus §§ 119, 123, und zwar muß diese Anfechtung in einem besondern, neuen Verfahren erfolgen (RG 78, 286), während die Beseitigung des Vergleichs aus Rechtsgründen oder auf Grund einer Einigung der Parteien im alten Prozesse betrieben werden kann (RG 65, 420; 50, 425; 78, 289). Das auf Grund des Anerkenntnisses oder des Verzichts ergehende Urteil kann nur im Wege der prozeßmäßigen Rechtsmittel angefochten werden (RG JW 93, 156[6]). Ist aber das Urteil noch nicht ergangen oder wird das ergangene Urteil im Wiederaufnahmeverfahren beseitigt, so sind für die Anfechtung des Anerkenntnisses oder des Verzichts materiell die Regeln des bürgerlichen Rechtes maßgebend. Die Anfechtung kann auch durch mündliche Erhebung der Widerklage erfolgen und bleibt wirksam, auch wenn die Widerklage demnächst zurückgenommen wird (RG 23. 2. 07 V 297/06). Urteile, Zuschlagsbeschlüsse und die Bestätigung des Zwangsvergleichs können nur nach den besondern Vorschriften der ZPO, des ZVG und der KO angefochten werden (RG 61, 359; 60, 48; 57, 271; Warn 1911 Nr 353). Doch kann die materielle Wirksamkeit eines Urteils nach § 826 beseitigt werden (RG 61, 359 u. 59, 257). Hier hatte jemand durch Erschleichung der öffentlichen Zustellung ein Versäumnisurteil und auf Grund dessen seine Eintragung als Eigentümer auf dem Grundstücke des andern erlangt. In solchem Falle hat aber der Eingetragene nur einen persönlichen Anspruch auf Schadensersatz, während die Eigentumseintragung nicht nichtig wird (RG 5. 1. 10 V 491/09, teilweise abgedruckt JW 10, 153[21]). Die Beseitigung des erschlichenen Urteils ist im übrigen auch schon vor Eintritt seiner Rechtskraft zulässig (RG 78, 394, wo zugleich ausgeführt ist, daß, wenn der Verurteilte den Gebrauch von Rechtsbehelfen aus Fahrlässigkeit unterlassen hat, das der Arglist des Gegners gegenüber nicht in Betracht kommt). — Die Dauer sowie der Umfang der materiellen Wirkung einer Prozeßhandlung sind unabhängig von der prozessualen Wirksamkeit. Die materielle Wirkung wird mithin auch durch die Zurücknahme der Klage oder durch ihre Abweisung ohne sachliche Entscheidung nicht beseitigt (RG 63, 412; 23. 2. 07 IV 297/06). Sie ist auch nicht eingeschränkt auf den Gegenstand.

Die Prozeßvollmacht und die Vertretungsbefugnis ermächtigen zugleich zur Abgabe sowie zur Entgegennahme aller Erklärungen, welche zum Angriffe oder zur Verteidigung dienen, mit

materieller Wirksamkeit (RG 53, 213; 49, 394). Auch ihre Dauer ist insoweit nicht an den Prozeß gebunden (RG 63, 411, über Anfechtungserklärung in einem Schriftsatze; RG 23. 2. 07 V 297/06, betreffend Anfechtung und Bestätigung; 25. 3. 07 I 516/06, betreffend Kündigungserklärung; 30. 10. 06 II 165/06, betreffend Ermächtigung zur Entgegennahme der Anzeige bei der Abtretung). Wenn RG 20. 1. 12 V 268/11 annimmt, daß die vom Prozeßvertreter erklärte Anfechtung nur für den Rechtsstreit Wirksamkeit habe, so scheint das unzutreffend; die Erklärung des Prozeßvertreters hat „in wie außer dem Prozesse die gleiche Wirkung wie die außerhalb eines Prozesses von einem sonstigen Vertreter abgegebene Erklärung" (das Urteil RG 63, 411). Auch die Rücknahme der Klage sowie der Verzicht auf den Anspruch sind Willenserklärungen (RG 66, 12). Wenn jedoch RG 59, 349 anscheinend auch den Verzicht auf die Berufung als unmittelbar nach § 119 BGB anfechtbar erachtet hat, so kann das um deswillen als bedenklich erscheinen, weil eine reine prozessuale Handlung in Frage stand. Die Abgabe des Meistgebots im Zwangsversteigerungsverfahren kann im Wege der Klage überhaupt nicht angefochten werden, weil der Klageweg da ausgeschlossen ist, wo das Gesetz das Beschlußverfahren vorsieht (RG 54, 309; §§ 100, 81 ZVG; § 766 ZPO). Aus gleichem Grunde wird auch nach erfolgter Bestätigung der Vergleichsvorschlag des Gemeinschuldners sowie die Zustimmung eines Gläubigers und die Erklärung des Vergleichsbürgen der Anfechtung durch Klage entzogen sein (§§ 84, 189 KO). Da jedoch im Beschwerdeverfahren die ganze Sache erörtert werden kann, so ist es nicht ausgeschlossen, Willensmängel dort noch geltend zu machen, falls es nicht schon im Bestätigungsverfahren nach § 184 KO geschehen ist.

9. Keine Rechtsgeschäfte sind: a) Die „unerlaubte Handlung", weil bei ihr die Rechtswirkung kraft Gesetzes eintritt, und nicht, weil sie gewollt war. Hier gelten die Grundsätze der Verantwortlichkeit, nicht die der Geschäftsfähigkeit, Stellvertretung usw. b) Die Unrechtshandlung im Rahmen eines Rechtsverhältnisses, namentlich die Vertragsverletzung. Für sie gelten gleichfalls besondere Grundsätze (vgl. §§ 276, 278). c) Juristische Tatbestände, bei denen die Rechtsordnung die rechtliche Wirkung allein an einen äußeren Tatbestand knüpft, gleichviel ob er gewollt war oder nicht. Hierher gehören z. B. die Begründung und Aufhebung eines Wohnsitzes, die Besitzerwerbshandlung, die Spezifikation (M 1, 127), die Entfernung gewisser Gegenstände vom Grundstück (§§ 560, 1121, 1122), die Verweigerung (§§ 182, 634 usw.), die Geschäftsführung ohne Auftrag, die Zustimmung gemäß § 1565 Abs 2, die Verzeihung gemäß § 1570 (RG Warn 1914 Nr 218; JW 1919, 820[2]). Für einzelne nicht rechtsgeschäftliche Tatbestände angegebener Art — so Begründung und Aufhebung des Wohnsitzes — gibt das BGB besondere Bestimmungen (§ 8). Sonst kann nur die eine oder die andere von Rechtsgeschäften geltende Vorschrift entsprechende Anwendung finden. Aber eine unmittelbare Anwendung der bezeichneten Vorschriften im allgemeinen ist ausgeschlossen.

10. Übergangsbestimmungen. Für Rechtsgeschäfte im allgemeinen gibt das EG keine Übergangsvorschrift. Nach den Motiven zum EG S. 255 sind die unter der Herrschaft des alten Rechtes vorgenommenen Rechtsgeschäfte in Ansehung der Geschäftsfähigkeit und der Form nach altem Recht zu beurteilen. Aus den Gesamtbestimmungen des EG ist der weitere Satz abzuleiten, daß ein gleiches auch hinsichtlich solcher Umstände gelten muß, welche die Gültigkeit und Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte berühren, einschließlich der Erfordernisse der Heilung eines mangelhaften Geschäfts, sofern nicht das EG besondere Ausnahmen aufstellt (Artt 198 Abs 2, 213, 215). Dagegen kann keine allgemein geltende Regel darüber aufgestellt werden, inwieweit nach dem 1. Jan. 1900 vorgenommene Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftliche Handlungen, die sich auf ein dem alten Rechte angehörendes Rechtsverhältnis beziehen, noch nach altem Rechte zu beurteilen sind. Durch positive Vorschrift ist die Anwendung des alten Rechtes bestimmt in Artt 189 u. 215 Abs 1 EG. — Nach Art 3 EG.VersVG findet dieses Gesetz auf bereits bestehende Versicherungsverträge im allgemeinen keine Anwendung. Nur bei den in Art 4 aufgeführten Vorschriften ist das Gegenteil der Fall; zu ihnen gehören aber nicht die vom Kündigungsrechte handelnden Bestimmungen der §§ 167, 180 d. Ges. (RG Warn 1914 Nr. 43).

11. Ausländisches Recht. Das deutsche bürgerliche Recht enthält keine allgemeine Vorschrift, nach welchem Rechte die Rechtsgeschäfte zu beurteilen sind, wenn örtlich verschiedene Rechtsgebiete in Frage kommen. In neuerer Zeit wurde (Zitelmann 2, 137 ff.) mit beachtenswerten Ausführungen versucht, den allgemeinen Satz aufzustellen: Für Entscheidung der Frage, welcher rechtsgeschäftliche Tatbestand vorliegen müsse, damit die behauptete Wirkung eintrete, sei das Gesetz, das über diese Wirkung herrscht — das Wirkungsstatut —, maßgebend: soll die Wirkung eine dingliche sein, das Sachstatut, hinsichtlich der schuldrechtlichen Wirkung das Personalstatut des Schuldners, betreffs einer erbrechtlichen Wirkung das Personalstatut des Erblassers. Das Wirkungsstatut soll maßgebend sein nach der Seite des gesamten Tatbestandes, der verwirklicht werden müsse, damit die rechtsgeschäftliche Wirkung eintreten könne, einschließlich der nachholbaren Wirksamkeitserfordernisse. Sollen durch ein Rechtsgeschäft mehrere Wirkungen erzeugt werden, so sei das Rechtsgeschäft für jede seiner Wirkungen gesondert nach dem sie beherrschenden Wirkungsstatut zu beurteilen. Diese Auffassungen haben eine innere

Berechtigung für sich, würden auch zu den befriedigendsten Ergebnissen führen, haben sich indes trotz vielfacher Vertretung im Schrifttum in der Rechtsprechung noch nicht als herrschende durchzusetzen vermocht. Beim Reichsgerichte insbesondere sind die Ansichten noch geteilt. Allgemeine Übereinstimmung besteht nur darüber, daß in erster Linie stets eine etwaige ausdrücklich oder auch nur aus den Umständen zu entnehmende stillschweigende Vereinbarung entscheidend sein soll, wobei es auf den mutmaßlichen, vernünftigen Willen der Parteien ankommt (RG 40, 197; 44, 154; 68, 255; 74, 174; Warn 1913 Nr 302). Nur die Einschränkung ist freilich zu machen, daß die Einigung auf Anwendung des fremden Rechtes nicht gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines einschlägigen deutschen Rechtssatzes verstoßen darf (Art 30 EG), was dann, aber auch nur dann zuträfe, wenn die Anwendung des fremden Rechtes die Grundlagen des deutschen staatlichen oder wirtschaftlichen Lebens angreifen würde (RG 60, 196; 73, 366). Vgl. auch RG 80, 132). Beim Mangel einer Vereinbarung haben sich der VI., VII. und I. ZS für die Anwendung des Personalstatuts ausgesprochen (RG 61, 343; 62, 380; 27. 11. 06 VII 639/05; 30. 10. 07 I 218/07). In weiteren Urteilen freilich (LZ 1908, 451; 1911 S. 395 u. 487) hat der I. ZS die Entscheidung, ob im Zweifel das Recht des Wohnsitzes oder das des Erfülungsortes maßgebend sei, dahingestellt gelassen. Vgl. auch RG 69, 23. Dagegen ist der II. ZS, der sich mit den vorliegenden Fragen vorzugsweise zu beschäftigen hatte, dauernd der Savignyschen Lehre, daß das Recht des Erfüllungsorts maßgebend sei, treu geblieben, namentlich gegenüber den Urteilen des VI. ZS (RG 66, 75; 73, 370; 78, 59; 95, 164, betreffend eine Vertragsanfechtung). Völlig aufgegeben ist allseitig die Lehre, daß es auf das Recht am Orte des Vertragschlusses ankomme (RG 61, 345). — **Im einzelnen** sei noch auf folgende Entscheidungen hingewiesen: Art 11 EG überläßt es der Rechtsprechung zu bestimmen, welche Gesetze für das den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bildende Rechtsverhältnis maßgebend sind, und daher muß in erster Linie geprüft werden, nach welchen international-privatrechtlichen Regeln jene Gesetze zu bestimmen sind, dafür sind aber in erster Linie die (wenn auch nur stillschweigenden) Parteivereinbarungen maßgebend, wonach auch bei einem gegenseitigen Vertrage ein einheitliches Recht für das ganze Rechtsverhältnis vorgesehen sein kann (RG Warn 1913 Nr 302). Ist ein einheitliches Recht nicht vereinbart worden (etwa durch Bestimmung eines gemeinsamen Erfüllungsorts), dann müßte, um ein solches trotzdem anwenden zu können, die eine räumliche Beziehung ein solches Gewicht haben, daß sie vor allen andern erkennbar den Ausschlag geben sollte; das trifft bei Kaufverträgen hinsichtlich der Leistungspflicht des Verkäufers nicht zu, die Frage, ob dem ausländischen Käufer die Pflicht zur unverzüglichen Rüge angesonnen werden kann, ist daher im Zweifel nach dem Rechte seines Erfüllungsorts zu beurteilen (RG 81, 275). Den Parteien ist es vermöge der Vertragsfreiheit unbenommen, sich durch eine rechtsgeschäftliche Abrede von vornherein einem bestimmten Rechte zu unterwerfen; unwirksam ist aber eine bloß prozessuale Regelung dieser Frage (RG Warn 1914 Nr 303). Nach demjenigen Rechte, dem sich die Parteien unterworfen haben, ist namentlich auch zu bestimmen, welcher Form der Vertrag bedurfte; kennt das danach maßgebende Recht nicht den Satz locus regit actum, dann kann auch der Art 11 EG nicht Platz greifen, vielmehr müßte das für das Rechtsverhältnis maßgebende Recht entscheidend sein (RG Warn 1913 Nr 151 u. 302). Die Rangordnung von dinglichen Rechten (Pfandrechten an beweglichen Sachen und Schiffen) richtet sich nach der Entstehung des einzelnen Rechtes und nach seiner Einordnung in die Reihe der mitbeteiligten Rechte, so daß auch ein im Auslande entstandenes Pfandrecht den Rang eines deutschen Schiffspfandrechts haben kann (RG 81, 283). Die subjektiven Befugnisse eines Patentrechts bestimmen sich nach dem Territorialitätsprinzipe (RG JW 1914, 690[18]). Ein ausländisches, aber in die Zeichenrolle des deutschen Patentamts eingetragenes Warenzeichen genießt den Schutz des deutschen Warenzeichengesetzes (RG 81, 171; 51, 268). Das Rechtsverhältnis zwischen ausländischen Eltern und ihren ehelichen Kindern ist regelmäßig nach ausländischem Rechte zu beurteilen (Art 19 EG); ist die Ehe geschieden und der für schuldlos erklärte Teil später deutscher Reichsangehöriger geworden, dann bindet ihn im Inlande nicht eine im Auslande ergangene Anordnung über das Erziehungsrecht (RG 81, 373). Über internationales Konkursrecht vgl. RG 90, 124. — Deutsche Schutzgebiete sind nicht ohne weiteres dem Inlande gleichzustellen; es kann hierüber nur von Fall zu Fall je nach Grund und Zweck der Einzelvorschrift entschieden werden; in Ehesachen gelten sie als Inland (RG 84, 259). — In Konsulargerichtsbezirken ist die Anwendung fremden Rechtes, einschließlich des Gewohnheitsrechts, unzulässig (RG Warn 1914 Nr 312). Sie gelten als Inland (SeuffA 74 Nr 45). — Eheschließungen zwischen Deutschen und Ausländern sind gültig, wenn sie im Auslande nach der gesetzlichen Form des Eheschließungsortes eingegangen sind, da Art 11 Abs 1 Satz 2 EG hier anwendbar ist (RG 88, 191). — Ist ein Konkursverfahren im Inlande eröffnet, dann regelt sich auch die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts nach dem inländischen Rechte selbst dann, wenn das Rechtsgeschäft im Auslande vorgenommen und erfüllt worden ist (RG Warn 1916 Nr 233). — Die Haftpflicht von Beamten gegenüber dem Staate regelt sich auch in den Gebieten, wo französisches Recht gilt (Rheinprovinz), nach dem Allgemeinen Landrechte

(RG 95, 346). Ist vom ausländischen Verkäufer an seinem im Auslande belegenen Niederlassungsorte zu erfüllen, so ist das Recht des Erfüllungsorts maßgebend (RG JW 1919, 499[4]). — Der auf unerlaubte Handlung gestützte Schadensersatzanspruch ist nach dem Rechte des Ortes der begangenen Tat zu beurteilen; mit der Einschränkung jedoch nach Art 12 EG, daß gegen einen Deutschen, der im Auslande eine unerlaubte Handlung vorgenommen hat, nicht weitergehende Ansprüche als die nach deutschem Rechte begründeten geltend gemacht werden können (RG 96, 98).

Erster Titel

Geschäftsfähigkeit

§ 104

[1]) Geschäftsunfähig[2]) ist:

1. wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat[3]);

2. wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist[4]);

3. wer wegen Geisteskrankheit entmündigt ist[5—7]).

E I 64 Abs 1, 2 II 78; M 1 129 ff.; P 1 55 ff., 72 ff.; 4 828; 6 119 ff.

1. **Geschäftsfähigkeit** ist die Fähigkeit, mit voller Wirksamkeit rechtsgeschäftliche Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen. Das BGB verwertet den weiteren Begriff der Handlungsfähigkeit, die auch die Fähigkeit zur Unrechtshandlung (Deliktsfähigkeit) umfaßt, nicht. Es unterscheidet aber zwischen Geschäftsunfähigkeit (§§ 104 ff.) und Fehlen der Verantwortlichkeit für Schadenszufügungen (§§ 827, 828). Inwieweit das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit für die Vornahme von solchen Rechtshandlungen, die nicht Rechtsgeschäfte sind, zu verlangen ist, kann nur von Fall zu Fall beantwortet werden. Für Begründung und Aufhebung eines Wohnsitzes ist in § 8 Geschäftsfähigkeit verlangt. Eine reine Besitzerwerbshandlung kann dagegen auch ein Geschäftsunfähiger vornehmen (§ 854 A 3); ebenso kann ein solcher durch „Entdeckung" (§ 984) und durch Verarbeitung (§ 950) Eigentum erwerben. Die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit sind zwingenden Rechtes. Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit eines andern ist ohne Einfluß. — Die Geschäftsfähigkeit der Ehefrauen als solcher ist nach dem BGB nicht beschränkt; sie bemißt sich daher nach den allgemeinen Regeln (vgl. auch § 52 ZPO). Über die Fähigkeit zur Testamentserrichtung enthalten § 2229, zur Eheschließung §§ 1303—1308 besondere Vorschriften. Das Vorhandensein einer unheilbaren, fortschreitenden Gehirnerweichung reicht allein für sich noch nicht aus, um den Erkrankten unfähig zur Testamentserrichtung zu machen; es muß der Nachweis hinzukommen, daß durch den Zustand krankhafter Störung seiner Geistestätigkeit seine freie Willensbestimmung im Zeitpunkte der Testamentserrichtung ausgeschlossen war (RG LZ 1919, 130[2]).

2. **Geschäftsunfähig** ist jemand kraft gesetzlicher Vorschrift oder infolge eines richterlichen Ausspruchs. Ohne weiteres ist geschäftsunfähig: a) der Mensch unter 7 Jahren, das Kind (Nr 1); b) der Geisteskranke, wenn die Krankheit einen solchen Grad erreicht, daß ihm der freie Wille fehlt (Nr 2). Hiernach ist noch nicht schlechthin geschäftsunfähig, wer nur die Tragweite vermögensrechtlicher Beziehungen und seiner Willenserklärungen nicht zu erfassen vermag (RG Warn 1911 Nr 164). Es muß vielmehr die geistige Betätigung in ihrer Gesamtheit, vornehmlich das Denken und Entscheiden, unter dem bestimmenden Einflusse des krankhaften Zustandes gestanden haben (RG Warn 1919 Nr 46). Die Unfähigkeit des zu Entmündigenden zur Geschäftsbesorgung muß sich auf die Gesamtheit seiner Angelegenheiten erstrecken; aber zu diesen Angelegenheiten gehört auch die Wahrnehmung der bürgerlichen Rechte sowie der Verkehr mit den Parteien, und daher kann auch schon wegen Unvermögens zur vernünftigen Betätigung auf diesem Gebiete (Querulantenwahnsinn) die Entmündigung möglich sein (RG Warn 08 Nr 111 u. 273; LZ 1919, 1008[2]). Durch richterlichen Ausspruch tritt die Geschäftsunfähigkeit ein als Folge der Entmündigung wegen Geisteskrankheit (Nr 3). Das BGB setzt bei Geschäftsunfähigkeit dauernde Zustände voraus (vgl. A 5).

3. **Geschäftsunfähigkeit wegen Alters unter 7 Jahren.** Das Gesetz erklärt alle Kinder unter 7 Jahren ohne Rücksicht auf die Geistesreife als geschäftsunfähig. Die Berechnung des vollendeten 7. Lebensjahrs erfolgt nach § 187 Abs 2.

4. **Geschäftsunfähigkeit wegen krankhaft gestörter Geistestätigkeit.** Das Gesetz verlangt, indem es sich insoweit der Fassung des § 51 StGB anschließt, einen die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung (RG 65, 202), und zwar einen dauernden Zustand, so daß bloße vorübergehende Bewußtlosigkeit hier nicht in Betracht kommt.

Die krankhafte Störung kann ihren Grund haben in Geisteskrankheit oder Geistesschwäche; beide sind nur im Grade voneinander verschieden (RG 50, 203[4]; JW 1911, 179; Warn 09 Nr 122); die ärztlichen Unterscheidungen sind nicht maßgebend (RG Warn 09 Nr 122; 1913 Nr 78). Es muß ein Zustand gegeben sein, zufolge dessen die Bestimmbarkeit der Person durch vernünftige Erwägungen ausgeschlossen und vielmehr der Wille durch Vorstellungen, Triebe, oder auch durch den Einfluß anderer Personen übermäßig beherrscht ist, während eine Willensschwäche allein nicht ausreicht (RG Warn 1917 Nr 234); desgleichen nicht das bloße Unvermögen, die Tragweite der Willenserklärung zu ermessen (RG Warn 1911 Nr 164). Der hier vom Gesetze geforderte krankhafte Zustand ist mithin ein weiterer als der der Geisteskrankheit im Sinne des § 6 Nr 1, weil er sowohl Fälle der Geisteskrankheit wie der Geistesschwäche umfaßt (RG JW 09, 411[2]; 1911, 179[1]). Jedenfalls aber muß die Willensfreiheit ausgeschlossen sein. — Bei der Prüfung, ob Geschäftsunfähigkeit wegen Geisteskrankheit vorliegt, sind vom Standpunkte des BGB namentlich auch die Erscheinungen der Störung, wie sie sich im Verkehrsleben zeigen, zu berücksichtigen. Da es sich um eine wesentlich tatsächliche Frage handelt, kann von einer Gebundenheit des Richters an den ärztlichen Ausspruch keine Rede sein (RG Gruch 49, 881; JW 05, 167[3]; Warn 09 Nr 122). Da ein **seiner Natur nach nicht nur vorübergehender Zustand** vorausgesetzt wird, reichen Bewußtlosigkeit und vorübergehende Geistesstörung zur Begründung des Geschäftsunfähigkeit nicht aus. Beide haben nur die Unfähigkeit zur Abgabe von rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen während der Dauer des Zustandes gemäß § 105 Abs 2 zur Folge (RG 65, 202). Hinsichtlich lichter Zwischenräume ist zu unterscheiden, ob eine Entmündigung wegen Geisteskrankheit stattgefunden hat oder nicht. Im ersteren Falle sind sie unbeachtlich und begründen auch nicht vorübergehende Geschäftsfähigkeit (RG 8. 3. 06 IV 420/05). Im andern Falle kann für die Zeit der lichten Zwischenräume volle Geschäftsfähigkeit des nicht Entmündigten angenommen werden (RG 18. 5. 08 IV 367/07); allerdings dann nicht, wenn das allgemeine Vorhandensein eines Zustandes im Sinne des § 104 Nr 2 nachgewiesen worden ist (RG Warn 1914 Nr 107).

5. **Entmündigung wegen Geisteskrankheit** hat ohne weiteres völlige Geschäftsunfähigkeit zur Folge. Entmündigung wegen bloßer Geistesschwäche begründet beschränkte Geschäftsfähigkeit nach den §§ 114, 106 ff (RG JW 08, 323[3]; 1911, 179[1]), desgl. die Entmündigung aus den in § 6 Nr 2—3 aufgeführten Gründen. Die Geschäftsunfähigkeit tritt infolge des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses (wegen Beginns seiner Wirksamkeit vgl. § 661 ZPO) unabhängig davon ein, ob dieser mit Recht oder Unrecht erging. Sie dauert auch unbedingt fort, bis die Entmündigung wieder aufgehoben ist, sei es durch Beschluß (§ 678 ZPO), sei es durch Urteil (§§ 679, 672 ZPO). Ist jemand lediglich wegen Geistesschwäche entmündigt worden, dann ist der Prozeßrichter im Einzelfalle doch nicht gehindert, seinerseits festzustellen, daß der Entmündigte gemäß § 104 Nr 2 völlig geschäftsunfähig gewesen ist (RG Warn 08 Nr 3).

6. **Beweislast.** Nach der herrschenden Meinung hat die Geschäftsunfähigkeit oder die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit zu beweisen, wer sie behauptet. Dies ist unbedenklich, wenn der Grund des Mangels der Geisteszustand (RG 23, 297; JW 05, 73[5]) oder die erfolgte Entmündigung sein soll (streitig), dürfte aber auch dann zutreffend sein, wenn es sich um das Lebensalter handelt. Dem Gegner steht, soweit das überhaupt zulässig ist (A 5), der Gegenbeweis offen, daß die Handlung in lichten Zwischenräumen vorgenommen worden ist. — Die Beweiswürdigung betreffs der gesetzlichen Voraussetzungen des § 104 Nr 2 ist ganz wie sonst freie, auch von den ärztlichen Gutachten unabhängige Ermessenssache des Richters (RG Warn 1918 Nr 111).

7. Über das **Übergangsrecht** vgl. Artt 153—156 u. 200, 215 EG. — Hinsichtlich des ausländischen Rechtes vgl. Art 7 EG. Er erklärt grundsätzlich das Personalstatut für maßgebend. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Geschäftsfähigkeit, nicht auf die Deliktsfähigkeit (für letztere Art 12 EG). Der Begriff der Geschäftsfähigkeit ist nach dem BGB zu beurteilen. Der Art 7 Abs 1 enthält eine sog. vollkommene Kollisionsnorm; er gilt also sowohl für Deutsche, mögen sie sich im Inlande oder Auslande befinden, als auch für Ausländer. Seine Grundsätze sind maßgebend für die Voraussetzungen und Wirkungen der Geschäftsunfähigkeit wie der Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit. Sie gelten für Rechtsgeschäfte aller Art, soweit nicht Ausnahmevorschriften bestehen. Hinsichtlich der Wechselfähigkeit vgl. Art 84 der WO. Ausnahmen zugunsten eines Ausländers in den Fällen des Art 7 Abs 2, 3. — Der Abs 3 des Art 7 ist anwendbar bei Rechtsgeschäften aller Art, namentlich auch bei solchen ausländischer Ehefrauen, soweit nicht Ausnahmen bestehen, für a) familienrechtliche Rechtsgeschäfte (vgl. Artt 13—23 EG), b) erbrechtliche Rechtsgeschäfte (vgl. Artt 24—26), c) Rechtsgeschäfte, durch die über ausländische Grundstücke verfügt wird. Abs 3 enthält nur eine einseitige Kollisionsnorm im Interesse des inländischen Rechtsverkehrs. Seine Vorschrift ist daher nicht anzuwenden auf Rechtsgeschäfte eines Ausländers in einem andern Staate. — Eine Ausnahme von Art 7 enthält Art 27 EG infolge des hier anerkannten Grundsatzes der Rückverweisung. Die internationale privatrechtliche Vorschrift

des Auslandes, auf welche das Deutsche Recht in Art 27 verweist, weist auf das materiellrechtliche deutsche Gesetz zurück. Der Hauptanwendungsfall ist gegeben, wenn der entsprechende Staat das Recht des Wohnorts für maßgebend erklärt. Eine weitere Ausnahme von Art 7 kann sich aus Art 30 EG ergeben, wenn die Anwendung des ausländischen Rechtes den guten Sitten oder den Zwecken des deutschen Rechtes widerstrebt. Keinen Einfluß auf die Anwendung des Art 7 hat Art 28 EG.

§ 105

Die Willenserklärung eines Geschäftsunfähigen ist nichtig[1]).

Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die im Zustande der Bewußtlosigkeit[2]) oder vorübergehender Störung[3]) der Geistestätigkeit abgegeben wird[4—6]).

E I 64 Abs 2, 3 II 79; M 1 130 ff.; P 1 55 ff., 72 ff.; 4 828; 6 119 ff.

1. Die Vorschrift betrifft nur die **Willenserklärungen.** Über die Wirkungen der Geschäftsunfähigkeit in andern Fällen vgl. die §§ 8, 131, 206, 682, 1325, 1676, 1780, 1865, 2201. Die Vorschrift bezieht sich auch nicht auf solche juristische Vorgänge, bei denen eine etwa abgegebene Willenserklärung kein rechtlich erhebliches Tatbestandsmerkmal bildet (Fund § 965, Schatz § 984, Verarbeitung § 950, Besitzhandlung § 854; streitig bei Preisgebung und Aneignung, §§ 959, 958). Über den Begriff **Nichtigkeit** vgl. § 125 A 1 Der Entmündigte behält die Befugnis, gemäß § 668 ZPO die Bestellung eines Vertreters zu fordern (RG 68, 404). Die Nichtigkeit ist eine unbedingte auch dann, wenn das Rechtsgeschäft für den Geschäftsunfähigen nur vorteilhaft ist (RG JW 1915, 570[2]). — Bei einem Grundstücksveräußerungsvertrage genügt zum Ausschlusse der Nichtigkeit die Geschäftsfähigkeit zur Zeit des Vertragsabschlusses, da die Auflassungserklärung gegebenenfalls durch das zu ihrer Abgabe verurteilende Urteil gemäß § 894 ZPO ersetzt werden kann (RG 6. 11. 18 V 204/18). — Der gute Glaube an die Geschäftsfähigkeit des Geschäftsgegners schützt nicht (RG Gruch 62, 118).

2. **Der Zustand der Bewußtlosigkeit** kann auch schon bei erheblicher Trübung des Bewußtseins angenommen werden. Es genügt, daß das Bewußtsein so weit fehlt, daß die Erkenntnis des Inhalts und Wesens der vorgenommenen Handlung, sei es überhaupt, sei es in einer bestimmten Richtung, mangelt. Dieser Zustand sowie der Zustand nur vorübergehender Störung der Geistestätigkeit begründen nur eine einstweilige Unfähigkeit zur Abgabe von Willenserklärungen, keine Geschäftsunfähigkeit im allgemeinen. Die während solcher Zustände abgegebenen Willenserklärungen sind ebenfalls nichtig. Aber die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts macht nicht zugleich das nach Beendigung des fraglichen Zustandes bewirkte Leistungsgeschäft nichtig (RG 72, 61). Die durch einen Geschäftsunfähigen erteilte Vollmacht ist zwar nichtig, das von dem Bevollmächtigten vorgenommene Rechtsgeschäft ist jedoch nicht um deswillen ebenfalls nichtig, es ist vielmehr wie die von jemand ohne Vertretungsmacht abgegebene Erklärung gemäß § 177 genehmigungsfähig (RG 69, 265). Der Geschäftsgegner hat gegebenenfalls keinen Anspruch auf das negative Interesse (§ 122) oder auf Schadenserſatz aus § 829. Die sonstigen Bestimmungen über die Wirkungen der Geschäftsunfähigkeit finden im Falle des Abs 2 keine Anwendung.

3. Die **Störung der Geistestätigkeit** muß ihrer Natur nach nur vorübergehend, anderseits aber auch hier in einem Grade vorhanden sein, daß die freie Willensbestimmung ausgeschlossen ist (§ 104; RG 74, 110). Bei Dauerzuständen, auch wenn sie sich nur in einzelnen Erscheinungen (Zwangsvorstellungen) bemerkbar machen, kann nur allgemeine Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr 2 in Frage kommen.

4. **Gesetzliche Vertreter.** Das Gesetz sorgt für Kinder und volljährige Entmündigte dadurch, daß sie einen gesetzlichen Vertreter erhalten. Dieser ist allein zur Vertretung befugt, und zwar auch dann, wenn es sich um die Annahme von Schenkungen handelt. Über die Beschränkungen der Vertretungsbefugnis vgl. die §§ 1630 Abs 2, 1795, 181. Im Falle von Schenkungen der Mutter oder des Vaters selbst ist dieser demgemäß zur Vertretung des Kindes bei der Annahme nicht befugt (RG 1. 5. 12 V 13/12; 23 10. 12 V 239/12; vgl. JW 1910, 395[19]). Für die Wirkung von Willenserklärungen, die im Namen des Geschäftsunfähigen von seinem Vertreter oder ihm gegenüber abgegeben werden, gilt § 164. — Dem gesetzlichen Vertreter liegt die Sorge für die Person und das Vermögen des Vertretenen ob, soweit nicht in einzelnen Beziehungen Ausnahmen bestimmt sind. Das Nähere darüber im besondern Teile. Für die in § 104 Nr 2 bezeichneten Personen kann, sobald die Entmündigung beantragt ist, nach § 1906 eine vorläufige Vormundschaft angeordnet, für einen bestimmten Kreis ihrer Angelegenheiten auch sonst nach § 1901 ein Pfleger bestellt werden (RG 52, 240; JW 06, 376[2]). Überdies vgl. für den Fall, daß eine nicht prozeßfähige Partei, die eines ge-

setzlichen Vertreters ermangelt, verklagt werden soll, § 57 ZPO (vorläufige Bestellung eines Prozeßvertreters durch den Vorsitzenden).

5. Für die Verantwortlichkeit aus **unerlaubten Handlungen** gelten die Vorschriften der §§ 827—829.

6. Wer sich darauf beruft, daß der Tatbestand des § 105 Abs 2 vorgelegen habe, muß ihn **beweisen.** Vgl. RG Warn 1913 Nr 243.

§ 106

Ein Minderjähriger, der das siebente Lebensjahr vollendet hat[1]), ist nach Maßgabe der §§ 107 bis 113 in der Geschäftsfähigkeit beschränkt[2]).

E I 65 Abs 1; M 1 131 ff.; P 1 59 ff.

1. Als **minderjährig** im Rechtssinne wird bezeichnet, wer über 7 Jahre alt, aber noch nicht volljährig, mithin noch nicht 21 Jahre alt und auch nicht für volljährig erklärt ist (§ 2). Die beschränkte Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen beginnt von selbst mit vollendetem 7. Lebensjahre (§ 3). Übergangsrecht Artt 153, 154 EG; ausländisches Recht Artt 7, 27, 29 EG. Vorbehalten waren für Angehörige landesherrlicher und ihnen gleichgestellter Häuser die besondern Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze nach Art 57 EG, für vormals reichsständische und diesen gleichgestellte Familien die Landesgesetze und Hausverfassungen „nur in Ansehung der Familienverhältnisse und der Güter" nach Art 58 EG.

2. **Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit** ist eine Zwischenstufe zwischen der Geschäftsunfähigkeit und der vollen Geschäftsfähigkeit. Der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte ist eines rechtlich in Betracht kommenden Willens fähig (vgl. § 165 A 1). Es fehlt ihm aber regelmäßig der Grad von geistiger Reife oder Erfahrung, den das Gesetz zur Verfügung über das Vermögen oder über die Person für notwendig erachtet — so beim Minderjährigen, Geistesschwachen; oder das Gesetz hält aus andern Gründen eine Fürsorge für geboten, so wegen Verschwendung oder Trunksucht. Der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte erhält daher ebenfalls einen gesetzlichen Vertreter (§ 105 A 5); er kann aber trotzdem in gewissen Grenzen auch durch seine eigenen Handlungen am Rechtsverkehre teilnehmen. Darum ist seine Geschäftsfähigkeit nur eine beschränkte, und zwar nach Maßgabe der §§ 107—113. — Besondere Vorschriften gelten für die Eheschließungen (§§ 1304 ff. BGB; § 712 ZPO), das Testament (§§ 2229, 2230, 2247), für den Erbvertrag (§ 2275) und Erbverzicht (§ 2347). Hinsichtlich des Antragsrechts in Vormundschaftssachen vgl. §§ 56, 59 FGG; hinsichtlich des Antragsrechts in Strafsachen § 65 StGB. — Die wichtige Frage, ob der Minderjährige befähigt ist, **in Angriffe** gegen seine Sache oder gegen seinen Körper derart wirksam **einzuwilligen,** daß der Angriff hierdurch zu einem statthaften (nicht rechtswidrigen) wird, beantwortet sich für den ersten Fall aus der Erwägung, daß die Einwilligung eine Verfügung über die Sache darstellen würde, die dem Minderjährigen grundsätzlich entzogen ist. Bei Verfügungen über die Person dagegen können die sachenrechtlichen Grundsätze auch nicht einmal entsprechend anwendbar sein, weil das Erfordernis der Rechtsähnlichkeit der Fälle fehlt. Indessen auch dem Grundsatze, wonach der gesetzliche Vertreter für die Person des Minderjährigen zu sorgen verpflichtet ist (§§ 1627, 1793), kann das Gesetz keinesfalls die Tragweite beigemessen haben, daß mit ihm dem Vertreter zugleich eine ausschließliche und uneingeschränkte Verfügung über die körperliche Unversehrtheit des Pflegebefohlenen eingeräumt und diesem anderseits jedes Selbstbestimmungsrecht entzogen sein sollte. Um mit den Lebensverhältnissen in Einklang zu bleiben, wird man vielmehr von Fall zu Fall prüfen müssen, und wird vor allem der Täter zu prüfen haben, ob der Minderjährige in der Lage gewesen ist, die Ersprießlichkeit des Eingriffs selbst zu ermessen, je nach seiner geistigen und sittlichen Reife und je nach der Erheblichkeit des Eingriffs (vgl. RGSt 41, 392). Wenn RG JW 07, 505[2]; sowie 25, 375; 38, 34 und neuerdings RG JW 1911, 748[2]; Warn 1911 Nr 398 (wo indessen wenigstens für ganz besonders geartete Fälle die Möglichkeit einer Ausnahme zugegeben wird) den allgemeinen Grundsatz aufstellen (vgl. auch RG 68, 433), daß die Berechtigung des Arztes zu einer Operation bei Minderjährigen stets von der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abhängig sei, so kann das nicht gebilligt werden (anderer Ansicht Planck § 107 A 4). Gegebenenfalls mit einer stillschweigend erteilten Einwilligung des gesetzlichen Vertreters zu rechnen (RG JW 07, 505[2]), stellt offenbar lediglich einen überdies sachlich keinesfalls immer brauchbaren Notbehelf dar. Bei unentschuldbarem Irrtum des Arztes über die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters bliebe überdies die Handlungsweise des Arztes stets eine schuldhafte (RG 68, 437), sofern die Einwilligung des Kranken selbst grundsätzlich belanglos wäre. — Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit hat viel Gemeinsames mit den Fällen **subjektiver Verfügungsunfähigkeit,** der mangelnden Befugnis, über den Gegenstand des Geschäfts selbständig zu verfügen.

Deshalb kehren die Vorschriften der §§ 108, 109, 111 mit entsprechenden Änderungen wieder bei: a) Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177, 178, 180); b) Rechtsgeschäften eines Ehegatten ohne die erforderliche Genehmigung des andern (§§ 1396, 1448); c) Rechtsgeschäften des Vaters, der Mutter als Inhabers der elterlichen Gewalt oder des Vormundes ohne die erforderliche Zustimmung des Vormundschaftsgerichts oder Gegenvormundes (§§ 1643, 1686, 1690, 1829, 1832). Die entsprechende Anwendung des § 177 Abs 2 nach § 458 (Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung) beruht auf andern Erwägungen. Bei unerlaubten Handlungen kommen die §§ 827—829 zur Anwendung, bei Vertragsverletzungen § 276 in Verbindung mit §§ 827, 828.

§ 107

[1]) **Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt[2]), der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.**

E I 65 Abs 2, 3 Satz 1 II 81; M 1 133; P 1 59 ff.

1. § 107 spricht den **allgemeinen Grundsatz** aus: Der Minderjährige ist geschäftsfähig für Rechtsgeschäfte, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt. Zu allen andern Rechtsgeschäften bedarf er, wenn das Rechtsgeschäft mit seiner Vornahme ohne weiteres wirksam werden soll, der vor oder bei Abgabe der Willenserklärung erfolgenden Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters (§ 183). Das ohne die Einwilligung vorgenommene Rechtsgeschäft ist jedoch nicht nichtig, ist vielmehr (abgesehen vom einseitigen Rechtsgeschäfte, § 111) einstweilen nur unwirksam und ist daher auch genehmigungsfähig (§ 108). Ausnahmen gegenüber dem Grundsatze des § 107 enthalten die §§ 110, 112, 113. — Die **Einwilligung** — die an sich nicht zum Tatbestande des Rechtsgeschäfts selbst gehört, vielmehr nur Bedingung für seine Wirksamkeit darstellt (Vorbem 3 vor § 104) — ist eine einseitige empfangsbedürftige, rechtsgeschäftliche Erklärung und kann sowohl dem Minderjährigen wie dessen Geschäftsgegner gegenüber abgegeben werden (§ 182). Bis zur Vornahme des Hauptgeschäfts ist die Einwilligung frei widerruflich (§ 183 Satz 2). Die Erklärung der Einwilligung kann ausdrücklich oder stillschweigend abgegeben werden und ist frei von dem für das Hauptgeschäft bestehenden Formzwange (§ 182 Abs 2). Eine bloß allgemeine Einwilligung ist, abgesehen von den Fällen der §§ 110 (dort A 1), 112, 113, unzulässig und als nicht geschehen zu betrachten. Die Annahme, daß die Einwilligung, sich auf einen bestimmten Beruf vorzubereiten — als Student, Lehrling usw. —, auch die wirksame Einwilligung zur Vornahme aller durch die entsprechende Lebenslage erforderten Rechtsgeschäfte in sich schließe, scheint mit dem Zwecke des Gesetzes nicht vereinbar. Zur erforderlichen Bestimmtheit des Genehmigungsgegenstandes ist anderseits nicht unbedingt eine individuelle Bezeichnung des Rechtsgeschäfts, nicht einmal unbedingt dessen Kenntnis erforderlich, zumal wenn es sich um ein Geschäft von allgemein üblichem Inhalte handelt. Die Einwilligung zur Einziehung einer Forderung schlösse auch die zur Kündigung in sich. — Ist nach den Vorschriften über elterliche Gewalt oder Vormundschaft zur Einwilligung des gesetzlichen Vertreters auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes erforderlich, so ist die Wirksamkeit des Geschäfts noch von ihrer Erteilung abhängig. — Der Mangel der erforderlichen Einwilligung des gesetzlichen Vertreters wirkt verschieden bei Verträgen (§§ 108, 109) und bei einseitigen Rechtsgeschäften (§ 111). — Unter § 107 fällt auch das Verlöbnis (RG 61, 267). Hinsichtlich der Sondervorschriften in Familienrechten vgl. § 106 A 2.

2. Nur ein **rechtlicher** Vorteil kommt in Frage. Die bloß wirtschaftlichen Folgen bleiben mithin außer Betracht. **„Lediglich vorteilhaft"** ist ein Rechtsgeschäft niemals, wenn unmittelbar auch eine Verpflichtung, sei es begrifflich notwendig, wie bei gegenseitigen Verträgen, sei es auch nur unter besondern Umständen (in Form einer actio contraria, § 320 A 1) begründet wird, wie beim Auftrage; ferner dann nicht, wenn über das Vermögen des Minderjährigen verfügt wird, mag es auch erfüllungshalber geschehen. Eine Verfügung enthält auch die Kündigung (Vorbem 7 vor § 104). Sie begründet für den Minderjährigen zugleich die Verpflichtung zur Annahme der Leistung und bringt ihm mithin nicht nur einen rechtlichen Vorteil. Lediglich vorteilhaft können daher stets nur solche Rechtsgeschäfte sein, welche die Annahme einer unentgeltlichen Zuwendung an den Minderjährigen, sei es unter Lebenden, sei es von Todes wegen, ferner die Annahme eines Erlasses oder eines Verzichts auf Rechte enthalten, endlich die Aneignung (§ 958) sowie die Annahme der dem Minderjährigen geschuldeten Leistung (streitig). Der Erlaß und Verzicht dagegen sind wie die Erfüllung, Aufrechnung, Forderungsübertragung und Schuldübernahme der Einwilligung bedürftig. Ob durch den Hinzutritt weiterer Umstände nur mittelbar etwa eine Verpflichtung für den Minderjährigen entsteht, so die Herausgabepflicht bei Schenkungen, wenn der Schenker verarmt (§ 528), oder die Schenkung in den Fällen der §§ 530 ff. widerruft, ist für

das Vorhandensein eines nur vorteilhaften Rechtsgeschäfts unwesentlich. Daher kann der Minderjährige durch rein abstrakte Rechtsgeschäfte (Zession, Übergabe, Auflassung) auch ohne Einwilligung erwerben; denn aus dem abstrakten Rechtsgeschäft selbst kann für ihn niemals zugleich eine Verpflichtung entstehen, sondern gegebenenfalls nur aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse.

§ 108

Schließt der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab[1]).

Fordert der andere Teil den Vertreter zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam. Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert[2]).

Ist der Minderjährige unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vertreters[3])[4]).

E I 65 Abs 3 Satz 2, Abs 5, 6 II 82; M 1 134 ff.; P 1 60 ff.; 6 124 ff., 276 ff.

1. **Schließt der Minderjährige einen Vertrag,** durch den er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107), auch **ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters** ab, so ist der Vertrag doch nicht schlechthin und nicht ohne weiteres dauernd unwirksam. Der Vertrag befindet sich vielmehr für und gegen beide Teile zunächst nur in einem Zustande schwebender Unwirksamkeit — in der Genehmigungslage, so daß über den endgültigen Zustand erst das Verhalten des gesetzlichen Vertreters entscheidet. Die Erteilung der Genehmigung, d. i. die nachträgliche, keiner Form bedürftige, aber empfangsbedürftige Zustimmung (§ 184 Abs 1), macht den Vertrag von Anfang an wirksam — jedoch gemäß § 184 unter Aufrechterhaltung der vom Vertreter oder der im Zwangsvollstreckungsverfahren in der Zwischenzeit getroffenen Verfügungen; die Verweigerung der Genehmigung dagegen macht den Vertrag von Anfang an, wenn auch nicht nichtig (vgl. auch § 110, anderseits § 105), so doch unwirksam, und zwar unwiderruflich (RG JW 06, 9[3]). Das BGB will hier auch nicht das sog. hinkende Rechtsgeschäft, wonach der Vertragsgenosse dem Minderjährigen gegenüber aus dem Geschäfte verpflichtet, der Minderjährige aber nicht verpflichtet wäre. Der Vertragsgenosse ist vielmehr während des Schwebezustandes sogar besser gestellt als der Minderjährige, da der letztere des Rechtes des Widerrufs ermangelt (M 1, 334), dem Vertragsgenossen dieses Recht dagegen durch § 109 (abgesehen vom Sonderfalle des Abs 2 das.) ausdrücklich eingeräumt ist. Die Genehmigung kann übrigens nur schlechthin erteilt oder verweigert werden. Sie ist nicht formbedürftig (§ 182). — Die durch den Vertrag geschaffene Rechtslage ist auch schon während des Schwebezustandes auf der Gläubiger- und auf der Schuldnerseite vererblich. Auf die Genehmigung wie deren Verweigerung sind im übrigen die §§ 182, 184 anzuwenden (vgl. das Nähere dort). — Die einmal zugegangene Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung kann nicht widerrufen werden (RG JW 06, 9[3]). Grundsätzlich kann der gesetzliche Vertreter mit der Erklärung der Genehmigung oder ihrer Verweigerung warten, solange es ihm beliebt. Das Recht des Vertragsgenossen anderseits ist durch Abs 2 gewahrt. — Auch das Verlöbnis fällt unter die §§ 108, 109 (RG JW 06, 9[3]).

2. Durch das hier ihm gewährte Recht, den gesetzlichen Vertreter **zur Erklärung über die Genehmigung aufzufordern,** erhält der Vertragsgenosse die Möglichkeit, den Schwebezustand der Genehmigungslage und damit die Ungewißheit über die Wirksamkeit des Vertrags zu beseitigen. Die Aufforderung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die nur dem gesetzlichen Vertreter gegenüber erfolgen kann. Ein Recht, vom Vertreter auch eine Erklärung über eine von ihm etwa dem Minderjährigen bereits erteilte Einwilligung zu verlangen, kennt das Gesetz nicht. Es bleibt hier nur die Feststellungsklage übrig. — Die **Wirkung der Aufforderung** besteht darin, daß die Genehmigung oder ihre Verweigerung jetzt nur noch dem Auffordernden gegenüber erteilt werden kann, und daß auch eine vor der Aufforderung dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung für und gegen beide Vertragsteile unwirksam wird. Daher kann der Vertreter die Genehmigung noch jetzt endgültig wirksam verweigern, selbst wenn er sie dem Minderjährigen gegenüber nach dem Vertragsabschlusse bereits erteilt hatte. Hatte er freilich die Einwilligung schon vor dem Vertragsabschlusse erteilt, dann bleibt er hieran gebunden (§ 107). Eine Mitteilung des Ver-

treters an den andern Teil über die dem Minderjährigen gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung enthält dem andern Teile gegenüber zugleich die Genehmigung oder Verweigerung selbst. — Die **Genehmigung gilt als verweigert,** wenn sie nicht binnen **zwei Wochen** (Berechnung nach §§ 187, 188) seit Empfang der Aufforderung erklärt wird. Übrigens können der gesetzliche Vertreter und der andere Teil die gesetzliche Frist verlängern oder abkürzen. Der Ablauf der Frist bewirkt von selbst den Ausschluß mit dem Rechte zur Genehmigung (vgl. § 186 A 1); zur nachträglichen Beseitigung dieser Folge wäre ein entsprechender Vertragsschluß erforderlich. — Das, was der Minderjährige auf Grund eines nicht genehmigten Geschäfts erlangt hat, kann nur mit der Bereicherungsklage gemäß §§ 812, 818 zurückgefordert werden; den Beweis, daß die Bereicherung bereits fortgefallen sei, hat aber der Minderjährige zu führen (**RG** 65, 298; 68, 270; Warn 1918 Nr 70). Vgl. auch § 114 A 1 a. E.

3. Die **Erlangung der unbeschränkten Geschäftsfähigkeit** durch Volljährigkeit oder durch Volljährigkeitserklärung macht den Vertrag des früheren Minderjährigen nicht von selbst wirksam. Nur steht jetzt dem letzteren selbst die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung zu. Sie kann nur dem andern Teile gegenüber erklärt werden, wie auch die Aufforderung mit den in Abs 2 bezeichneten Wirkungen ihm gegenüber erfolgen muß. Die nicht formbedürftige Genehmigung kann auch durch schlüssige Handlungen erteilt werden, beispielsweise auch dadurch, daß der Minderjährige zu seiner zuvor abgegebenen Unterschrift jetzt ein neues Datum beifügt (**RG** Warn 1919 Nr 21).

4. **Beweislast.** Die Einwilligung oder Genehmigung hat zu beweisen, wer Rechte aus dem Vertrage ableitet. Wendet der andere Teil ein, daß er den Vertreter nach Abs 2 „aufgefordert habe", und daß die zweiwöchige Frist abgelaufen sei, wofür er beweispflichtig ist, so ist es Sache des Vertreters, nachzuweisen, daß er rechtzeitig seine Genehmigung erteilt habe.

§ 109

Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Teil zum Widerrufe berechtigt[1]). Der Widerruf kann auch dem Minderjährigen gegenüber erklärt werden[2]).

Hat der andere Teil die Minderjährigkeit gekannt, so kann er nur widerrufen, wenn der Minderjährige der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat; er kann auch in diesem Falle nicht widerrufen, wenn ihm das Fehlen der Einwilligung bei dem Abschlusse des Vertrags bekannt war[3])[4]).

E I 65 Abs 4 II 83; M 1 134; P 1 60 ff.; 6 122.

1. Der andere Teil kann den Schwebezustand der Genehmigungslage (§ 108 A 1) und damit zugleich den Vertrag bis zur Genehmigung regelmäßig (vgl. A 3) durch einseitige, empfangsbedürftige Erklärung — seinen **Widerruf** — **überhaupt zerstören.** Der Vertrag gilt dann als nicht rechtswirksam geschlossen. Das Widerrufsrecht ist jedoch ausgeschlossen, sobald der Vertrag vom Vertreter, wenn auch nur dem Minderjährigen gegenüber genehmigt worden ist (§ 108), was auch für den Fall gilt, daß das Geschäft auch der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftig, diese aber noch nicht erfolgt war. Allerdings ist der andere Teil in der Lage, durch die an den Vertreter gerichtete Aufforderung (nach § 108 Abs 2) die etwa dem Minderjährigen gegenüber nach dem Vertragsabschlusse bereits erteilte Genehmigung wieder unwirksam zu machen und so das Widerrufsrecht wieder zu erhalten. Diesen Erfolg erreicht er auch dann, wenn er mit dem Widerrufe zugleich die Aufforderung gemäß § 108 Abs 2 verbindet.

2. Die Regel des § 131 würde dazu führen, daß der **Widerruf dem Minderjährigen gegenüber** nicht rechtswirksam erklärt werden könnte. Satz 2 des Abs 1 enthält eine Abweichung von der Regel.

3. Wenn der **andere Teil** bei dem Abschlusse des Vertrags die **Minderjährigkeit gekannt hat,** bleibt er grundsätzlich an den Vertrag gebunden, es sei denn, daß der Minderjährige ihm gegenüber der Wahrheit zuwider die Einwilligung des Vertreters behauptet hat, was übrigens nur das Behaupten einer tatsächlich unrichtigen Tatsache, dagegen nicht auch ein wissentlich unwahres oder schuldhaftes Handeln des Minderjährigen erfordert. Aber auch in dem dargelegten Falle bleibt der **andere Teil gebunden,** wenn ihm das Fehlen der Einwilligung beim Abschlusse des Vertrags ohnehin bekannt war. Dem Kennen steht das Kennenmüssen nicht gleich.

4. **Beweislast.** Wer den Widerruf geltend macht, hat ihn zu beweisen, daher gegebenenfalls auch seine Rechtzeitigkeit. Wer behauptet, daß das Widerrufsrecht ausgeschlossen war

(Abs 2), hat dies zu beweisen. Gegenüber dem Beweise, daß der andere Teil bei Abschluß des Vertrags die Minderjährigkeit gekannt habe, steht dem andern Teile der weitere Beweis frei, daß der Minderjährige die Einwilligung des Vertreters behauptet hat, und gegenüber diesem Beweise dem Gegner der Beweis, daß dem Widerrufenden auch das Fehlen der Einwilligung bekannt gewesen sei.

§ 110

[1]) Ein von dem Minderjährigen ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters geschlossener Vertrag gilt als von Anfang an wirksam, wenn der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit Mitteln bewirkt, die ihm zu diesem Zwecke oder zu freier Verfügung von dem Vertreter oder mit dessen Zustimmung von einem Dritten[2]) überlassen worden sind[3])[4]).

E I 69; M 1 147 ff.; P 1 66 ff.; 6 122.

1. **Wirksamkeit gewisser Verträge des Minderjährigen.** Nach § 107 A 1 bedarf die Einwilligung der nötigen Bestimmtheit. § 110 gibt eine durch das Verkehrsbedürfnis verlangte Ergänzung. Durch Überlassung von Mitteln zu besonders vorgesehener oder aber zu freier Verfügung erlangt der Minderjährige zwar nicht Geschäftsfähigkeit und nicht etwa die Fähigkeit zu Rechtsgeschäften aller Art. Aber jedweder von ihm innerhalb der durch den gegebenen Zweck bestimmten Grenzen abgeschlossene Vertrag sowie die auf Grund dessen von ihm vorgenommene Verfügung gilt als von Anfang an wirksam unter der Bedingung, daß der Minderjährige die vertragsmäßige Leistung mit den ihm zu dem angegebenen Zwecke gegebenen Mitteln bewirkt hat. Das Gesetz knüpft also zwar die Wirksamkeit des Vertrags unmittelbar an die Leistung des Minderjährigen; aber der rechtliche Grund dafür ist nicht in der Leistung selbst, sondern in der vom gesetzlichen Vertreter im voraus erteilten, in der Überlassung der Mittel sich aussprechenden Einwilligung zu finden (RG 74, 235). Der § 110 enthält daher auch nur einen besonderen Anwendungsfall von § 107. Vom Falle des § 108 anderseits unterscheidet er sich insofern, als hier ein ohne die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossener Vertrag vorausgesetzt und als Mittel zur Heilung der Unwirksamkeit die nachträgliche Genehmigung vorgesehen wird, während der § 110 für seinen Fall gerade annimmt, daß der Vertrag sofort wirksam geworden ist, weil er mit der im voraus erteilten Einwilligung des Vertreters abgeschlossen worden. Während ferner der § 108 die nachträgliche Genehmigung bereits abgeschlossener, mithin bereits genau bestimmter Verträge im Auge hat, kann der gesetzliche Vertreter nach § 110 den Minderjährigen instand setzen, eine Reihe von noch völlig unbestimmten Rechtsgeschäften wirksam abzuschließen, ohne daß der gesetzliche Vertreter auf die Wirksamkeit noch einen Einfluß hätte. — Ob in der Überlassung der Mittel eine allgemeine oder eine nur beschränkte Einwilligung zu finden ist, hängt davon ab, zu welchem Zwecke die Überlassung der Mittel erfolgt: ob nämlich zu völlig beliebiger Verfügung, oder nur mit Rücksicht auf eine einzelne bestimmte Angelegenheit (Ankauf eines Anzugs), oder endlich im Hinblick zwar nicht auf ein völlig schrankenloses, aber doch ein weites, wenn auch in sich geschlossenes Gebiet (Überlassung von Mitteln zu einer Badereise, zur Ausbildung, zum Studium). Welcher der Fälle gegeben sei, ist nach den Umständen zu ermitteln. Auch das, was der Minderjährige vermöge der ihm überlassenen Mittel erworben hat (kauf- oder tauschweise), kommt hier als ihm zur Verfügung überlassen in Betracht, falls nicht die erkennbare Grenze der gewährten Freiheit überschritten ist (RG 74, 235). Die Zweckbestimmung kann ausdrücklich wie auch stillschweigend erfolgen. — Da im Falle der Leistung des Minderjährigen davon auszugehen ist, als wäre der Vertrag **von Anfang an wirksam** zustande gekommen, so hat dies zugleich zur Folge, daß die Sache so anzusehen ist, als wäre auch die bewirkte Leistung des Minderjährigen nicht erst auf Grund eines unwirksamen, sondern auf Grund eines bereits wirksamen Grundgeschäfts erfolgt. Für einen Rückforderungsanspruch aus § 812 besteht daher kein Raum. Da indessen vor der Leistung der Vertrag Wirksamkeit noch nicht erlangt hat, so folgt, daß der gesetzliche Vertreter es bis zur Leistung grundsätzlich noch in der Hand hat, sowohl den Vertrag wie damit auch die Rechtsbeständigkeit der etwaigen Leistung dadurch zu vereiteln, daß er dem Minderjährigen gegenüber die ihm im voraus erteilte Einwilligung rechtzeitig widerruft (etwa durch Zurückforderung der ihm überlassenen Mittel). Ist auch der Vertragsgegner im Falle des § 110 gemäß § 109 bis zur Leistung des Minderjährigen zum Widerrufe des Vertrags berechtigt? Das ist zu verneinen, da in der Überlassung der Mittel eine im voraus erteilte Einwilligung zu finden ist und daher der Fall des § 109 überhaupt nicht in Frage kommen kann. Fallen Abschluß des Vertrags und Erfüllung zusammen, wie beim Handkaufe, dann besteht natürlich auch für den Vertreter keine Möglichkeit des Widerrufs. Die Bewirkung der Leistung setzt nach der Anforderung des Gesetzes die **volle Erfüllung** voraus. Teilweise Leistung macht den Vertrag nicht etwa teilweise wirksam. Nur wenn Leistung und

Gegenleistung teilbar sind (§ 266 A 1), und die einzelne Teilleistung eine gewisse Selbständigkeit hat, wie bei einem auf Teilleistungen gerichteten Vertrage der Fall, kann die einzelne Leistung des Minderjährigen in entsprechendem Umfange auch die Wirksamkeit des Geschäfts herbeiführen. Der Erfüllung durch vertragsmäßige Leistung steht grundsätzlich die Erfüllung durch Hingabe an Zahlungs Statt, Hinterlegung, Aufrechnung usw. gleich.

2. **Dritter** kann jede beliebige andere Person sein als der gesetzliche Vertreter. Voraussetzung ist aber einmal, daß auch der Dritte die Mittel unter einer entsprechenden Zweckbestimmung zuwendet (gleichgültig ob unentgeltlich oder entgeltlich), und ferner, daß auch der gesetzliche Vertreter in diese entsprechende Zuwendung und Zweckbestimmung einwilligt.

3. Als **„Mittel"** kommen hier nur Vermögensgegenstände im engeren Sinne in Betracht, bei denen eine „Überlassung" überhaupt denkbar ist. Unmittelbar gehören daher nicht hierher Leistungen persönlicher Art (Dienst-, Arbeitsleistungen). Indessen hat ein Minderjähriger durch solche Leistungen einen Erwerb gemacht, ist dieser ihm alsdann belassen worden und hat er damit einen Vertrag erfüllt, dann wird der § 110 Platz greifen (s. weiter unten). Kann der Gesichtspunkt des § 110 auch sonst durchgreifen, wenn der Minderjährige den Vertrag nicht mit den ihm überlassenen Mitteln, sondern durch andere Mittel erfüllt? Die Frage wird insoweit ohne weiteres zu bejahen sein, als der Minderjährige Mittel verwendet hat, die er durch die ihm zu freier Verfügung überlassenen erworben hatte (oben A 1; RG 74, 235). Höchstens entsprechend könnte dagegen § 110 Platz greifen, falls der Minderjährige den Vertrag durch Leistungen persönlicher Art erfüllt, etwa eine Kaufschuld abgearbeitet hat. Den Gesichtspunkt des § 107 hier heranzuziehen (Oertmann § 110 A 7) erscheint schwerlich als zulässig. Denn die Geltendmachung der Forderung auf die dem Minderjährigen für seine Dienstleistung vertraglich zugesagte Gegenleistung kann nicht im Sinne des § 107 als ein Rechtsgeschäft aufgefaßt werden, das ihm nur einen rechtlichen Vorteil bringt; oder man käme schließlich zu der Regel, daß ein von einem Minderjährigen abgeschlossener unwirksamer Vertrag durch die Vorleistung des Minderjährigen um deswillen allemal wirksam werde, weil nunmehr nur noch die Gegenleistung des Vertragsgegners ausstünde, und deren Geltendmachung dem Minderjährigen jetzt freilich nur zum Vorteile gereichen würde. Unter Willenserklärungen im Sinne des § 107 können doch nur solche verstanden werden, die auf Rechtserwerb (Aneignung, Annahme von Zuwendungen) oder auf Befreiung von einer Verpflichtung (Annahme von Erlassen und Verzichten) gerichtet sind. Die **Überlassung der Mittel** kann ausdrücklich aber auch stillschweigend erfolgen. Ein stillschweigendes Überlassen zur freien Verfügung liegt vor, wenn der Minderjährige seinen Lebensunterhalt selbst verdient und ihm der Vertreter das Erworbene überläßt (vgl. dazu jedoch § 119 Abs 2 Nr 2 GewO). Die Überlassung durch den Vertreter enthält eine Verfügung über das Vermögen des Minderjährigen. Soweit der Vertreter dazu der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes bedarf, kann daher mangels solcher Genehmigung die in § 110 bestimmte Wirkung nicht erzielt werden. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder des Gegenvormundes ist jedoch überhaupt nicht erforderlich, falls ein Dritter die Mittel mit Zustimmung des Vertreters gewährt.

4. Für **Minderjährige,** die sich mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters **in gewissen Lebensstellungen** befinden, in der sie selbst für ihre Bedürfnisse zu sorgen haben — Studierende, Lehrlinge, Soldaten, Schüler, Dienstboten —, enthält das BGB keine besondern Bestimmungen. Ein Antrag, die von solchen Minderjährigen geschlossenen Geschäfte allgemein für rechtswirksam zu erklären, wurde abgelehnt. Die Ansicht, daß in der vorausgesetzten Zustimmung des Vertreters zu der Beschäftigung des Minderjährigen ohne weiteres eine stillschweigende Einwilligung zu allen Rechtsgeschäften zu finden sei, die die Lebensstellung mit sich bringen mag, erweitert den § 110 in unzulässiger Weise. Geborgt soll nicht werden. Borgen soll nur dann als genehmigt gelten, wenn der Minderjährige mittellos gelassen wird.

§ 111

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist unwirksam[1]). Nimmt der Minderjährige mit dieser Einwilligung ein solches Rechtsgeschäft einem andern gegenüber vor, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam, wenn der Minderjährige die Einwilligung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist[2]). Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vertreter den andern von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte[3])[4]).

E I 65 Abs 3 Satz 2 II 85; M 1 133 ff.; P 1 62.

1. **Einseitige Rechtsgeschäfte** (Vorbem 2 vor § 116) gestatten mit Rücksicht auf den andern Teil nicht den Schwebezustand der Genehmigungslage (§ 108 A 1). Deshalb ist ein vom Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des Vertreters vorgenommenes einseitiges Rechtsgeschäft, welcherart auch immer, schlechthin wirkungslos. Es ist wie nichtig und daher auch nicht einmal durch nachträgliche Genehmigung heilbar; es sei denn, daß sie mit einer erneuten Vornahme des Rechtsgeschäfts verbunden wäre (§ 141). Anwendbar ist aber der § 111 überhaupt nicht, wenn der andere und der Minderjährige ausdrücklich vereinbaren, daß die Wirksamkeit von der Genehmigung des Vertreters abhängen soll. Denn in dem Falle ist die Wirksamkeit der Erklärung unter eine Bedingung gestellt, und es sind alsdann die §§ 108 u. 109 entsprechend anzuwenden. Vgl. dazu auch RG 76, 91.

2. Bei **empfangsbedürftigen** einseitigen, mit Einwilligung des Vertreters vorgenommenen **Rechtsgeschäften** der Minderjährigen reicht auch die Einwilligung zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts noch nicht unbedingt aus. Der andere Teil kann vielmehr Gewißheit über das Vorhandensein der Einwilligung verlangen. Sie ist nach dem Gesetze nur gegeben, wenn der Minderjährige die Einwilligung in schriftlicher Form vorlegt, oder wenn der gesetzliche Vertreter den andern von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hatte. Der Geschäftsgegner kann daher, wenn weder das eine noch das andere erfolgt war, das Geschäft zurückweisen, und hat er es unverzüglich getan, so „ist" (nicht „wird") jenes unwirksam, und zwar von Anfang an. Unterläßt er die Zurückweisung dagegen, so ist das Geschäft von Anfang an wirksam. Der § 111 trifft selbstverständlich nicht solche Geschäfte, die der Minderjährige auch ohne Einwilligung wirksam vornehmen kann, insbesondere also nicht solche, durch die er lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 107).

Die **Vorlegung der schriftlichen Einwilligung** kann vor und bei, sogar auch nach Vornahme des einseitigen Rechtsgeschäfts erfolgen; muß in letzteren Fällen aber erfolgt sein vor der Zurückweisung. Erfolgt sie nach der Zurückweisung, so kann das nur dann rechtliche Bedeutung haben, wenn die Voraussetzungen einer wiederholten Vornahme des Geschäfts erfüllt werden (§ 141). Die **Zurückweisung** ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die dem Vertreter oder dem Minderjährigen gegenüber abgegeben werden kann. Sie muß erkennen lassen, daß sie wegen unterbliebener Vorlegung der Einwilligung geschehe und muß **unverzüglich** — gemäß § 121 (A 2), also ohne schuldhaftes Zögern (**RG** JW 03 Beil 85) — nach dem Zugange der Willenserklärung erfolgen. Unterlassung der Zurückweisung heilt den Mangel der Vorlegung der Einwilligungserklärung auch dann, wenn der Minderjährige — beispielsweise bei einer Kündigung — nicht ausdrücklich gesagt hat, daß er mit Einwilligung des Vertreters handle (**RG** 50, 212). Die **Mitteilung des gesetzlichen Vertreters an den andern** ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, auf welche die §§ 130, 131 anzuwenden sind. Sie muß vor der Zurückweisung erfolgt sein.

3. Hatte der **Vertreter** den Dritten von der **Einwilligung in Kenntnis** gesetzt, dann besteht für die Zurückweisung selbstverständlich kein Grund.

4. **Beweislast.** Wer sich im Falle des **Satzes** 1 auf das einseitige Rechtsgeschäft beruft, hat die Einwilligung des Vertreters zu beweisen. Macht der Gegner unter den Voraussetzungen des **Satzes** 2 die Unwirksamkeit ungeachtet dieser Einwilligung geltend, so hat er die Zurückweisung zu beweisen, und der die Wirksamkeit Behauptende hat alsdann zu beweisen, entweder daß schon vor der Zurückweisung die Einwilligung durch den Minderjährigen in schriftlicher Form vorgelegt war, oder daß dessen Vertreter den andern von der Einwilligung zuvor in Kenntnis gesetzt hatte.

§ 112

Ermächtigt der gesetzliche Vertreter mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts den Minderjährigen zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche der Geschäftsbetrieb mit sich bringt[1]). Ausgenommen sind Rechtsgeschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf[2]).

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zurückgenommen werden[3]).

E I 67 II 86; M 1 141 ff.; P 1 63 ff.

1. Die **Ermächtigung** ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung des Vertreters gegenüber dem Minderjährigen, auf die § 131 Abs 2 sachgemäß keine Anwendung finden kann. A. Ansicht Oertmann A 3a zu § 112. Sie ist durch das Vormundschaftsgericht nicht ersetzbar. Die Ermächtigung bedarf aber noch der **Genehmigung des Vormundschaftsgerichts**, und zwar auch gegenüber dem Inhaber der elterlichen Gewalt. — Die Ermäch-

tigung hat die gesetzliche **Wirkung,** daß der Minderjährige für Rechtsgeschäfte aller Art, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, unbeschränkt geschäftsfähig ist, und daß insoweit die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters (bis zur etwaigen Zurücknahme der Ermächtigung nach Abs 2) ruht. Mit der Bestimmung des Gesetzes, daß der Minderjährige in den gegebenen Grenzen geschäftsfähig ist, erscheint die Annahme, daß innerhalb ebendieser Grenzen außerdem der gesetzliche Vertreter seine Vertretungsmacht behalte, unvereinbar. Es könnte zur Rechtsunsicherheit führen, wenn innerhalb des nämlichen Geschäftskreises sowohl der Minderjährige selbst wie auch der gesetzliche Vertreter mit verpflichtender Kraft für den ersteren handeln dürfte. Das Gesetz geht offenbar davon aus, daß der Vertreter mit Erteilung der Ermächtigung zugleich seine eigene Vertretungsbefugnis, bis er die Ermächtigung etwa wieder zurücknimmt, entsprechend einschränkt, und daß er dazu auch befugt ist. Daher ist aber auch eine entgegenstehende Beschränkung der Ermächtigung Dritten gegenüber wirkungslos. — **Selbständiger Betrieb eines Erwerbsgeschäfts** ist jede berufsmäßig ausgeübte, auf selbständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit; sie mag im Handel, Betreiben einer Fabrik, eines Handwerks, eines künstlerischen oder wirtschaftlichen Berufs, der Landwirtschaft usw. bestehen. **Welche Geschäfte** der Geschäftsbetrieb im einzelnen mit sich bringt, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung unter Berücksichtigung der Umstände des einzelnen Falles. Es gehört dazu alles, was zum Betrieb des Erwerbsgeschäfts unmittelbar oder auch mittelbar nötig ist, einschließlich der dem eigenen Unterhalt des Minderjährigen dienenden Geschäfte. Die Ermächtigung hat in diesem Umfange auch die Wirkung, daß der Minderjährige prozeßfähig ist (§ 52 ZPO). Über den Eintritt in den Dienst s. § 113.

2. Ausnahmen. Die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit nach Satz 1 erstreckt sich nicht auf solche Geschäfte, zu denen der gesetzliche Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Danach ist aber das Ausnahmegebiet ein engeres oder ein weiteres, je nachdem der Vertreter ein Vormund (§§ 1821 ff.) oder elterlicher Gewalthaber (§ 1643). Ausgenommen sind im übrigen auch die Fälle, in denen das Vormundschaftsgericht dem gesetzlichen Vertreter eine allgemeine Ermächtigung erteilen darf und erteilt hat (§§ 1825 u. 1822 Nr 8—10). Soweit ein Ausnahmefall nach Abs 1 Satz 2 vorliegt, ist jedesmal die besondere Genehmigung des gesetzlichen Vertreters erforderlich. Infolge der Einschränkungen aus Satz 2 ist der Minderjährige im Betriebe eines umfangreichen Erwerbsgeschäfts (Handelsgeschäfts, Gutsbetriebs) gegebenenfalls sehr gehemmt. Ausreichende Abhilfe kann nur die Volljährigkeitserklärung (§ 3) bieten.

3. Die Zurücknahme der Ermächtigung kann durch den gesetzlichen Vertreter wirksam nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erklärt werden, und zulässig ist — abweichend von § 113 Abs 2 — auch nur eine allgemeine, nicht auf einzelne Geschäfte beschränkte Zurücknahme. Sie wirkt nur für die Zukunft. Die Zurücknahme erfolgt formlos durch Erklärung gegenüber dem Minderjährigen.

§ 113

Ermächtigt der gesetzliche Vertreter den Minderjährigen, in Dienst oder in Arbeit zu treten, so ist der Minderjährige für solche Rechtsgeschäfte unbeschränkt geschäftsfähig, welche die Eingehung oder Aufhebung eines Dienst- oder Arbeitsverhältnisses der gestatteten Art oder die Erfüllung der sich aus einem solchen Verhältnis ergebenden Verpflichtungen betreffen[1]). Ausgenommen sind Verträge, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf[2]).

Die Ermächtigung kann von dem Vertreter zurückgenommen oder eingeschränkt werden[3]).

Ist der gesetzliche Vertreter ein Vormund, so kann die Ermächtigung, wenn sie von ihm verweigert wird, auf Antrag des Minderjährigen durch das Vormundschaftsgericht ersetzt werden. Das Vormundschaftsgericht hat die Ermächtigung zu ersetzen, wenn sie im Interesse des Mündels liegt[4]).

Die für einen einzelnen Fall erteilte Ermächtigung gilt im Zweifel als allgemeine Ermächtigung zur Eingehung von Verhältnissen derselben Art[5])[6]).

E I 68 II 87; M 1 144 ff.; P 1 61 ff.; 4 792; 6 122, 143 ff.

1. Die Ermächtigung (§ 112 A 1) wird durch den gesetzlichen Vertreter dem Minderjährigen gegenüber erteilt. Sie bedarf in Fällen vorliegender Art an sich nicht der Genehmigung

des Vormundschaftsgerichts (vgl. jedoch A 2) und kann auch mit Wirkung gegen Dritte eingeschränkt werden, so mit Rücksicht auf Zeit oder auf bestimmte Dienste oder endlich auf die Dienstherrschaft oder den Arbeitsherrn. Eine Ermächtigung liegt zwar nicht schon dann vor, wenn der Vertreter den Dienstvertrag für den Minderjährigen mit einem Dritten abschließt. Rechtlich möglich ist es aber, daß der Vater kraft elterlicher Gewalt dem Minderjährigen die Ermächtigung dadurch erteilt, daß er mit ihm selbst einen Dienstvertrag abschließt. — Der Ausdruck **„Dienst- oder Arbeitsverhältnis"** ist im weiteren Sinne zu verstehen. Gegenstand des Vertrags kann sowohl die Dienstleistung selbst sein, sei sie höherer oder niederer Art (§§ 611ff.), wie auch ein herzustellender Erfolg (§§ 631ff.). Hierher gehört daher auch der Anstellungsvertrag eines Schauspielers, nicht aber der Lehrvertrag (vgl. §§ 126ff. GewO; §§ 76ff. HGB). — Die Ermächtigung hat die gesetzliche Wirkung, daß der **Minderjährige nunmehr unbeschränkt geschäftsfähig** ist, und zwar: a) für Eingehung des Arbeits- oder Dienstvertrags (gegebenenfalls einschließlich der Vereinbarung einer Draufgabe oder Vertragsstrafe, falls nur solche Vertragsabreden verkehrsüblich oder nicht außergewöhnlich sind); b) für die Aufhebung oder Änderung des Vertrags und c) hinsichtlich seiner Erfüllung. Hierher gehören auch die etwaigen Schadensersatzansprüche des Minderjährigen aus dem Dienstverhältnisse, mithin auch sein Ersatzanspruch wegen dauernder Gesundheitsschädigung durch den Dienst (§ 618), sowie anderseits die gegen ihn aus dem Dienst- oder Arbeitsverhältnisse hervorgegangenen Ersatzansprüche. Im Umfange seiner Geschäftsfähigkeit ist der Minderjährige auch prozeßfähig (§ 52 ZPO). Soweit und solange die dem Minderjährigen gewährte Ermächtigung reicht, besteht daneben die Vertretungsmacht des gesetzlichen Vertreters auch hier nicht (streitig). Der Vertreter kann daher auch nicht die Lohnforderung des Minderjährigen einklagen. Vgl. § 112 A 1. Allerdings kann unter Umständen in seinem Eingriffe schon ein Widerruf nach Abs 2 enthalten sein. Ist dem Minderjährigen durch die ihm gemäß § 113 erteilte Ermächtigung ohne weiteres auch die freie Verfügung über seinen Arbeits- oder Dienstlohn gewährt? Das dürfte zu verneinen sein, wenngleich der Lohn zu seinem freien Vermögen gehört (§ 1651).

2. **Ausnahmen.** Die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit umfaßt auch hier wie nach § 112 nicht solche Geschäfte, zu denen der Vertreter der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Erheblich ist im Falle der Vormundschaft, dagegen nicht auch der elterlichen Gewalt (§ 1643), der § 1822 Nr 7 (Verpflichtung des Mündels zu persönlichen Dienstleistungen auf länger als ein Jahr).

3. **Zurücknahme und Beschränkung der Ermächtigung.** Der Vertreter kann die erteilte Ermächtigung hier jederzeit frei zurücknehmen oder beschränken. Hat jedoch das Vormundschaftsgericht die Ermächtigung ersetzt (Abs 3), so steht die Befugnis, sie zurückzunehmen oder zu beschränken, nur ihm zu. Die Zurücknahme der Ermächtigung erfolgt formlos dem Minderjährigen gegenüber. Die Zurücknahme der Beschränkung hat keine rückwirkende Kraft.

4. Die **Ersetzung der Ermächtigung durch das Vormundschaftsgericht,** falls der Vormund die Ermächtigung verweigert, kann erfolgen auf Antrag des Minderjährigen (Verfahren nach den §§ 18 Abs 2, 53, 55 Abs 1, 60 Nr 6 FGG; sofortige Beschwerde nach § 60 Nr 6), durch Zustellung des Beschlusses an den Minderjährigen (§ 16 Abs 2 a. a. O.). Hinsichtlich schleuniger Fälle vgl. § 53 Abs 2 FGG. Dem Vertreter kraft elterlicher Gewalt gegenüber ist die Ersetzung der Ermächtigung nicht zugelassen. Für die Wirksamkeit des gerichtlichen Beschlusses ist es bedeutungslos, ob in Wirklichkeit das Interesse des Mündels gehörig gewahrt worden ist oder nicht.

5. Nach der Auslegungsregel („im Zweifel") gilt die für den einzelnen Fall erteilte Ermächtigung als **allgemeine Ermächtigung** zur Eingehung von Verhältnissen der gleichen Art. Eine derartige Ausdehnung der Ermächtigung wird jedoch rechtswirksam ausgeschlossen durch ihre entsprechende Einschränkung gemäß A 3.

6. Ergänzt die Gemeindebehörde nach **§ 108 GewO** die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters durch Ausstellung eines Arbeitsbuchs, so werden dadurch die Vorschriften des BGB in §§ 107—113 nicht berührt; daher wird durch sie insbesondere das Recht des Vertreters, die Zustimmung zum Arbeitsvertrage zu versagen, nicht betroffen.

§ 114

Wer wegen Geistesschwäche, wegen Verschwendung oder wegen Trunksucht entmündigt oder wer nach § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist, steht in Ansehung der Geschäftsfähigkeit einem Minderjährigen gleich, der das siebente Lebensjahr vollendet hat[1])[2]).

E I 70, 71 Abs 1; M 1 149 ff.; P 1 67 ff.; 4 839 ff.

1. Die wegen **Geistesschwäche,** wegen **Verschwendung** oder **Trunksucht Entmündigten** (§ 6 Nr 2, 3, 4) sind in der **Geschäftsfähigkeit beschränkt.** Die Beschränkung tritt mit Wirksam-

keit des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses (§§ 661, 680, 683 ZPO) ein und dauert fort bis zur Aufhebung der Entmündigung, also bis zur Rechtskraft der die Entmündigung aufhebenden Entscheidung, nämlich des Beschlusses oder des Urteils nach den §§ 672, 678, 680, 685, 686 ZPO. Es ist indes nicht ausgeschlossen, daß das Gericht die Voraussetzungen der vollen Geschäftsunfähigkeit gemäß § 104 Nr 2 als erfüllt erachtet, wiewohl die Entmündigung nur wegen Geistesschwäche erfolgt ist (RG JW 07, 737[1]). Die wegen körperlicher Gebrechen oder wegen Abwesenheit unter Pflegschaft Gestellten (§§ 1910, 1911) sind in der Geschäftsfähigkeit nicht beschränkt (RG 52, 224). Vgl. ferner § 53 ZPO und § 178 FGG. **Geistesschwäche** liegt vor, wenn die Person infolge ihres Geisteszustandes die Gesamtheit ihrer Angelegenheiten, nicht also lediglich die vermögensrechtlichen, zu besorgen außerstande ist und zu ihrem Schutze (auch gegenüber fremden Einflüssen) sonach eines Pflegers bedarf (RG Warn 1918 Nr 180). Immerhin müssen dem Geisteszustande Merkmale klinisch-medizinischer Art anhaften (RG JW 1917, 847[1]). **Trunksucht** liegt nur dann vor, wenn der Leidende die Kraft, dem Anreize zum übermäßigen Genusse geistiger Getränke zu widerstehen, wirklich verloren hat; widersteht er auch nur aus Furcht vor der Entmündigung, so spricht das gegen das Vorhandensein einer Trunksucht (RG Warn 1913 Nr 1; 1916 Nr 260). Eine Trunksucht kann nicht schon dann als fortgefallen gelten, wenn der von ihr befallene Entmündigte sich unfreiwillig im Alkoholgenusse beschränkt hat, ihm jedoch nicht die innere Kraft zugemutet werden darf, einem sich etwa bietenden Anreize zu übermäßigem Alkoholgenusse zu widerstehen (RG LZ 1919, 966[4]). — Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit im Falle **vorläufiger Vormundschaft** nach § 1906 tritt mit dem Zeitpunkt ein, in dem der sie anordnende Beschluß nach § 52 FGG wirksam wird (vgl. RG Gruch 48, 108), und sie dauert solange wie die vorläufige Vormundschaft selbst (§ 1908). Die **Gleichstellung** der betreffenden Personen **mit dem Minderjährigen** besteht nur in Ansehung der Geschäftsfähigkeit (§§ 107—113), bezieht sich daher nicht auch auf ihre Deliktsfähigkeit, die unberührt bleibt. Daher regelt sich auch die Verantwortlichkeit des wegen Geistesschwäche Entmündigten für den durch eine unerlaubte Handlung einem andern zugefügten Schaden gegebenenfalls nur nach § 827, während § 828 außer Anwendung bleibt (RG JW 1912, 24[4]). — Sonderbestimmungen des § 2229 wegen Testamentsunfähigkeit, des § 473 ZPO hinsichtlich des Parteieides. Die Abwesenheitspflegschaft berührt weder die Prozeßfähigkeit (§ 52 ZPO) noch die Geschäftsfähigkeit (§ 1911).

Die nicht genehmigten Rechtsgeschäfte sind wie die des Minderjährigen wirkungslos. Über den Rückforderungsanspruch des Geschäftsgegners vgl. § 108 A 1 a. E. Eine Bereicherung des Entmündigten besteht nicht mehr, wenn er das Empfangene in verschwenderischer Art verbraucht hat, während ihm zu seinem Unterhalte genügende Mittel von seinem gesetzlichen Vertreter zur Verfügung gestellt waren (RG Warn 1918 Nr 70).

2. **Übergangsrecht** vgl. Artt 155 u. 156 EG. War das Verfahren am 1. Januar 1900 noch nicht abgeschlossen (RG JW 00 S. 848 u. 867), so unterliegt es formell und materiell dem neuen Recht. Der zur Zeit des Inkrafttretens des BGB wegen Verschwendung Entmündigte steht von dieser Zeit an einem nach den Vorschriften des BGB aus gleichem Grunde Entmündigten gleich (Art 156 EG).

§ 115

Wird ein die Entmündigung aussprechender Beschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben, so kann die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte nicht auf Grund des Beschlusses in Frage gestellt werden[1]). Auf die Wirksamkeit der von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte hat die Aufhebung keinen Einfluß[2]).

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung[3]), wenn im Falle einer vorläufigen Vormundschaft der Antrag auf Entmündigung zurückgenommen oder rechtskräftig abgewiesen oder der die Entmündigung aussprechende Beschluß infolge einer Anfechtungsklage aufgehoben wird.

E I 71 Abs 2 II 89; M 1 150 ff.; P 1 67 ff.; 4 854 ff.

1. Die **Aufhebung einer Entmündigung zufolge einer Anfechtungsklage** nach §§ 664 ff. ZPO. gemäß § 684 das. beseitigt die Unwirksamkeit der von und gegenüber dem Entmündigten vorgenommenen Rechtsgeschäfte mit Rückwirkung bis auf den Anfang, weil im vorausgesetzten Falle — anders als bei einer Wiederaufhebung nach §§ 679, 686 ZPO — davon ausgegangen wird, daß der Entmündigungsgrund von Anfang an nicht bestanden hat. Diese Geschäfte werden also hinsichtlich ihrer Wirksamkeit so behandelt, als ob der die Ent-

mündigung aussprechende Beschluß überhaupt nicht erfolgt wäre, unbeschadet der Möglichkeit, die Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte auf Grund der §§ 104 Nr 2, 105 Abs 2 anzugreifen.

2. Aber auch die **von oder gegenüber dem gesetzlichen Vertreter** in der Zwischenzeit **vorgenommenen Rechtsgeschäfte** werden nach der bestimmten Vorschrift des Satz 2 aufrechterhalten, wiewohl sie an sich als unwirksam angesehen werden müßten (A 1). Falls etwa der **Entmündigte** und sein **gesetzlicher Vertreter** vor Aufhebung der Entmündigung in der gleichen Sache **widersprechende Erklärungen** abgeben, wird es für die Frage, welches Geschäft gelten soll, einmal darauf ankommen, welches von ihnen dem andern zeitlich vorausgegangen ist, so daß das eine schon hiernach durch das andere ausgeschlossen sein könnte. Ist der Widerspruch auf diese Weise nicht lösbar, so wird man davon ausgehen müssen, daß zugunsten des Dritten das von ihm mit dem Vertreter abgeschlossene Geschäft den Vorzug verdient, weil der Dritte berechtigt war, mit der Befugnis des Vertreters zu rechnen (streitig).

3. Wird die **vorläufige Vormundschaft** aus den in Abs 2 angegebenen Gründen **wieder aufgehoben** (vgl. außerdem die §§ 60 Nr 5, 61 FGG), so sind die gleichen Gesichtspunkte wie im Falle des Abs 1 maßgebend.

Zweiter Titel

Willenserklärung

1. Erster Bestandteil der Willenserklärung ist der **Wille**. Geschäftswille ist er insofern, als er überhaupt eine Beeinflussung des Rechtslebens bezweckt, und Erfolgswille insofern, als er einen bestimmten Erfolg anstrebt. Wo der Wille nicht einen solchen Inhalt hat, kann von einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung nicht die Rede sein, und ein Rechtsgeschäft kommt daher überhaupt nicht zustande (RG 68, 322; 79, 305), auch nicht einmal ein anfechtbares. — Zweiter Bestandteil ist die Willens**erklärung**. Sie bedeutet die Kundgebung des rechtsgeschäftlichen Willens nach außen hin und muß daher so geartet sein, daß der verfolgte Zweck auch erkannt werden kann. Wem der Wille erkennbar werden muß, das richtet sich nach den verschiedenen Arten der Rechtsgeschäfte. Falls es schon im Wesen des Geschäfts liegt, daß die Willenserklärung, um wirksam zu werden, an eine bestimmte Person gerichtet wird, kann als Erklärungsempfänger grundsätzlich nur diese bestimmte Person in Betracht kommen, wie das z. B. zutrifft bei der Kündigung, beim Vertragsangebot und bei der Vertragsannahme (mit Ausnahme des Sonderfalls im § 151). Der Grundsatz, daß Erklärungsempfänger überhaupt nur eine bestimmte Person sein kann, greift auch überall da Platz, wo das Gesetz die Wirksamkeit der Erklärung ausdrücklich davon abhängig macht, daß diese einer bestimmten Person gegenüber (§§ 108 Abs 2, 143) oder in den zugelassenen Fällen an Stelle des Erklärungsgegners der Behörde gegenüber erfolgt (§§ 143 Abs 4 Satz 2, 875, 876, 880, 1168, 1180, 1183, 1726, 1748). In allen Fällen der vorbezeichneten Art handelt es sich um **„empfangsbedürftige Willenserklärungen"** (§§ 130—132). Auch die Erklärung des Konkursverwalters, daß er ein zur Masse gehöriges Grundstück gemäß § 117 KO freigebe, ist empfangsbedürftig, und Empfangsgegner ist der Gemeinschuldner (RG 94, 55). — In sonstigen Fällen, also bei den **nicht empfangsbedürftigen** Willenserklärungen, genügt es, wenn der Wille so kundgetan ist, daß die Absicht, die angestrebte Rechtsänderung herbeizuführen, denjenigen, die es angeht (§ 143 Abs 4), erkennbar wird. Ein Wille, der lediglich ein inneres Wollen geblieben ist, kann selbstverständlich niemals beanspruchen, eine Rechtsänderung in der Außenwelt herbeizuführen. Wer aber gegebenenfalls die Beteiligten sind, denen der Wille erkennbar sein muß, hängt von der Art des Geschäfts ab. Zu den nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen gehören beispielsweise die Aneignung, die Preisgabe, das eigenhändige Testament, die Erbschaftsannahme, die Auslobung, die Anerkennung eines Kindes gemäß § 1598 I, das Anerkenntnis der Vaterschaft nach § 1718 (RG 58, 353). Auch hier handelt es sich um wirkliche Willenserklärungen, auf welche alle von solchen geltende Rechtsgrundsätze Anwendung finden, mit einziger Ausnahme des allein für die empfangsbedürftige Willenserklärung bestimmten § 130. Die Person des Beteiligten im angegebenen Sinne kommt besonders in Frage, wenn es sich um die Anfechtung einer Willenserklärung handelt, nämlich zur Bestimmung des Anfechtungsgegners (§ 143). — Echte und unechte Willenserklärung zu unterscheiden, liegt kein zwingender Grund vor. — Je nachdem zum Zustandekommen eines Rechtsgeschäfts die Willenserklärung einer Person genügt, oder die mehrerer begrifflich notwendig ist, sind **einseitige** und **zweiseitige**, auf der Willensübereinstimmung der Erklärenden beruhende Rechtsgeschäfte (Vertrag) zu unterscheiden. — Die **Wirksamkeit** einer Willenserklärung **tritt ein** mit ihrer Abgabe; in denjenigen Fällen jedoch, in denen sie einem andern oder an dessen Stelle einer Behörde gegenüber abzugeben ist, erst mit ihrem Zugange (§§ 130—132).

2. Nach der Art und Weise der Willensäußerung sind zu unterscheiden **ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärungen.** Eine ausdrückliche, nicht notwendig wörtliche, liegt vor, falls das Verhalten des Erklärenden bezweckt, gerade das zum Ausdruck zu bringen, worauf sich der Geschäftswille richtet. Das Wort „ausdrücklich" im Gesetze selbst hat keine sichere, für alle Fälle gleiche Bedeutung; sie muß vielmehr im einzelnen Falle besonders geprüft werden (§§ 164, 244, 700; RG 65, 179). Eine stillschweigende Willenserklärung liegt vor, wenn die schlüssigen Handlungen des Erklärenden zwar unmittelbar auf andere Zwecke gerichtet waren, gleichwohl aber mit Gewißheit und jede andere Deutung ausschließend (RG Warn 1919 Nr 132), die Absicht erkennen ließen, auch den vorhandenen Geschäftswillen kundzugeben, wie beispielsweise die der Ausführung eines Auftrags dienende Tätigkeit stillschweigend zugleich die Annahme des Auftrags und das Zerreißen und Zurückgeben eines Schuldscheins den Erlaß der Schuld zu erkennen gibt oder wenigstens geben kann. Die Verkehrsanschauung kommt hierbei (§§ 133, 157) mit in Betracht (RG 67, 433; JW 1910, 573[49]). Bloß schlüssige Handlungen genügen nur dann nicht, wenn eine formelle oder eine ausdrückliche Erklärung im eigentlichen Sinne des Wortes gefordert wird. Eine stillschweigende Willenserklärung darf nur in einer solchen Handlung gefunden werden, die nach Lage der Sache keine andere Auslegung zuläßt; den Vorzug soll immer die dem Bestande des Geschäfts günstigere haben (RG 29. 10. 98 VI 202/98). Aber auch ganz stillschweigend kann sich ein rechtsgeschäftlicher Akt nicht vollziehen, irgendwie muß die Willenserklärung immer erklärt sein (RG 96, 138). Auch eine stillschweigende Willenserklärung einer juristischen Person ist an sich möglich; doch bedarf es hier besonders beweiskräftiger Tatsachen (RG 28. 3. 05 VII 398/04). Die Auslegungsregeln der §§ 133, 157 sind auch bei stillschweigenden Willenserklärungen anzuwenden (RG 67, 433; 68, 128; JW 1915, 19[2]). — Auch im Falle rein untätigen Verhaltens ist eine echte — daher auch anfechtbare — Willenserklärung als abgegeben anzunehmen, falls die Unterlassung, nach den Grundsätzen von Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte beurteilt, mit der Absicht erfolgte, hierdurch den Geschäftswillen zu erkennen zu geben (vgl. den Sonderfall des § 1956, Versäumung der Ausschlagungsfrist).

3. **Vorbehalte** dienen dazu, der schädlichen Auslegung einer Erklärung vorzubeugen (§§ 464, 640 Abs 2). Ob das Gesetz in den Fällen, in welchen es nur die Vermutung für eine stillschweigende Vereinbarung aufstellt („es gilt", §§ 110, 612, 632, 653), die Vermutung zugleich so weit wirken lassen will, daß auch alle von den Willenserklärungen überhaupt geltenden Regeln anzuwenden wären, insbesondere also auch die von der Anfechtung, kann zweifelhaft sein (vgl. auch § 568). Das Nähere darüber bei den angegebenen Bestimmungen.

4. Zur Rechtsbeständigkeit einer Willenserklärung gehört, daß ihr kein wesentlicher Mangel innewohnt. Das Vorhandensein eines solchen Mangels begründet Nichtigkeit oder Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit. **Nichtig** ist die Willenserklärung, falls sie die beabsichtigte Wirkung überhaupt nicht zu erzielen vermag; Gründe hierfür: Schein (§ 117), Mangel der Form (§ 125), Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134) und gegen die guten Sitten sowie das wucherische Geschäft (§ 138). Im Falle eines Verstoßes gegen ein Veräußerungsverbot ist das Geschäft unbedingt oder bedingt **unwirksam.** Das Nähere bei §§ 135, 136. **Unwirksam** sind Rechtsgeschäfte auch in den Fällen, in denen nicht der volle vom Gesetze für das Wirksamwerden geforderte Tatbestand erfüllt ist, so wenn es an der nötigen Einwilligung eines Dritten fehlt (§§ 111, 174, 182, 185), die anderseits jedoch die Fähigkeit haben, durch Hinzutritt einer weiteren Tatsache volle Gültigkeit zu erlangen. **Anfechtbar** sind Willenserklärungen wegen Irrtums (§§ 119, 120), Täuschung und Drohung (§ 123), eine Ehe außerdem wegen Beschränkung der Geschäftsfähigkeit des Ehegatten (§ 1331) und eine neue Ehe, wenn der für tot erklärte Ehegatte noch lebt (§ 1350). Das Rechtsgeschäft kommt in diesen Fällen zustande; aber die Anfechtung hat die volle Nichtigkeit „von Anfang an" (ex tunc) zur Folge (§ 142).

5. **Gemeinsames betreffs der §§ 116—124.** Das Gesetz knüpft die Fehlerhaftigkeit einer Willenserklärung sowohl an den etwaigen Mangel im Willen wie an einen Mangel in der Erklärung. Im Falle des **Willensmangels** liegt die Sache entweder so, daß der Erklärende in Wirklichkeit überhaupt nicht den Willen hat, irgendeinen Rechtserfolg hervorzubringen (s. oben A 1); oder auch so, daß er einen Rechtserfolg zwar will, indes einen andern als den nach seiner Erklärung anscheinend beabsichtigten. Im Falle des **Erklärungsmangels** handelt es sich darum, daß der Betreffende etwas anderes erklärt hat, als er seinem wahren Willen gemäß hat erklären wollen. Folgerichtig müßte in allen diesen Fällen der abgegebenen Willenserklärung jeder Rechtserfolg überhaupt versagt werden. Denn stets fehlte es an einer an sich notwendigen Voraussetzung für ihre Rechtsbeständigkeit. Und ist überhaupt der Wille derjenige Bestandteil eines Rechtsgeschäfts, dem nach der Rechtsordnung die rechtserzeugende Kraft zukommt (vgl. Vorbem 1 vor § 104), so dürfte zum mindesten niemals ein solcher Rechtserfolg eintreten, der nicht wirklich beabsichtigt war, und dürfte eine Erklärung, die sich nicht mit dem wahren Willen deckt, keinesfalls beachtlich sein. Das Gesetz

hat die Sache jedoch zum Teil anders geregelt. Auch bei einem Widerstreite zwischen dem erklärten Willen und dem wahren Willen, oder zwischen diesem und der abgegebenen Erklärung ist es in Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis bemüht, der Willenserklärung einen Rechtserfolg möglichst zu sichern. Das Gesetz gelangt zu diesem Ziele einmal, indem es in gewissen Fällen das entscheidende Gewicht nicht auf den Willen, sondern auf die Erklärung legt und sonach schon dieser die rechtserzeugende Kraft, und zwar nach Maßgabe des nur geäußerten Scheinwillens beimißt (§ 116 Satz 1); zweitens, indem es unter gewissen Voraussetzungen auch ein Rechtsgeschäft, dem eine fehlerhafte Willenserklärung zugrunde liegt, rechtlich ebenfalls zur Entstehung gelangen läßt, indessen hier nur mit der Einschränkung, daß das Geschäft wegen des ihm anhaftenden Mangels durch eine Erklärung des Anfechtungsberechtigten noch nachträglich nichtig gemacht werden kann (§§ 119—123). Ob nunmehr das Gesetz jeweilig die Nichtigkeit eintreten oder das Rechtsgeschäft aufrechterhalten will, sei es als ein mangelloses, sei es auch nur als ein anfechtbares, das hängt, wie sich erweisen wird, von der Art des Mangels und von seinem Grunde ab. Danach bestimmt sich aber auch zugleich die Gliederung der nachfolgenden Bestimmungen. Das entscheidende Gewicht ist entweder auf den Willen (Willensgrundsatz) oder auf die Erklärung (Erklärungsgrundsatz) gelegt.

§ 116

Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig[4]), weil sich der Erklärende insgeheim[2]) vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen[1]). Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem andern gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt[3])[4]).

E I 95 II 91; M 1 191 ff.; P 1 94.

1. **Der stille Vorbehalt.** Der § 116 hat den Fall im Auge, daß der Erklärende in Wirklichkeit das nicht will, was er zu wollen erklärt, vielmehr entschlossen ist, das Erklärte nicht zu wollen, diesen Entschluß jedoch nach außen hin geflissentlich verdeckt (RG 68, 128; 73, 222). Er war sich bei Abgabe der Erklärung also dessen bewußt, daß er etwas anderes erklärte, als seiner wahren Absicht entsprach. Die Erklärung deckt sich alsdann mit dem Scheinwillen, steht dagegen in Widerspruch mit dem wahren Willen. Hier legt das Gesetz das entscheidende Gewicht der Regel nach (Ausnahme in Satz 2) auf die Erklärung und entscheidet um deswillen dem Sinne nach in Satz 1, daß diejenige Folge, die wegen des Mangels im Willen an sich eintreten müßte, mithin die Nichtigkeit der Erklärung, doch nicht eintreten soll, daß vielmehr der dem erklärten Scheinwillen entsprechende Geschäftserfolg eintritt. Die Wirksamkeit einer Willenserklärung soll durch nicht in die Außenwelt getretene An- und Absichten des Erklärenden, die mit seiner Kundgebung in Widerspruch stehen, keine Einbuße erleiden. Wer beispielsweise unter einem stillen Vorbehalte eine Vollmacht erteilt, haftet trotz des Vorbehalts lediglich nach Maßgabe der Vollmacht, falls nicht der Geschäftsgegner den Vorbehalt kennt (RG 52, 99). Auch bei der Erforschung des wirklichen Willens gemäß § 133 kommt es mithin in solchen Fällen nicht auf den bloß inneren Willen (RG 68, 126), sondern auf das äußere Verhalten an (RG JW 1912, 132[3]). Wer der Erklärung eines andern, bei der ein Fehlgriff im Ausdrucke (Schreibfehler) vorgefallen ist, vorbehaltlos zustimmt, wiewohl er den wirklichen Sinn der Erklärung erkannt hatte, kann sich nicht darauf berufen, daß er sich insgeheim vorbehalten hatte, seine Zustimmung nur nach Maßgabe der tatsächlich vorhandenen Erklärung zu erteilen; er hat vielmehr sein Einverständnis zu der wirklich gewollten Erklärung des andern erteilt (RG 66, 428, SeuffA 74 Nr 47). Offensichtlich will das Gesetz durch die Regel des Satz 1 der Rechtssicherheit Rechnung tragen und den Erklärungsempfänger, der sich auf das Wort verließ, billigerweise schützen. Man soll sich eben im Verkehrsleben auf das Wort verlassen dürfen (RG Warn 09 Nr 124). — **Anwendungsgebiet.** Satz 1 bezieht sich auf Willenserklärungen aller Art, beispielsweise auch auf letztwillige Verfügungen und auf die Aufgabe des Eigentums (§§ 928, 959). Auch der Scherz, der nach der Absicht des Erklärenden nicht hat erkannt werden sollen (anders im Falle des § 118), gehört hierher. Eine besondere Bedeutung hat der stille Vorbehalt in den Fällen des Rechtserwerbs durch einen Beauftragten. Wenn ein solcher erkennbar namens des Auftraggebers handelt, ist sein stiller Vorbehalt, nicht für jenen, sondern für sich zu erwerben, sofern der Veräußerer den Vorbehalt nicht kennt, bedeutungslos (RG 73, 222; Warn 09 Nr 124). Vgl. anderseits § 164 Abs 2 wegen des stillen Vorbehalts des nicht erkennbar in fremdem Namen auftretenden Stellvertreters dahin, daß er nicht in eigenem Namen handeln wolle.

2. **Insgeheim.** Dieses Merkmal trifft überall zu, wo der Vorbehalt derjenigen Person gegenüber verheimlicht ist, der gegenüber die Erklärung abgegeben wurde, und bei nicht empfangsbedürftigen Willenserklärungen (Vorbem 1 vor § 116) demjenigen verheimlicht worden, in dessen Person die Wirkung eintreten soll, so z. B. im Falle der Auslobung gegenüber den beteiligten Bewerbern (RG JW 06, 576[54]).

3. Bei **empfangsbedürftigen Willenserklärungen** (Vorbem 1) liegt ein Schutzbedürfnis nicht vor, wenn der **Empfänger wußte,** daß ihm gegenüber nur ein Scheinwille erklärt wurde. In solchen Fällen kann unbedenklich dem Grundsatze Folge gegeben werden, daß die angegebene Willenserklärung wegen mangelnden Geschäfts- oder Erfolgswillens nichtig ist. Das sieht Satz 2 vor (**RG** JW 1910, 60[3]). Demnach ist beispielsweise auch die beurkundete Auflassungserklärung insoweit nichtig, als der das gesamte Grundstück Auflassende dem andern Teile gegenüber nebenher erklärt, daß er die Auflassung auf ein bestimmtes Teilstück nicht miterstrecken wolle (**RG** 78, 372). Unkenntnis aus Fahrlässigkeit (Kennenmüssen) kommt nicht in Betracht. Eine nur zwangsweise abgegebene Erklärung ist, wiewohl dem Drohenden bewußt ist, daß der andere die Erklärung nicht hat abgeben wollen, gleichwohl immer nur anfechtbar. Denn gemäß § 123 hängt es von dem andern ab, ob er seine Erklärung gelten lassen will oder nicht. Auch eine unter Vorbehalt erteilte Vollmacht ist nichtig, falls der Empfänger der Vollmacht den Vorbehalt kennt. Die Annahme jedoch, daß das vom Vollmachtsempfänger mit einem Dritten auf Grund der unter einem Vorbehalte im Sinne des § 116 Satz 1 erteilten Vollmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft für den Vollmachtgeber auch dem Dritten gegenüber nicht verbindlich, und der Dritte nur auf Geltendmachung des Vertrauensschadens nach § 120 beschränkt sei, ist jedenfalls für die Fälle der §§ 171, 172 unzutreffend.

4. Über den Begriff **Nichtigkeit** vgl. § 125 A 1.

§ 117

Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnisse nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig[1]).

Wird durch ein Scheingeschäft ein anderes Rechtsgeschäft verdeckt, so finden die für das verdeckte Rechtsgeschäft geltenden Vorschriften Anwendung[2—5]).

E I 96 II 92; M 1 192 ff.; P 1 95 ff.

1. Das **Scheingeschäft.** Es liegt vor, wenn eine Willenserklärung einem anderen gegenüber abgegeben wird und beide Teile — anders als im Falle des § 116 Satz 2 — darüber einverstanden sind, daß das Erklärte nicht gewollt sei, daß mithin der Wille nur zum Schein erklärt sein sollte (**RG** JW 1910, 60[3]). Es handelt sich auch hier um einen Fall des bewußten Widerspruchs zwischen Wille und Erklärung (§ 116 A 1), eigenartig indessen um deswillen, weil hier lediglich empfangsbedürftige Willenserklärungen (Vorbem 1 vor § 116) in Frage stehen und dabei Voraussetzung ist, daß die Abgabe der sich mit dem wirklichen Willen nicht deckenden Erklärung auf ausdrücklicher oder stiller Vereinbarung der beiden Beteiligten beruht. Begrifflich ist für ein solches Scheingeschäft erforderlich, daß ein nicht vorhandener Wille nach außen als vorhanden vorgespiegelt wird, nicht aber genügt die Vorspiegelung einer bloßen äußeren Tatsache (**RG** 60, 21). Demgemäß hat auch das Handeln durch eine vorgeschobene Person (Strohmann) mit dem Scheingeschäft nichts zu tun (**RG** 84, 304; 81, 41; 69, 46; SeuffA 60 Nr 177); zumal wenn der erstrebte Erfolg nur durch ernstliche, nicht aber durch ein Scheingeschäft zu erreichen war. Beispielsweise bei Verwendung einer Mittelsperson zum Zwecke des käuflichen Erwerbs einer Sache durch einen stillen Stellvertreter (**RG** JW 1914, 587[7]) oder bei der Führung eines Geschäftes für den eigentlichen Inhaber (**RG** 84, 304) oder der Schenkung an einen Dritten (nahen Angehörigen), wobei verdeckte Stellvertretung oder ein fiduziarisches Geschäft vorliegen kann (**RG** 10. 10. 07 IV 97/07; 7. 7. 15 V 108/15). Zum Begriffe eines Scheingeschäfts gehört es aber nicht, daß das Scheingeschäft auf die Täuschung eines Dritten berechnet war (**RG** 90, 277). Vgl. § 398 A 3. Daher kann ein Scheingeschäft auch dann schon gegeben sein, wenn die Parteien etwa bei der Bestellung eines Pfandrechts an einer Hypothek die zu sichernden Forderungen bewußt und geflissentlich wahrheitswidrig angeben (**RG** Warn 1914 Nr 245). Eine Hypothek ist jedoch nicht schon deshalb nichtig (oder anfechtbar), weil der Gläubiger nicht richtig angegeben ist (**RG** 79, 75 und die dort angegebenen Urteile).

Daß unter den gegebenen Voraussetzungen die Willenserklärung zwischen den unmittelbar Beteiligten **keine Wirkung** haben kann, folgt schon aus dem in § 116 Satz 2 zur Geltung gebrachten Grundsatze. Daß ferner das Scheingeschäft als Rechtsgeschäft auch Dritten gegenüber bedeutungslos ist, folgt aus dem Grundsatze von der unbedingten Wirkung der Nichtigkeit (vgl. § 125 A 1). Jeder auf Grund eines Scheingeschäfts in Anspruch Genommene kann sonach die Nichtigkeit mindestens dann geltend machen, wenn er ein Interesse daran hat, gleichviel ob prozessuales oder materielles (**RG**-Warn 09 Nr 177; **RG** 53, 416, betreffend eine Scheinzession; **RG** SeuffA 64 Nr 310), womit jedoch nicht gesagt sein soll, daß der Dritte sein Interesse stets besonders nachweisen muß, da sich sein Interesse ohne weiteres schon aus der Sache selbst ergeben kann, wie beispielsweise, wenn

er das Klagerecht des Scheinerwerbers oder Scheinberechtigten bestreitet. Der Gläubiger kann die von seinem Schuldner nur zum Schein veräußerte Sache pfänden, und anderseits kann ein Dritter die Sache von ihrem Scheinerwerber nicht weitererwerben, oder doch nur nach den Grundsätzen vom gutgläubigen Erwerbe (§ 932, 892). Ist eine Hypothek oder Grundschuld nichtig, weil beide Teile darüber einverstanden waren, daß der eingetragene Gläubiger keine Rechte aus der Eintragung erlangen solle, dann kann der Eigentümer von ihm die Bewilligung der Löschung verlangen (**RG** 28. 4. 15 V 539/14). Ist nur ein Teil des Rechtsgeschäfts zum Scheine abgeschlossen worden, dann wird nicht das ganze Rechtsgeschäft ohne weiteres nichtig; vielmehr entscheidet sich das nach § 139 (**RG** Warn 1913 Nr 41). — Ein Scheingeschäft kann zugleich auch wegen Benachteiligung der Gläubiger der Anfechtung durch diese unterliegen (**RG** SeuffA 67 Nr 73).

Schutz des Dritten gegen ein Scheingeschäft. Durch ein Scheingeschäft wird oftmals die Rechtslage eines Dritten schädlich beeinflußt; meist wird es sogar auf die Täuschung Dritter zu deren Nachteile berechnet sein (beispielsweise um durch die Scheinveräußerung einen Vermögensgegenstand dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen). Demnach sind Dritte gegenüber den üblen Einwirkungen des Scheingeschäfts sichtlich besonders schutzbedürftig. Sofern nun ein Scheingeschäft zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt (§§ 823, 826), findet der Dritte einen ausreichenden Schutz in den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatze gemäß §§ 249ff. Handelte es sich bei einem Scheingeschäfte um die Vereitlung von Erfüllungsansprüchen (beispielsweise der zur Gewährung eines grundbuchlichen Rangvorrechts verpflichtete Hypothekengläubiger veräußert zum Scheine seine Hypothek, um sich der Verpflichtung zu entziehen), so kann die richtige Anwendung des Grundsatzes aus § 249 Satz 1 auch dazu führen, daß der berechtigte Dritte nunmehr den Scheinerwerber ohne weiteres unmittelbar auf die Erfüllung seines Anspruchs belangt (**RG** 95, 162). Einen weiteren Schutz verleiht das Gesetz Dritten mittels der Grundsätze vom gutgläubigen Erwerber einer Sache (§§ 932, 892, 893) oder einer Forderung (§ 405), wonach der gutgläubige Erwerb auch dann wirksam ist, wenn der Veräußerer nur ein Scheinberechtigter war (vgl. die §§ 1032 u. 1207 betreffs des gutgläubigen Erwerbs eines Nießbrauchs und eines Pfandrechts). Unter den Voraussetzungen des § 171 ist ferner zugunsten des gutgläubigen Dritten auch eine bloße Scheinvollmacht wirksam (vgl. § 171 A 1). Gemäß §§ 409, 576 sodann müssen der Gläubiger einer Forderung und der Vermieter eines Grundstücks, die ihren Anspruch an einen andern zum Schein abgetreten haben, die Abtretung dem Schuldner gegenüber auch ohne Rücksicht auf dessen Gutgläubigkeit als wirksam gelten lassen, wenn sie ihm die Abtretung angezeigt haben. Sonstige Schutzmittel hat das Gesetz Dritten dem Scheingeschäfte gegenüber ausdrücklich nicht gewährt. Indes die Schutzbedürftigkeit des Dritten kann sich auch weiterhin äußern und entsprechend auch weiteren Schutz erheischen. So wird dem Dritten unter den gegebenen Voraussetzungen (§ 242 A 1) auch die Einrede der Arglist (exceptio doli generalis) zuzugestehen sein (a. A. Planck § 117 A 1 und Oertmann das. A 2b β); namentlich dann, wenn nach Lage des Falles der Grundsatz Platz greift: dolo facit, qui petit, quod redditurus est. Man denke nur an den Fall, daß der zur Gewährung einer Sache Verpflichtete diese, um sich seiner Verpflichtung zu entziehen, an einen andern durch bloßes Scheingeschäft veräußert, der andere alsdann jedoch die Sache dem berechtigten Dritten gewährt hätte und jetzt der Verpflichtete die Sache vom Dritten mit der Behauptung herausverlangen wollte, daß der andere zur Verfügung über die Sache nicht befugt gewesen sei. Endlich aber erscheint es auch als recht und billig, dem Dritten bei Ansprüchen, zu deren Erfüllung die Verfügung über eine Sache oder ein eingetragenes Recht erforderlich ist, den entsprechenden Leistungsanspruch unmittelbar auch gegen denjenigen zu geben, der die Sache oder das eingetragene Recht durch Scheingeschäft an sich gebracht hat. Das bedeutete einerseits nur, daß der Dritte durch die Gewährung des Anspruchs gegen den Scheinerwerber vor dem Nachteile geschützt würde, daß er nur den ihm Verpflichteten selbst in Anspruch nehmen dürfte, und daß er gegebenenfalls, um so sein Recht gegen den Verpflichteten verwirklichen zu können, vorerst dessen Anspruch auf Rückgewährung der Sache oder des Rechts gegen den Scheinerwerber pfänden und sich überweisen lassen, gegebenenfalls auch erst das Grundbuchberichtigungsverfahren herbeiführen müßte. Anderseits aber hätten der Verpflichtete und der Scheinerwerber, falls sie sich die sofortige Belangung des letzteren gefallen lassen müßten, keinen anerkennenswerten Grund zur Beschwerde, da sie nur die Folgen ihres eigenen Tuns zu tragen und nur dem Umstande Rechnung zu tragen hätten, daß sie geflissentlich eben die Lage geschaffen hätten, daß einstweilen nur der Scheinerwerber zur Erfüllung des Leistungsanspruchs imstande wäre. Es wäre doch nicht recht und billig, den schuldlosen Dritten darunter leiden zu lassen (vgl. **RG** 90, 279; 95, 161). Meist wird der Dritte in solchen Fällen sich freilich mit der Schadensersatzklage hinreichend helfen können (**RG** 95, 162). Indes denkbar sind auch Fälle, wo die Voraussetzungen eines derartigen Anspruchs nicht erfüllt sind, zumal nicht gegenüber dem Scheinerwerber.

2. **Das verdeckte Geschäft.** Erfahrungsgemäß kommt es vor, daß die Parteien ein Geschäft vornehmen, das in dieser Rechtsform sich nicht mit ihrem wirklichen Willen deckt, anderseits aber dazu bestimmt ist, ein anderes wirklich gewolltes Rechtsgeschäft zu verdecken. So, wenn die Parteien in Wahrheit eine Schenkung beabsichtigen, äußerlich aber ein Kaufgeschäft abschließen, mit dem Willen, die Schenkung auf jene Weise zu verdecken (RG 15, 294; 68, 326; 87, 301; Gruch 40, 964). Auch unter solchen Umständen fehlt es zwar an der Übereinstimmung zwischen dem wirklichen Willen und dem erklärten Willen. Aber dieser Fall unterscheidet sich vom eigentlichen Scheingeschäfte des Abs 1 insofern, als bei dem letzteren in Wirklichkeit keine Rechtsveränderung beabsichtigt, hier dagegen eine solche erstrebt wird. Daher kann und soll hier grundsätzlich auch der wirklich gewollte Erfolg eintreten und soll also das verdeckte Rechtsgeschäft gelten. (Grundsätzlich anders liegt der Fall der Umwandlung [Konversion] gemäß § 140, wonach ein anderes Geschäft anstatt des nichtigen auslegungsweise unterstellt wird; vgl. § 140 A 1.) Der Fall des Abs 2 trifft beispielsweise auch dann zu, wenn die Parteien eine bewegliche Sache als nur mietweise überlassen bezeichnet haben, während in Wirklichkeit käufliche Veräußerung beabsichtigt war. Da alsdann übrigens auch die erfolgte Übereignung der Sache an den Käufer (angeblichen Mieter) zustande gekommen wäre, so könnte auch sein Gläubiger die Sache pfänden. Haben die Parteien in Wirklichkeit eine Bevollmächtigung beabsichtigt, äußerlich aber eine Abtretung erklärt, dann sind die von der Vollmacht geltenden Rechtsgrundsätze (insbesondere hinsichtlich der Widerruflichkeit) anwendbar (RG Warn 09 Nr 268). Nur ist sebstverständliche Bedingung für die Anwendbarkeit des Abs 2 stets, daß die für das gültige Zustandekommen des wirklich beabsichtigten Geschäfts sonst erforderten Voraussetzungen, wie die Form usw., erfüllt sind. Das Scheingeschäft darf eben nicht zur Umgehung der anderweiten gesetzlichen Bestimmungen dienen. Daher ist auch ein förmlich abgeschlossener Kaufvertrag, bei dem der Kaufpreis zum Scheine unrichtig angegeben wird (gleichgültig, ob zu hoch oder zu gering), durchweg nichtig, weil das wirklich Vereinbarte nicht richtigen Ausdruck in der Urkunde gefunden hat (RG 78, 115; Warn 1913 Nr 309). Ausgeschlossen ist gegebenenfalls jedoch nicht, daß der zugrunde liegende, nur mündlich abgeschlossene Vertrag durch Auflassung und Eintragung rechtsgültig wird (RG 94, 149; 1. 2. 18 V 412/12).

3. **Das Anwendungsgebiet** des § 117 ist beschränkt auf die Fälle der empfangsbedürftigen Willenserklärungen (vgl. Vorbem 1 vor § 116) und auf die zweiseitige Vortäuschung im Gegensatze zu der einseitigen (§ 116). Auf eine der Behörde gegenüber abgegebene Willenserklärung ist er sonach unanwendbar (RG 16. 2. 11 IV 331/10). Auch der der Auflassung zugrunde liegende dingliche Vertrag kann ein Scheingeschäft darstellen (RG 2. 7. 19 V 92/19). — **Das fiduziarische Geschäft** (vgl. Vorbem 6 vor § 104) kann zwar ein bloßes Scheingeschäft darstellen (RG Warn 1918 Nr 135). An sich aber unterscheidet es sich vom Scheingeschäfte dadurch, daß bei ihm der beabsichtigte Rechtserfolg der abgegebenen Erklärung wirklich entspricht (RG Warn 1910 Nr 98), nur daß die gewählte Geschäftsform regelmäßig einem andern wirtschaftlichen Erfolge dient, als dem hier bezweckten. Ein Einklang fehlt hier also gewissermaßen nur zwischen dem erstrebten wirtschaftlichen Ergebnisse und der Geschäftsform, nicht aber zwischen dem Willen und der Erklärung. Wenn A seine Sache dem B käuflich übereignet, damit B an ihr Sicherheit habe, bis A ihm seine Schuld bezahlt, dann hat A den ernsten Willen, B im Wege der Eigentumsübertragung zu sichern; nur entspräche diesem wirtschaftlichen Zwecke an sich nicht die Vornahme des Übereignungs-, sondern die eines Pfandgeschäfts. Möglich ist ein fiduziarisches Geschäft auch zu dem Zwecke, dem andern Teile Kredit zu verschaffen (RG Gruch 55, 634). Beim Sicherungskaufe, der von einem Kaufe nach § 433 insofern abweicht, als er nicht eigentlich die Begründung der dortselbst vorgesehenen Verbindlichkeiten, sondern nur die Sicherung bezweckt, hat der Käufer das Recht, zugleich aber auch die Pflicht, die Sache zu seiner Befriedigung weiterzuverkaufen und alsdann den Preisüberschuß dem Verkäufer herauszuzahlen (RG JW 1911, 181[5]). Dabei hat der Käufer wie ein Beauftragter die Verpflichtung zur treulichen Verwahrung der Sache und zur Wahrung des Interesses seines Schuldners bei ihrem Verkaufe (RG 76, 345; JW 1911, 581[23]). Der Schuldner kann aber nicht Zug um Zug gegen Angebot seiner Leistung Rückgabe des sicherheitshalber übereigneten Gegenstandes verlangen, da er vorzuleisten hat und der § 1223 hier außer Anwendung bleibt (RG JW 1914, 76[8]). Vgl. ferner die Ausführungen bei § 398 A 1. **Keine Scheingeschäfte:** Wenn A sich B gegenüber zum Empfange eines tatsächlich nicht gewährten Darlehns bekennt und dem B die Schuldurkunde unter der Abrede aushändigt, daß B seine (angebliche) Forderung einem Dritten abtritt, um die von diesem dafür zu gewährende Leistung dem A zuzuführen, so daß alsdann das Schuldverhältnis erst zwischen A und dem Dritten begründet werden soll (RG 60, 21; 12. 2. 10 V 198/09). Vgl. dazu auch § 167 A 1 und § 370 A 1. Ferner, wenn die Parteien, um einen vom Gesetze gemißbilligten Erfolg zu erreichen, eine an sich statthafte Geschäftsform wählen. In solchen Fällen wäre die Frage der Nichtigkeit aus § 134, nicht aber aus § 117 zu beantworten. Wird die Erklärung mehreren gegenüber abgegeben, ihre Bedeutungslosigkeit aber nur mit einem von ihnen abgemacht, so entsteht

kein Scheingeschäft (RG 3. 1. 07 I 310/06). Das Ausstellen eines Schuldscheins über ein Darlehn, falls die Schuld aus einem andern Grunde herrührt, ist kein Scheingeschäft, sondern Umwandlung der Schuld in ein Darlehn gemäß § 607 Abs 2 (RG 13. 2. 06 VI 150/06). Die Abtretung einer Forderung unter der Verabredung, daß die Forderung erst nach Eintritt einer Bedingung in das Vermögen des Zessionars übergehen und bis dahin dieser nur nach außen hin als der Gläubiger erscheinen solle, ist ein zulässiges (fiduziarisches) Geschäft und kein Scheingeschäft (RG Gruch 59, 142). — Ein Kaufangebot stellt noch nicht ein Scheingeschäft und in Wirklichkeit noch nicht den Kauf selbst dar, wenn nach einer nebenher gehenden Abrede die beiderseitigen in Aussicht genommenen Leistungen bereits vorweg erfolgen sollen, derart insbesondere, daß die Sache bereits übergeben und der Preis mit der Abrede angezahlt wird, daß er beim Zustandekommen des Kaufes auf den Preis angerechnet, beim Nichtzustandekommen aber als Entgelt für die Bindung des Verkäufers dienen soll (RG JW 16, 391[2]; 1. 2. 19 V 249/18). — Eine urkundliche Bürgschaftserklärung ist noch nicht deswegen ein Scheingeschäft, weil eine von der schriftlichen Erklärung abweichende mündliche Nebenabrede über den Umfang der Haftung getroffen worden ist (RG LZ 1919, 590[4]). — Hinsichtlich der Eheschließung besteht die Ausnahme, daß die Scheinerklärung die Ehe nicht nichtig macht. Das Gesetz hat diese Frage in den §§ 1324—1328 selbständig geregelt, und die ebendort aufgeführten Nichtigkeitsgründe müssen daher als erschöpfend erachtet werden. Darüber, inwieweit die Grundsätze vom Scheingeschäft auch bei **Prozeßhandlungen** und gegenüber einem **Urteile** Anwendung finden, vgl. Vorbem 8 vor § 104 und die dort angezogenen Entscheidungen.

4. Die **Beweislast** regelt sich nach dem Grundsatze, daß, wer eine rechtszerstörende Tatsache behauptet, sie auch zu beweisen hat (RG 29. 11. 07 VII 536/06).

5. Über die **Nichtigkeit** und ihre Folgen, insbesondere über den Einfluß der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf das Vollzugsgeschäft, vgl. § 125 A 1.

§ 118

Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig[1]).

E I 97 Abs 1, 2, 4 II 93; M 1 193 ff.; P 1 98 ff.

1. **Mangel des Ernstes.** Es handelt sich auch hier darum, daß eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgegeben wird, wiewohl ein Geschäftswille (Vorbem 1 vor § 116) überhaupt nicht vorhanden ist, weil nämlich der Erklärende beabsichtigt, daß seine Erklärung den anscheinend gewollten Erfolg nicht haben soll. Sie ist trotz des nur insgeheim gemachten Vorbehalts des Nichtwollens (§ 116) nichtig, falls der Erklärende erwartet hat, der andere Teil werde den Mangel der Ernstlichkeit erkennen. Er soll unter diesen Umständen nicht beim Worte genommen werden, selbst wenn der andere den Willensmangel tatsächlich nicht erkannt hat. Erkannte der andere die Nichternstlichkeit, dann liegt der Fall des § 116 Satz 2 vor und, sofern zwischen beiden Teilen sogar ein Einverständnis bestand, der Fall des § 117. **Unter § 118 fallen** Erklärungen, die zum Scherze, zu Anpreisungen oder aus Prahlerei abgegeben werden. Aber einer Erklärung, die sich nach ihrer äußeren Erscheinung, besonders nach ihrem Inhalte, als die Kundgebung eines rechtsgeschäftlichen Willens darstellt, ist in der Regel von vornherein auch rechtsgeschäftliche Bedeutung beizulegen. Die rechtsgeschäftliche Bedeutungslosigkeit ist mithin vom Behauptenden nachzuweisen (RG 8. 12. 05 II 179/05). Die Rechte des andern Teiles in solchen Fällen berücksichtigt der § 122.

§ 119

[1]) Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt[3]) im Irrtume[2]) war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte[4]), kann die Erklärung anfechten[5]), wenn anzunehmen ist, daß er sie bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde[2]).

Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der Person oder der Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden[5—7]).

E I 98, 99 Abs 1, 3 II 94; M 1 196 ff.; P 1 102 ff., 114 ff.; 6 122.

1. **Irrtum bei Willenserklärungen.** Der § 119 enthält zwei Tatbestände; gemeinsame Voraussetzung für beide ist: der Erklärende beabsichtigt zwar, das kundzugeben, was er

wirklich will oder wirklich zu wollen geglaubt hat, und meint auch, das Beabsichtigte erreicht zu haben; aber es ist das Gegenteil davon eingetreten, weil sich der Erklärende entweder schon über seinen wirklichen Willen oder andernfalls über seine Erklärungshandlung im Irrtume befand. In beiden Fällen liegt also wiederum ein Widerspruch zwischen dem wirklichen Willen und dem erklärten Willen oder der Erklärung vor, nur daß der Widerspruch hier, im Gegensatze zu § 118, nicht bewußt, sondern unbewußt entstanden ist, verursacht nämlich durch falsche Vorstellungen beim Erklärenden entweder über den Inhalt seines Willens oder den seiner Erklärungshandlung. Berücksichtigen will das Gesetz bei dieser Sachlage, dem Erklärungsgrundsatze folgend (Vorbem 5 vor § 116), in erster Linie das Interesse des Erklärenden, weil dieser nur aus Irrtum fehlgegangen ist, und stellt deshalb auch lediglich in sein Ermessen, ob er das Geschäft nichtig machen oder bestehen lassen will. Das Geschäft schon als nichtig kraft Gesetzes zu behandeln, läge nicht im Bedürfnisse des Verkehrs. Auf solche Weise ist das Gesetz zur Ausgestaltung des nur anfechtbaren Rechtsgeschäfts gelangt. Eine Gefährdung des Erklärungsgegners anderseits kann überhaupt nicht in Frage kommen, wenn der Erklärende das Rechtsgeschäft nicht anficht, der Irrtum des Erklärenden also einflußlos bleibt (RG 84, 352). Der Vertragsgegner kann mithin seinerseits auch nicht einwenden, daß der Erklärende sich geirrt, beispielsweise eine Urkunde in Irrtum über ihren Inhalt unterschrieben hat (RG Warn 08 Nr 276). Wenn dagegen der Erklärende von dem Anfechtungsrechte Gebrauch macht, dann kann jetzt gerade ein anerkennenswertes Interesse des Gegners beeinträchtigt sein, und für diesen Fall bedarf daher auch er einer besondern Schutzvorschrift. Darüber verhält sich der § 122. — **Auszuscheiden von den Fällen des § 119 sind solche,** in denen etwa der eine Teil den andern oder beide sich gegenseitig mißverstehen, so daß nur der Schein einer Willensübereinstimmung besteht (RG 66, 122; Warn 08 Nr 591, versteckte, nach § 155 zu behandelnde Willensuneinigkeit). Vgl. des näheren § 154 A 1 und § 155 A 2. Im Falle des Mißverständnisses betrifft der Irrtum überhaupt nicht den eigenen Willen des sich Erklärenden, sondern nur die Annahme, daß eine gegenseitige Willenseinigung vorliege. Ein bloßes Mißverständnis liegt gewissermaßen auch dann vor, wenn eine Erklärung an eine Person gelangt ist, an die sie nicht gerichtet war und an die sie auch gar nicht hat gelangen sollen, sondern nur infolge irgendwelcher nicht gewollter Umstände gelangt ist. In solchen Fällen des Mißverständnisses bedarf es zur Beseitigung des Vertrags nicht erst der Anfechtung. Der Tatbestand des § 119 liegt auch dann nicht vor, wenn beide Teile trotz vorhandener Willensübereinstimmung nur infolge eines beiderseitigen Versehens oder Irrtums eine andere Sache oder ein anderes Geschäft bezeichnet haben, als sie im Auge hatten; denn alsdann handelt es sich nur um eine falsche Bezeichnung, die unschädlich ist, weil entscheidend bleibt, daß in dem wirklich Gewollten Willensübereinstimmung geherrscht hat (RG 61, 265; 60, 338; JW 07, 825[1]). Zu einer Anfechtung liegt überhaupt kein Anlaß vor, wenn der Erklärungsgegner die irrtümlich abgegebene Erklärung des andern seinerseits richtig verstanden hat, da unter diesen Umständen die Erklärung so zu gelten hat, wie sie gemeint war und auch verstanden worden ist (RG 66, 427; JW 1911, 179[2]). — Unter § 119 gehört auch nicht der Fall, daß das Tun einer Person von andern nur irrtümlich als eine Erklärungshandlung aufgefaßt wird, während eine solche in Wirklichkeit gar nicht beabsichtigt war. Hier fehlte es für die Anwendbarkeit des § 119 an dem ersten Erfordernisse, nämlich am Vorhandensein einer Willenserklärung überhaupt (vgl. Vorbem 1 vor § 116). — **Anwendungsgebiet.** In Betracht kommen im übrigen bei § 119 Willenserklärungen aller Art (M 1, 201). Eine Unterscheidung zwischen empfangsbedürftigen und andern macht erst § 122 (Sonderregelung hinsichtlich der Eheschließung durch die §§ 1332, 1333 u. 1336 ff., hinsichtlich letztwilliger Verfügungen durch die §§ 2078, 2080 ff., 2281 ff.). Vgl. dazu RG 77, 174; 86, 206. Anfechtbar wegen bloß einseitigen Irrtums ist auch ein Vergleich (RG JW 1915, 190[1]). Auch nur stillschweigende Willenserklärungen oder nur „fingierte" Erklärungen, die nach dem Gesetze nur als abgegeben gelten, sind anfechtbar (RG 58, 84). Betreffs prozessualer Handlungen vgl. Vorbem 8 vor § 104. Unzulässig ist die Anfechtung des Beitritts zu einer Aktiengesellschaft oder Genossenschaft (RG 57, 292; 68, 344).

2. **Das Wesen des Irrtums.** Er kann beruhen auf einer falschen Vorstellung vom Wirklichen oder auf einer Nichtkenntnis des Sachverhalts, soweit diese Nichtkenntnis für den Willensentschluß wesentlich gewesen ist. Beide Fälle gehören hierher (RG 62, 205). Erfordernis ist jedenfalls, daß dem Erklärenden der Mangel nicht zum Bewußtsein kam. Deshalb ist, wer eine Willenserklärung in dem Bewußtsein abgibt, ihren Inhalt nicht zu kennen — etwa durch Unterzeichnung einer ungelesen gebliebenen Urkunde —, nicht im Irrtum und nicht berechtigt zur Anfechtung (RG 62, 205; 77, 309). Denn wer sich über einen gewissen Punkt überhaupt keine Gedanken gemacht hat, kann sich insoweit auch nicht im Irrtum befunden haben (RG JW 1912, 26). Auch wer sich bei Abgabe einer Willenserklärung nur in Zweifeln bewegt, den Eintritt von Tatsachen oder ihr Vorhandensein nur für möglich oder wahrscheinlich gehalten hat, mithin durch Schätzungen oder Mutmaßungen bewogen worden ist, ist zur Anfech-

tung nicht berechtigt (RG 85, 324). Im Falle einer schätzungsweise vorgenommenen Preisbestimmung kann daher ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum nur dann in Frage kommen, wenn der Käufer angenommen hat, durch seine Schätzung ein gewisses Ergebnis gefunden zu haben (RG 90, 268). Anders, wenn der Erklärende auf Grund voraufgegangener Verhandlung mit einem Vertragsgegner eine Urkunde in der unzutreffenden Meinung unterzeichnet, sie enthalte das Besprochene und nicht anderes (RG 77, 312; 88, 282; Warn 1918 Nr 25; JW 09, 214[1]). Unterschreibt jemand eine Urkunde zwar in dem Bewußtsein, ihren Inhalt nicht zu kennen, aber in der Annahme, daß sie einem gewissen Sachverhalte nicht widerspreche, so kann er, wenn die Annahme unrichtig ist, die Erklärung anfechten (RG 77, 309). Ob der Irrtum bei gehöriger Aufmerksam vermeidbar, ob er entschuldbar oder nicht entschuldbar war, darauf kommt es nicht an (RG 62, 205; 88, 411). — **Zur Beachtlichkeit** des Irrtums ist **erforderlich**: **a)** Subjektiv, daß die falsche Vorstellung oder die Unkenntnis geeignet war, gerade den Irrenden, nach seiner Persönlichkeit, in seiner Entschließung derart zu beeinflussen, daß anzunehmen ist, er würde nach seinen persönlichen Verhältnissen bei richtiger Kenntnis des Sachverhalts oder bei dessen Kenntnis überhaupt nicht so, sondern anders gehandelt haben, und zwar unter der weiteren Voraussetzung, daß er den Fall „verständig gewürdigt", mithin, nach diesem allgemeinen Maßstabe bemessen, wie ein verständiger Mensch gehandelt hätte (RG 62, 205). Die Beantwortung dieser Fragen ist gegebenenfalls Sache richterlichen Ermessens. **b)** Objektiv; der Irrtum muß betreffen: nach Abs 1 entweder die Erklärungshandlung oder den Inhalt des erklärten Willens, nach Abs 2 die Eigenschaften der Person oder Sache. — Beachtlich ist im allgemeinen auch ein **Rechtsirrtum,** wobei es auf Fahrlässigkeit oder auf Entschuldbarkeit des Irrtums auch hier nicht ankommt. Das Gesetz unterscheidet nicht zwischen tatsächlichem Irrtum und Rechtsirrtum (RG 62, 201). Letzterer gehört jedoch folgerichtig nur insofern hierher, als er eine rechtsirrtümliche Auffassung des Inhalts der Erklärung bewirkt, dagegen nicht, wenn er lediglich Rechtsfolgen betrifft, die nicht mehr von dem Inhalte des Rechtsgeschäfts mitumfaßt werden (RG 51, 283; 57, 273; 55, 281; 76, 440; 85, 326). Letzteres träfe beispielsweise zu, wenn jemand, der die Befreiung des Schuldners übernimmt, irrtümlich (§ 418) meint, daß die durch einen Dritten für die nämliche Schuld geleistete Bürgschaft trotz der befreienden Schuldübernahme bestehenbleibe und er sich demgemäß auch seinerseits an den Bürgen werde halten können (JW 1916, 1183[1]). Ein unbeachtlicher bloßer Rechtsirrtum wird also namentlich dann in Frage stehen, wenn er lediglich den Beweggrund betraf (RG 75, 272), oder wenn der Erklärende sich nur über die rechtlichen Folgen von Rechtsgeschäften gewisser Art im allgemeinen falsche Vorstellungen gemacht hat (RG 83, 202). Ein beachtlicher, weil zum Inhalte des Rechtsgeschäfts gehörender Irrtum wird dagegen anzunehmen sein, wenn der Erklärende infolge Rechtsirrtums von dem vorgenommenen, konkreten Rechtsgeschäfte andere Rechtswirkungen erwartet hat, als sie eintreten mußten, und er also eine Erklärung abgegeben hat, die nicht die beabsichtigte, sondern eine anderweite Rechtswirkung herbeigeführt hat (RG 88, 282); denn bildet der beabsichtigte rechtliche Erfolg einer Willenserklärung einen Bestandteil des erklärten rechtsgeschäftlichen Tatbestandes, dann gehört er zum Inhalte der Erklärung (RG 89, 33). Die Bedeutung einer Willenserklärung liegt eben gerade darin, daß sie einen rechtlichen Erfolg erstrebt. Ob die irrige Unterwerfung konkreter tatsächlicher Umstände unter einen Rechtssatz einen tatsächlichen oder rechtlichen Irrtum enthält, ist nach den Umständen zu entscheiden (RG JW 01, 806[15]). — **Unbeachtlich ist ein Irrtum im Beweggrunde,** mithin über Vorgedanken, welche den Abschluß veranlaßt haben, aber für das Geschäft selbst nicht wesentlich sind (RG Warn 1910 Nr 187); es sei denn, daß der Irrtum im Beweggrunde zugleich einen solchen in der Erklärung (JW 03, 106[237]) oder im Gegenstande hervorgerufen hat (RG JW 06, 104[2]). Vgl. A 3. Unbeachtlich ist daher auch ein Irrtum über künftige Ereignisse (RG Gruch 49, 893), ferner über die geschäftlichen Vorteile, Rechnungsfehler (RG 55, 368; 64, 266; JW 09, 412[5]), wie über die Höhe des bisherigen Ertrags (RG 67, 87). Auch die Mitteilung der Beweggründe an den Gegner ist bedeutungslos. Im Einzelfalle kann jedoch in solchen Erklärungen eine Geschäftsbedingung enthalten sein und so der Beweggrund zugleich in den rechtsgeschäftlichen Tatbestand aufgenommen sein; dann ist der Irrtum auch erheblich (RG Warn 1912 Nr 3). Demgemäß ist ein Irrtum im Beweggrunde grundsätzlich nur dann zu berücksichtigen, wenn der Beweggrund dem Geschäftsgegner auch kenntlich gemacht und mit zum Gegenstande der entscheidenden Erklärung gemacht worden ist, in der Erklärung also auch seinen Ausdruck gefunden hat (RG 85, 326), wenn auch nicht gerade ein wörtlicher Ausdruck des Inhalts erforderlich ist (RG 94, 67). — Der Rücktritt wegen nachträglich und wider Erwarten eingetretener **veränderter Umstände** ist nicht schlechthin aus dem Gesichtspunkte des Irrtums, sondern nur dann zulässig, wenn sich der eine Teil nur unter einem entsprechenden Vorbehalte hat binden wollen und der Vorbehalt zur Vertragsbedingung erhoben ist (RG 62, 267; SeuffA 64 Nr. 137), während im übrigen die Regel clausula rebus sic stantibus vom Gesetze grundsätzlich — über die ausnahmsweise Anwendung vgl. § 242 A 1 a. E. und § 321 A 1 — nicht anerkannt ist (RG Warn 1911 Nr 223 und RG 66, 58). Möglicherweise kann aber im Wege der

Auslegung, etwa auch einer ergänzenden gemäß § 157, als Sinn des Rechtsverhältnisses ermittelt werden, sei es nach der Natur und dem Zwecke einer ganzen Vertragsgattung (beispielsweise bei Versicherungsverträgen; vgl. § 157 A 3 a. E.), sei es nach Zweck und Natur des Einzelvertrags, daß veränderte Umstände dem einen Teile ein Kündigungsrecht geben sollen (RG 60, 55; JW 16, 1184[2]). Sonst haben der Beweggrund, die Zweckbestimmung sowie die „Voraussetzung" (nach Windscheid) im Gesetze im allgemeinen Beachtung nicht gefunden (RG 62, 267). Sie müssen zum Vertragsinhalte und so stillschweigend, was ausreicht (RG 62, 267), zur Bedingung erhoben sein (RG 66, 132; 70, 86; JW 1914, 296[2]; Warn 1918 Nr 203). „Grundsätzlich ist zwar daran festzuhalten, daß Verträge zu wahren sind; dies darf jedoch nicht dazu führen, ihre Ausführung auch unter völlig veränderten, bei ihrem Abschlusse nicht voraussehbar gewesenen Verhältnissen (Krieg) zu verlangen" (RG 94, 49; Warn 1919 Nr 6). Vgl. ferner über die Berücksichtigung der „veränderten Umstände" § 157 A 1 a. E. und § 242 A 1. Nur in Sonderfällen ist auf sie Rücksicht genommen, so bei der letztwilligen Verfügung nach § 2078 Abs 2 (vgl. auch §§ 1301, 779, 1300, 1949, 2308).

3. **Irrtum über den Inhalt des Geschäfts** (RG JW 08, 269[2]) steht in Frage, wenn inhaltlich etwas anderes oder mehr erklärt ist, als gewollt war, wenn also der Erklärende über die Tragweite seiner Erklärung und sonach über die Folgen des Geschäfts irrt; wenn er also andere Folgen beabsichtigt und sich vorgestellt hat, als sie nach Maßgabe seiner Erklärungen eintreten mußten, mag es sich um einen tatsächlichen oder einen Rechtsirrtum (vgl. oben Anm 2) gehandelt haben. Dabei sind jedoch nur solche Folgen zu berücksichtigen, die sich als Folgen des Rechtsgeschäfts nach Maßgabe seines eigenen Inhalts und der dadurch bedingten rechtlichen Wirkungen darstellen, dagegen nicht darüber hinaus auch solche rein tatsächlichen Folgen, die außerhalb des Rechtsgeschäfts selbst liegen und etwa nur die wirtschaftliche Seite des Geschäfts, dessen Ersprießlichkeit betreffen (RG 75, 271; JW 1911, 212[6]). Die Berücksichtigung derartiger Folgen durch den Erklärenden beim Geschäftsabschlusse hätte lediglich den Beweggrund betroffen. Vgl. Anm. 2. Im Einzelfalle kann freilich die Frage, ob es sich um einen Irrtum über den Inhalt der Erklärung oder nur um einen solchen im Beweggrunde handelte, zweifelhaft sein. Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt namentlich vor, wenn der Erklärende nach seinem wirklichen Willen das Rechtsgeschäft überhaupt mit einer andern Person als mit dem Erklärungsgegner hat abschließen wollen (error in persona), oder wenn er einen andern Gegenstand im Auge gehabt hat (error in objecto, Identitätsirrtum), oder wenn er endlich eine andere juristische Geschäftsform gewollt hat (error in negotio, nicht Kauf, sondern Miete). Notwendige Voraussetzung für das Vorhandensein eines Irrtums über den Inhalt der Erklärung ist im übrigen stets, daß eine Erklärung, die eben mit dem wirklichen Willen in Widerspruch stehen soll, überhaupt abgegeben worden und auch zum Bestandteile des Rechtsgeschäfts geworden ist (RG 88, 284; 89, 33; Warn 1919 Nr 188).

Einzelne **Fälle von Irrtum im Gegenstande**: Verkauft jemand eine Sache, die er aus Irrtum über den Stoff für minderwertig hält, während sie aus einem erheblich wertvolleren Stoffe bestand, für einen entsprechend zu niedrigen Preis, dann hat seine unrichtige Vorstellung möglicherweise zwar zur Folge, daß er das Geschäft für günstig ansieht und es deshalb abschließt; aber sein Irrtum betrifft anderseits auch unmittelbar den zum Kaufe angestellten Gegenstand selbst und hat deshalb zur Folge, daß der Erklärende etwas anderes, nämlich etwas Minderwertigeres zu verkaufen glaubte, als in Wirklichkeit der Fall war. Übernimmt jemand die Bürgschaft für eine Schuld, von der er irrigerweise annimmt, sie sei durch ein Sachpfand gedeckt, dann ist sein Irrtum nicht nur dafür entscheidend, daß er sich über das Maß seiner wirtschaftlichen Gefährdung täuscht; vielmehr betrifft er auch den sachlichen Gegenstand der Erklärung selbst insofern, als der Erklärende meint, Bürgschaft für eine anders geartete, nämlich nicht für eine ungesicherte, sondern für eine gesicherte fremde Schuld zu leisten (RG 75, 271). Irrtum über den Inhalt der Erklärung liegt daher auch dann vor, wenn der Verkäufer einen zu niedrigen Preis fordert, weil er nicht weiß, daß die Kaufsache, die beschädigt gewesen war, „inzwischen auf seine Kosten wiederhergestellt worden ist" (RG JW 04, 112[5]); oder wenn der Käufer einer Wassermühle irrtümlich annimmt, daß die Wasserkraft der Mühle zugehört, während sie nur widerruflich gestattet ist (RG Warn 1912 Nr 240); oder wenn der Käufer eines Grundstücks sich über dessen Grenzen irrt (RG Warn 1912 Nr 365); ferner, wenn der Verkäufer nicht den ganzen im Vertrage bezeichneten Gegenstand, sondern nur ein Minderes verkaufen wollte (RG 26. 5. 10 V 577/09); wenn jemand nach seiner Erklärung ein umfangreicheres Vorrecht bewilligt, als er beabsichtigt hatte (RG 14. 2. 12 V 328/11); wenn der Käufer sich mehr zu kaufen vorgestellt hat, als den abgegebenen Erklärungen entspricht (RG Warn 1914 Nr 271); oder wenn der Erwerber eines Rechts gemäß § 398 über dessen Inhalt sich geirrt hat (RG 95, 115). In RG 62, 204 ist Irrtum über den Inhalt der Erklärung auch in einem Falle angenommen worden, wo ein Konkursverwalter sich für die Erfüllung des gesamten Teillieferungsvertrags infolge des Irrtums erklärte, daß die vom Gemeinschuldner bisher empfangenen Raten sämtlich bereits berichtigt seien. Diese

Entscheidung ist bedenklich. Denn der Irrtum des Konkursverwalters betraf lediglich Umstände aus der Vergangenheit, die außerhalb des Rahmens seiner Erklärung lagen, und seine falsche Vorstellung war daher für seine Entschließung lediglich deshalb entscheidend, weil er infolge ihrer seine Erklärung als für die Konkursmasse ersprießlich erachtete. Fordert ein Konkursverwalter nach § 17 KO Erfüllung des ganzen Teillieferungsvertrags in dem irrigen Glauben, daß der gesamte Vertrag noch nicht erfüllt sei, während der Gemeinschuldner einen Teil der Lieferungen bereits empfangen, aber noch nicht bezahlt hatte, dann liegt auch ein beachtlicher Irrtum insofern vor, als der Konkursverwalter nicht wußte, daß er die bereits gewährten Lieferungen noch zu bezahlen habe und mithin sein Irrtum die objektive Sachlage betraf (RG 85, 223). Bei dem Verkaufe von Wertpapieren kann der Irrtum über ihren Börsenkurs einen Irrtum über den Erklärungsinhalt darstellen (RG 97, 138). — **Verneint** ist ein Irrtum über den Erklärungsinhalt und vielmehr Irrtum über den Beweggrund angenommen worden, wenn der Irrtum die Angemessenheit der eigenen Leistung gegenüber der Gegenleistung betraf (RG JW 1917, 214[1]); ferner wenn der Gläubiger die ihm vom Schuldner bestellte Sicherheit in der irrigen Annahme freigibt, daß die Schuld bereits getilgt sei (RG Warn 1918 Nr 24). Ein Irrtum des Bevollmächtigten über den ihm erteilten Auftrag berechtigt niemals zur Anfechtung der vom Bevollmächtigten infolge jenes Irrtums abgegebenen Willenserklärung (RG 82, 193; Gruch 49, 1049). Über die Anfechtbarkeit einer Urkunde vgl. Anm. 2.

4. **Irrtum in der Erklärungshandlung** (JW 06, 10[4]). Er liegt vor, wenn sich der Erklärende im Ausdrucke vergriffen (RG 66, 429), oder wenn er mit dem gewählten Ausdrucke, etwa weil er der Sprache nicht genügend kundig war (RG JW 07, 506[3]), oder von der Ausdehnung eines gesetzlichen Begriffs („gesetzliche Erben") eine falsche Vorstellung hatte (RG 70, 394), einen andern Sinn, als sonst geschieht, verbunden hat (§ 133 A 1). Regelmäßig darf sich also der Erklärende des Erklärungsmangels nicht bewußt gewesen sein (RG JW 09, 214[1]; RG 77, 309; vgl. auch Gruch 55, 104). Als Grundsatz gilt, daß, wer eine Erklärung abgibt damit rechnen muß, daß sie ihrem Wortlaute gemäß, jedenfalls aber nicht in Widerspruch mit ihm verstanden wird (RG 68, 128). Mangels eines Vorbehalts stimmt er einer solchen Auslegung zu (RG JW 1911, 90[8]). Das Nähere §§ 157 A 3 und 155 A 2. Das Ergebnis des bezeichneten Irrtums muß sein, daß als Wille des Irrenden etwas anderes kundgetan ist, als das, was er hat kundtun wollen, und darunter gehören alle Fälle, in denen (insbesondere infolge Versprechens oder Verschreibens) mit der Erklärung ein anderer Sinn verbunden wird, als dem gewählten Ausdrucke zukommt (RG JW 03, 120[265]). Über die Unschädlichkeit einer beiderseits gewählten bloßen falschen Bezeichnung vgl. A 1. — Auch hier ist im übrigen zu beachten, daß für die Anwendbarkeit des Gesetzes immer Voraussetzung ist, daß überhaupt eine rechtsgeschäftliche Erklärung hat abgegeben werden sollen.

5. Beim **Irrtume über die Eigenschaften der Person oder Sache** handelt es sich im Grunde ebenfalls nur um einen Irrtum über die Person oder die Sache überhaupt, nur daß gegebenenfalls die Person oder die Sache nicht in ihrer Gesamtheit, sondern lediglich in Hinsicht auf ihre Eigenschaften für den Irrtum in Betracht kommt, insofern nämlich, als unter Eigenschaften die nach der Auffassung des Verkehrs geltenden wesentlichen Unterscheidungsmerkmale oder auch solche Merkmale zu verstehen sind, denen für den wirtschaftlichen Erfolg des Geschäfts eine wesentliche Bedeutung beizumessen ist (objektiver Maßstab). „Wesentlich" sind aber nicht bloß solche Eigenschaften, durch deren Vorhandensein oder Fehlen die Sache zu einer andern wird (RG Warn 1910 Nr 53). Als Eigenschaft kommen vielmehr nicht nur die der Person oder der Sache unmittelbar eigentümlichen Merkmale in Betracht, nach feststehendem Grundsatze vielmehr auch solche tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, welche infolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung in allen oder doch gewissen Rechtsbeziehungen zu üben pflegen (RG 21, 311; 52, 2; 59, 243; 61, 85; 64, 269; JW 1912, 26[7]; Warn 09 Nr 383). Notwendiges Erfordernis ist dabei nur, daß auch das vorausgesetzte Verhältnis die Person oder die Sache unmittelbar trifft (RG 59, 243; 64, 269; Warn 09 Nr 134). Um eine Grundstückseigenschaft handelt es sich daher nicht, wenn eine Gerechtigkeit (Flößereirecht) mitverkauft ist und nur diese (Bestandteil gemäß § 96) einen Mangel enthält; hier kommt vielmehr § 434 in Frage (RG 4. 7. 14 V 91/14). Jedenfalls muß es sich auch um bereits bestehende und nicht erst künftig etwa zur Entstehung gelangende Verhältnisse handeln, hinsichtlich deren eine Haftung nur in Form eines Garantievertrags übernommen werden kann (RG 52, 431; Warn 1911 Nr 172). Ferner muß beim Tatbestande des § 119 Abs 2 ein Sachverhalt vorliegen, wie er als typisch im Verkehr mehr oder weniger häufig vorkommt; daher handelt es sich beispielsweise auch nicht um Eigenschaften eines Gesellschaftsanteils, wenn lediglich rechtliche und geschäftliche Beziehungen der Gesellschaft zu Dritten in Frage stehen (RG 94, 278). Daher können auch Verhältnisse, die nur die Belastungen eines Grundstücks betreffen, nicht eine Eigenschaft des Grundstücks selbst darstellen (RG 27. 4. 18 V 368/17). Endlich aber können Verhältnisse der bezeichneten Art überhaupt nur dann als Eigenschaften beachtlich sein, wenn sie dem andern Teile erkennbar als wesentlich dem Vertragsschlusse zugrunde gelegt wurden (Warn 1914

Nr 271), ohne daß jedoch eine Zusicherung gemäß § 463 vorzuliegen braucht (**RG** 64, 269; Warn 1912 Nr 55). Andernfalls läge nur ein Irrtum im Beweggrunde vor; denn an sich sind Verkehrswert, Marktpreis, Einkaufspreis kein tatsächliches oder rechtliches Verhältnis der Sache, sondern nur Voraussetzungen für die Schätzung (**RG** a. a. O. und Gruch 1912, 582, betreffend Taxen). Ob der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage so oder anders gehandelt hätte, ist im übrigen auch im Falle des Abs 2 nach dem Grundsatze A 2a (subjektives Erfordernis) zu beurteilen (**RG** JW 1912, 26[7]).

Zweifelhaft ist, was unter **Sache in Abs. 2** zu verstehen ist. Nach dem Urteile des 5. ZS **RG** Warn 09 Nr 134 und JW 1912, 742[4], sowie des 6. ZS **RG** 73, 136 hätte Abs 2 nur die körperliche Sache im Auge (§ 90). Will man damit aber bei Vertragsgegenständen anderer Art die Bestimmung des Abs 2 für überhaupt unanwendbar erklären, so bestände im Gesetz unfraglich eine wesentliche Lücke. Denn unanwendbar wäre die im Interesse des Verkehrs gegebene Vorschrift des Abs 2 überall, wo der Vertragsgegenstand etwas anderes ist, als eine körperliche Sache, insbesondere mithin bei Rechten und Forderungen sowie bei sonstigen veräußerlichen Vermögensgütern (Kundenkreis, Erfindungsrecht, Geschäftsgeheimnis). Von einer Lücke im angegebenen Sinne könnte allerdings dann nicht geredet werden, wennschon der Begriff Eigenschaft bei Gegenständen der bezeichneten Art nicht anwendbar wäre und hier der § 119 Abs 2 daher schon aus diesem Grunde nicht Platz greifen würde. Für eine solche Auffassung besteht jedoch kein Raum, nachdem man sich entschlossen hat, den Begriff Eigenschaft in der zuvor angegebenen Weise auch auf tatsächliche und rechtliche Verhältnisse zu beziehen und daher auch eine Forderung oder ein Recht eine Eigenschaft haben kann. Die Entstehungsgeschichte des Abs 2 spricht nun an sich dafür, daß der Ausdruck „Sache" in Abs 2 nur gleichbedeutend ist mit „Erklärungsgegenstand" (vgl. Prot 1, 114). Daß anderseits bei § 459 die engere Auslegung des Ausdrucks „Sache" zutrifft, hat seinen Grund lediglich darin, daß das Gesetz betreffs der Gewährleistung die Fälle, in denen Vertragsgegenstand eine Sache oder aber Rechte oder Forderungen sind, ausdrücklich voneinander scheidet (§§ 443, 459). Bei § 119 ist indessen eine solche Scheidung jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehen. Nach allem scheint es daher richtig, den Begriff Sache in Abs 2 in dem hier befürworteten weiteren Sinne zu verstehen (wie dies bei § 433 Abs 1 geschieht; vgl. dort A 2), mindestens aber eine entsprechende Anwendung der Bestimmung bei sonstigen Gegenständen der zu vorbezeichneten Art für zulässig zu erklären. Es ist in der Tat nicht einzusehen, weshalb derjenige, der ein Recht, etwa eine Hypothek kauft, hinsichtlich des Anfechtungsrechts schlechter gestellt sein soll als derjenige, der eine Sache kauft, zumal er auch schon des Wandlungsrechts aus § 459 ermangelt! Daß der Verkehr eine unterschiedliche Behandlung fordere, ist nicht zuzugeben. Um die Anwendung des § 119 Abs 2 auch in einem Falle zu ermöglichen, bei dem es sich um den Kauf einer Hypothek handelte und der Käufer sich über die Güte der Hypothek geirrt hatte, ist in **RG** JW 09, 655[4] angenommen worden: „da der Erwerb der Hypothek nach Absicht beider Parteien nur als Mittel zum Erwerbe des Grundstücks selbst habe dienen sollen, so stelle dieser Zweck den eigentlichen Gegenstand der Erklärung dar, und daher sei auch der Irrtum des Käufers über die Eigenschaften des Grundstücks gemäß § 119 Abs 2 beachtlich". Und ähnlich spricht das Urteil des 2. ZS Warn 1911 Nr 315 aus, daß „wenn der Irrtum Eigenschaften einer Sache betreffe, die zwar nicht unmittelbar, aber mittelbar den Vertragsgegenstand darstelle (der Anfechtende hatte das Recht aus dem Meistgebote gekauft, um das Grundstück zu erwerben), alsdann unter Umständen der § 119 Abs 2 auch hier anwendbar sei". Diese Anschauungsweise erscheint indessen nicht zulässig. Den Gegenstand der Erklärung bildete in beiden erwähnten Fällen nur der Kauf der Hypothek oder des Rechtes aus dem Meistgebote; der bloße dahinterliegende wirtschaftliche Zweck, das Grundstück demnächst zu erwerben, konnte dagegen schwerlich als Gegenstand der Erklärung angesehen werden, zumal in den gedachten Fällen der Veräußerer der Hypothek oder des Rechtes überhaupt nicht zugleich als Veräußerer des Grundstücks in Betracht kam. Wenn sich daher der Käufer der Hypothek oder des Rechtes aus dem Meistgebote über Eigenschaften des Grundstücks, das er demnächst erwerben wollte, in Irrtum befand, dann betraf dieser Irrtum in keiner Weise die Eigenschaften des Gegenstandes seiner Erklärung; vielmehr ergab sich nur, daß der Käufer mittels des vorgenommenen Geschäfts demnächst nicht das erreichen konnte, was er sich als erreichbar irrtümlich vorgestellt hatte, nämlich ein Grundstück von der vorausgesetzten Beschaffenheit an sich zu bringen. Sein Irrtum hatte danach aber nur die weiteren, mittelbaren Folgen betroffen (als Irrtum im Beweggrunde, Gruch 48, 893), und daher könnte auch niemals der Abs 2, sondern allerhöchstens — indessen auch dies nur bei sehr großer Nachgiebigkeit (**RG** Gruch 48, 893) — der Abs 1 des § 119 in Frage kommen. Die in den beiden angezogenen Urteilen gewählte Konstruktion beweist nur, wie man dem gegebenen Bedürfnisse dann nicht gerecht werden kann, wenn man sich nicht dazu entschließt, auch bei Rechten die Anwendbarkeit des Abs 2 zuzugestehen. Unmöglich ist im übrigen auch die Vorstellung, als könnten die Eigenschaften eines Grundstücks wenigstens mittelbar als Eigenschaften auch der Hypothek in Betracht kommen, da die Eigenschaft begrifflich not-

wendig etwas dem betreffenden Gegenstande unmittelbar Anhaftendes darstellen muß. So hat es der 1. ZS im Urteile JW 1914, 679[2] auch bereits als selbstverständlich angesehen, daß § 119 Abs 2 auch bei Rechten und sonstigen Lebensgütern Anwendung findet.

In Gemäßheit der zu Anfang erörterten Grundsätze sind als **Eigenschaft der Person** auch angesehen ihre Vermögensfähigkeit bei Kreditgeschäften (RG 66, 387; JW 1912, 26[7], betreffend Zahlungsunfähigkeit in solchem Grade, daß ein verständiger Mann den Kaufvertrag mit der Persönlichkeit nicht abgeschlossen haben würde), die Überschuldung eines Geschäftsführers (RG JW 05, 365[1]). Bei Abschluß eines Bürgschaftsvertrags insbesondere wird der Gläubiger regelmäßig von der Zahlungsfähigkeit des Bürgen ausgehen und anderseits der Bürge sich als zahlungsfähig ausgeben (RG Warn 1915 Nr 198). Erforderlich ist im übrigen nicht, daß der Irrtum die Person des Erklärenden oder des Erklärungsempfängers betrifft; es kann vielmehr auch ein Irrtum über die Eigenschaft einer dritten, für den Inhalt und Zweck des Rechtsgeschäfts bedeutsamen Person erheblich sein, so bei dem Bürgschaftsversprechen der Irrtum des Bürgen über wesentliche Eigenschaften des Hauptschuldners (RG JW 06, 131[2]; Gruch 52, 925). Denn zu den Worten „der Person" ist wie bei den „der Sache" in § 119 Abs 2 eben nur zu ergänzen: „um die es sich nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts gehandelt hat", nicht aber: „mit der das Rechtsgeschäft abgeschlossen worden ist"; gegen eine solche Ergänzung spricht schon, daß der Irrtum über Eigenschaften der Person dem Irrtum über Eigenschaften der Sache vom Gesetze gleichgestellt worden ist. Beachtlich ist auch der Irrtum der Braut über den Vermögensbesitz des Bräutigams (RG 61, 86). Bei Verträgen, nach denen die Leistung vom Vertragsgegner in Person oder doch unter seiner persönlichen Verantwortlichkeit gefordert ist, können die Sachkunde und die persönliche Vertrauenswürdigkeit des Verpflichteten eine wesentliche Rolle spielen (RG 62, 284), so insbesondere bei Abschluß eines Gesellschaftsvertrags (RG 2. 10. 07 I 586/06); ferner das Vorleben eines Chefarztes bei dessen Anstellung (RG Warn 09 Nr 2). Dagegen gehört der Kauf im allgemeinen nicht zu denjenigen Verträgen, die ein persönliches Vertrauensverhältnis voraussetzen (RG Gruch 55, 629). Bei einem Pachtvertrage kann nicht die etwaige Vorbestrafung des Pächters allein entscheidend sein; es ist vielmehr nach der ganzen Persönlichkeit des Pächters zu prüfen, ob sie Gewähr für die Erfüllung der Pflichten bietet (RG JW 1912, 25[5]). Insbesondere kann bei Geschäften aller Art, die auf eine längere Folgezeit einwirken sollen, die Zuverlässigkeit des Verpflichteten eine wesentliche Rolle spielen, insofern von ihr die vertragstreue Erfüllung abhängt (RG 90, 342). Irrtum über den Gesundheitszustand bei der Invalidenversicherung begründet für die Versicherungsgesellschaft kein Anfechtungsrecht (RG Gruch 50, 643). Im allgemeinen ist im übrigen zu sagen, daß bei einer Sachleistung die Person des Verpflichteten in der Regel keine entscheidende Rolle spielt. Unzulässig ist es daher auch, einen Irrtum über die Leistungsfähigkeit eines Unternehmers, der sich überdies als Irrtum erst durch die mangelhafte Art der Erfüllung herausgestellt hat, als Anfechtungsgrund zu benutzen (RG JW 06, 131; Warn 08 Nr 590).

Als Eigenschaften einer Sache kommen in erster Linie in Betracht: der Stoff und die Herkunft (Echtheit). In weiterem Sinne sind als Eigenschaften auch anerkannt die Bebaubarkeit eines Grundstücks (RG 61, 86; vgl. auch die dort weiter aufgeführten Fälle) und auch die vom Vorhandensein der polizeilichen und ortsstatutarischen Bedingungen abhängige Bauweise eines sonst bebauungsfähigen Grundstücks (RG Warn 1911 Nr 172 u. 1912 Nr 65; ferner RG 11. 5. 18 V 31/18, wonach die Entscheidung in RG 52, 431 aufgegeben ist); ferner die Ertragsfähigkeit eines Grundstücks sowie dessen Belastung mit öffentlichen Lasten oder die Unkosten eines Hauses (RG 49, 422; 64, 268; 66, 389; JW 1914, 74[6]), sodann unter Umständen die Lage eines Grundstücks (RG Warn 1911 Nr 368; 1912 Nr 205, betreffend die Lage eines Grundstücks am See und die Zusicherung, daß zu ihm das Ufer- und Seerecht gehöre); weiter die Tauglichkeit eines Grundstücks zu einem Gewerbebetriebe (RG JW 1911, 640[2]), wobei auch gewerbepolizeiliche Beanstandungen (im Interesse der Betriebssicherheit oder der Gesundheit) einen Mangel begründen können (RG 7. 10. 11 V 113/11); bei einem Erwerbsgeschäft dessen Kundenkreis oder der Jahresumsatz (RG Warn 09 Nr 383), bei einer Wassermühle die Wasserkraft (RG SeuffA 07 Nr 246); bei einem Hause dessen Benutzung als Schlupfwinkel für ein unsittliches Treiben (RG 2. 5. 06 V 458/05), bei Kuxen die Freiheit von Zubußen (RG Warn 08 Nr 592); bei einem Grundstücke der Irrtum, daß es von Baubeschränkungen oder Straßenbaukosten frei sei (RG Warn 1912 Nr 346). — Der Wert einer Sache selbst bildet keine Eigenschaft (RG JW 1912, 525[1]), wohl aber sind es in gewissem Umfange die für ihn in Betracht kommenden Umstände (RG 59, 242 zu § 459), die sog. wertbildenden Faktoren (RG 52, 2; 59, 242; 61, 86 u. 54, 222 sowie RG JW 1911, 212[6], betreffend [öffentliche] Feuerversicherungsabschätzungen); nicht aber die Ertragshöhe eines Jahres (JW 1912, 25[5]) oder der Selbstkostenpreis (RG JW 1910, 934[4]; Warn 09 Nr 309; Gruch 58, 827). Die Ertragshöhe kann aber eine Eigenschaft bedeuten, wenn sie für mehrere Perioden angegeben wird, so daß sie einen Maßstab für die Beurteilung der Art des Umfangs und des Wertes der Kaufsache abgibt (RG JW 1915, 1117[2]), und dabei auf eine gewisse Dauer

der Ertragsfähigkeit zu rechnen ist (RG 11. 11. 16 V 276/15). Die Zusicherung, daß ein Grundstück mietfrei sei, betrifft nicht eine Eigenschaft des Grundstücks, während der Umstand, daß das verkaufte Haus vermietet ist, einen Mangel im Rechte darstellt (RG Warn 1917 Nr 100). Die Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft erfordert nicht, daß der Irrtum dem andern Teile erkennbar geworden ist (RG SeuffA 68 Nr 2). Aber der Irrtum über die künftige Herstellung eines gekauften, abzubauenden Grundstücksteils (seine Bebaubarkeit) ist nur dann zu berücksichtigen, wenn über jene Eigenschaft verhandelt wurde (RG Warn 1912 Nr 557). Die Zusicherung, daß für ein Geschäft gewisse Bezugsquellen gegeben seien, betrifft keine Eigenschaft des Geschäfts (RG SeuffA 67 Nr 219). Beim Verkaufe eines Fabrikgeheimnisses stellt die Geheimheit des Verfahrens eine für den Verkehr wesentliche Eigenschaft dar (RG Gruch 58, 949). Die Zusicherung der Unkündbarkeit einer Hypothek enthält **nicht** die Zusage einer **Eigenschaft** des Grundstücks (RG Warn 09 Nr 134; vgl. auch RG 30, 288), wohl aber die der Hypothek. Der Irrtum über die Sicherheit einer Hypothek ist ebenfalls kein Irrtum über die Eigenschaften des Grundstücks (RG 59, 242; Warn 1912 Nr 287). Die Erklärung, daß der Eigentümer ein pünktlicher Zahler sei, enthält keine Zusicherung einer Eigenschaft der Hypothek (RG Warn 1912 Nr 73), wohl aber die Zusicherung, daß die Mieter zahlungsfähig seien (RG Gruch 1912, 932). Die verabredeten Zahlungsbedingungen betreffen nicht die Hypothek unmittelbar. Anderseits ist bei der Zusicherung, daß eine Hypothek „gut sei", die Zusage einer Eigenschaft der Hypothek angenommen (RG Gruch 48, 343; Warn 1914 Nr 49). Hier handelt es sich unmittelbar um die Beschaffenheit der Hypothek selbst, wobei davon auszugehen ist, daß für die Güte einer Hypothek allein der allgemeine Verkaufswert eines Grundstücks maßgebend ist (RG JW 1912, 536[15]). Wegen Fehlens des Erfordernisses der Unmittelbarkeit kann auch ein Irrtum über die Beschaffenheit eines Bergwerks beim Ankaufe von Kuxen nicht in Betracht kommen (RG Gruch 48, 100; JW 06, 378[5]). Ebensowenig beim Ankaufe einer Wirtschaft der Irrtum über bloß persönliche Konzessionen. Auch die Fehlerfreiheit ist keine verkehrswesentliche Eigenschaft (aber Haftung nach § 459). Besteht die betreffende Sache überhaupt nicht, dann kann auch von einem Irrtum über die Eigenschaften der Sache keine Rede sein (RG JW 1910, 613[2] — zum Teil abgedruckt RG 73, 210 —, betreffend rechtlich nicht bestehende Kuxe).

6. **Über die Anfechtungserklärung** vgl. § 143, über ihre Wirkung § 142, über die Anfechtungsfrist § 121. Die Anfechtung wegen Arglist schließt zugleich die wegen Irrtums derart in sich, daß die Anfechtung aus § 119 noch nachträglich ohne Klageänderung geltend gemacht werden kann (RG 57, 358; Warn 08 Nr 278; 1915 Nr 197). Jedoch darf das Gericht die letztere Anfechtung nicht ohne Antrag berücksichtigen (RG 27. 9. 19 V 153/19; im Hinblick auf § 122). Vgl. § 121 A 1. Grundsätzlich ist Voraussetzung für die Anfechtung wegen Irrtums, daß die Leistung noch nicht ganz oder zum Teil bewirkt worden ist; denn in solchen Fällen greifen die Bestimmungen über die Folgen von der vertragswidrigen Erfüllung Platz (RG 62, 285). **Berechtigt** zur Anfechtung ist immer nur der Erklärende, der sich geirrt hat; dagegen nicht auch sein etwaiger Vertragsgenosse oder der Vertragsgegner (RG JW 05, 111[3]). Vgl. auch A 1 und das dort angezogene Urteil RG Warn 08 Nr 276. Wenn **mehrere zur Anfechtung** eines gemeinschaftlichen Geschäfts **berechtigt** sind, kann jeder einzelne von ihnen das Recht zu seinen Gunsten ausüben (RG 56, 424).

Die **Beweislast** hat der den Irrtum Behauptende. Er muß insbesondere auch darlegen, wie er bei richtiger Kenntnis der Sachlage anders gehandelt haben würde. Indizienbeweis ist zulässig (RG JW 05, 525[1]). Die Behauptung jedoch, daß der Anfechtende gegebenenfalls anders gehandelt haben würde, kann überhaupt nicht Gegenstand eines Beweises sein; über sie kann vielmehr, wie über die Frage des ursächlichen Zusammenhangs überhaupt, nur das richterliche Ermessen entscheiden. Der Richter darf sich aber nicht auf eine wortwidrige Auslegung der Erklärung stützen (RG 27. 11. 07 V 127/07). Der **ursächliche Zusammenhang** ist als gegeben anzusehen, wenn anzunehmen, daß der Erklärende bei Kenntnis der richtigen Sachlage die Erklärung nicht abgegeben haben würde (RG Warn 08 Nr 196). Der bloße Irrtum über künftige Ereignisse kann jedoch hierbei nicht ins Gewicht fallen, weil er nur die Erwartungen und daher nur den Beweggrund betrifft (RG Gruch 49, 893).

7. Über die Anfechtbarkeit von **prozessualen Rechtshandlungen** vgl. Vorbem 8 vor § 104 Irrt sich der Bevollmächtigte bei der Abgabe einer Willenserklärung für seinen Vollmachtgeber über dessen wahre Willensmeinung, so begründet das nicht die Anfechtbarkeit der Erklärung (RG Gruch 49, 1049). Vgl. auch § 166 A 2.

Willensfehler im Sinne der §§ 119, 123 können auch die Rechtsbeständigkeit von **Staatsakten**, durch die Staatsbeamte angestellt werden, beeinflussen; über die entsprechende Anwendbarkeit der die Anfechtung regelnden Bestimmungen des bürgerlichen Rechtes vgl. RG 83, 429, einen preußischen Fall betreffend.

Ausgeschlossen ist die Anfechtung wegen Irrtums unter folgenden Umständen: Zunächst wenn der Erklärende irrtümlich zwar eine unzutreffende Erklärung abgegeben, ander-

seits aber mit der Erklärung das wirklich beabsichtigte Geschäft hat abschließen wollen und der Gegner das erkannt hat; denn unter diesen Umständen muß das wirklich beabsichtigte Geschäft als abgeschlossen gelten, und auf den entgegengesetzten *stillen Vorbehalt des Gegners* (§ 116) ist nichts zu geben (RG 66, 429; JW 07, 825[1]); denn ein Widerspruch zwischen dem wirklichen Willen und dem erklärten Willen ist unter solchen Umständen nicht anzunehmen (RG 66, 429). Ein bloßer Irrtum über das künftige Verhalten des Vertragsgegners berechtigt niemals zur Anfechtung (RG Warn 08 Nr 590). Ausgeschlossen ist *ferner* nach der (an sich freilich bedenklichen) Ansicht (s. weiter unten) des Reichsgerichts die Anfechtung aus § 119 Abs 2, *wenn das Wandlungsrecht* aus den §§ 459, 462 *Platz greift*; eine in der Wissenschaft viel umstrittene Frage. „Es sollte durch diese Bestimmungen zur Verkehrssicherheit für eine glatte Abwicklung der Kaufgeschäfte in kurzer Frist vorgesorgt werden, und dazu hat das Gesetz die bezeichneten Fälle in den Grundsätzen von der Gewährleistung erschöpfend geregelt." Daher kann nach jener Ansicht auch dann, wenn das Wandlungsrecht bereits verjährt ist, nicht mehr auf die Anfechtung zurückgegangen werden (RG 61, 171ff.; 62, 285; 70, 429; Gruch 54 S. 135, 141; LZ 96, 1010[3]). Wohl aber dann, wenn der Fehler schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war, ein Wandlungsanspruch anderseits aber noch nicht bestand, weil die Sache noch nicht übergeben war (RG 53, 73; 66, 333; JW 1911, 539[12]; Gruch 53, 939). Die Annahme des Reichsgerichts, daß die Wandlung vor der Übergabe oder Auflassung überhaupt noch nicht statthaft sei, ist nun allerdings bedenklich (vgl. § 320 A 7). Wollte man aber gerade davon ausgehen, daß die Wandlung grundsätzlich auch bereits vor der Übergabe oder Auflassung zulässig ist, anderseits jedoch dabei verbleiben, daß das Anfechtungsrecht von dem Wandlungsrechte ausgeschlossen wird, dann wäre für die Anfechtung bei Kaufverträgen und ähnlichen Verträgen, sobald es sich um Irrtum über Eigenschaften der Kaufsache handelt, überhaupt noch kaum Raum. Hat nun das Gesetz das Anfechtungsrecht hier wirklich derart beschränken wollen? Es scheint das schwerlich zutreffend. Ist die Sache noch nicht übergeben oder aufgelassen, dann kann die Anfechtung, weil sie nur der einseitigen Erklärung bedarf, unter Umständen doch bequemer zum Ziele führen als die Wandlung (§ 465). Ist aber die Übergabe oder Auflassung bereits erfolgt, dann hat die Anfechtung für den Berechtigten der Wandlung gegenüber immer noch den Vorteil, daß das Anfechtungsrecht auch dann nicht ausgeschlossen zu sein braucht, wenn es bei der Wandlung gemäß §§ 467, 350, 351 der Fall wäre. Jedenfalls stellt sich das Anfechtungsrecht auf der Grundlage des § 119 dem Gesetzeswortlaute nach als ein unbeschränktes dar. Beim Spezieskaufe trifft auch nicht zu, daß von einem Irrtume des Käufers über Eigenschaften der Kaufsache erst im Zeitpunkte der Ablieferung die Rede sein kann, wie es allerdings beim Gattungskaufe der Fall ist (RG 70, 423; JW 1912, 340[4]). Handelt es sich nicht um einen Sachmangel, sondern um einen *Mangel im Recht* (§§ 434, 439 BGB), so sind die Gewährleistungsansprüche der §§ 462 ff. unbedingt nicht gegeben, und daher kann hier neben den Rechten aus §§ 320—327 das Anfechtungsrecht nach § 119 zweifellos bestehen (RG JW 09, 132[3]). In RG 96, 156 ist jedenfalls bereits durchaus zutreffend angenommen worden, daß die Anfechtung aus § 123 durch das Vorhandensein eines Wandlungsanspruchs nicht ausgeschlossen wird. — Beseitigt der **vertragsmäßige Ausschluß der Gewährleistung** für Mängel in entsprechendem Umfange auch das Anfechtungsrecht wegen Irrtums? Bejaht in RG JW 05, 79[16]. Vgl. dagegen auch RG JW 09, 655[4], wo zutreffend ausgeführt ist, daß die Anfechtbarkeit wegen Irrtums über eine Eigenschaft im Sinne des § 459 nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Käufer auf das Recht der Gewährleistung wegen Sachmängel verzichtet. Denn das Anfechtungsrecht hat mit der Frage der „Haftung" nichts zu tun. Die Frage, ob der Verzicht auf die Gewährleistung auch das Anfechtungsrecht wegen Irrtums beseitigt und ob es nach Absicht der Beteiligten beseitigt sein soll, wird sich nur von Fall zu Fall auslegungsweise beantworten lassen. — Auch **Vergleiche** sind an sich anfechtbar; jedoch dann nicht, wenn der Irrtum der einen Partei einen Punkt betraf, der gerade vergleichsweise geregelt werden sollte und die Partei in dieser Hinsicht von einer falschen Auffassung ausgegangen ist; die Zulassung der Anfechtung würde gegebenenfalls mit dem Wesen und der Bedeutung des Vergleichs unvereinbar sein (RG Warn 1916 Nr 272; 1918 Nr 140). — Unzulässig ist die Anfechtung eines **Versicherungsvertrags** durch den Versicherer, wenn sein Irrtum einen Umstand betraf, an den durch Gesetz oder Vertrag die Verwirkungsfolge geknüpft ist, falls sich der Versicherungsnehmer der Verwirkungseinrede des Versicherers gegenüber entschuldigen kann (§ 157 A 3), weil er dieses Vorteils im Falle der Anfechtung des Vertrags durch den Versicherer verlustig gehen würde (RG SeuffA 65 Nr 191). Die Rücksichtnahme auf die Sicherheit des Verkehrs verlangt es endlich, die Anfechtbarkeit des **Beitritts zu einer Genossenschaft**, die Zeichnung von Aktien oder die Einzahlung von Stammeinlagen bei Gesellschaften m. b. H. zu versagen (RG 57, 292), und die etwa erfolgte Anfechtung kann auch nicht dadurch wirksam werden, daß sie vom Vorstande als berechtigt anerkannt wird (RG 68, 347). — Fordert der Verkäufer nur das, was der Käufer nur geboten haben will, dann hat der letztere kein Interesse an der Anfechtung (RG 1. 5. 06 II 466/05).

§ 120

Eine Willenserklärung, welche durch die zur Übermittelung verwendete Person oder Anstalt unrichtig übermittelt worden ist, kann unter der gleichen Voraussetzung angefochten werden wie nach § 119 eine irrtümlich abgegebene Willenserklärung[1] [2].

E I 101 II 95; M 1 202 ff.; P 1 116 ff.

1. **Irrtum bei Übermittlung von Willenserklärungen.** Der § 120 beruht auf der Voraussetzung, daß sich der eine Teil dem andern gegenüber nicht persönlich, sei es mündlich, sei es schriftlich, sondern durch die Vermittlung eines andern erklärt, und daß dieser andere, nämlich der Bote, die ihm aufgegebene Erklärung unrichtig wiedergibt. Das Ergebnis ist hier mithin eine Nichtübereinstimmung zwischen dem Willen des sich nur mittelbar Erklärenden und dem Inhalte der dem Empfänger zugegangenen Erklärung, und auch diesen Fall will das Gesetz so angesehen wissen, als wäre der Widerstreit zwischen Wille und Erklärung durch einen Irrtum des Geschäftsherrn bei seiner eigenen Erklärungshandlung verursacht worden. Der Fall des § 120 ist daher genau nach Maßgabe des entsprechenden Falles aus § 119 zu behandeln, so daß gegebenenfalls die Erklärung des Boten so zu betrachten ist, als hätte sie der Auftraggeber selbst abgegeben. — Vorauszusetzen ist im übrigen, daß der Übermittler den Auftraggeber nur bei Abgabe der Erklärung vertritt und daß sich die vom Boten abgegebene Erklärung als diejenige des Auftraggebers selbst darstellt, hervorgegangen aus seinem eigenen, zuvor bereits gebildeten Willensentschlusse. Daraus folgt, daß der § 120 niemals dann anwendbar sein kann, wenn der Bote kraft eigenen Willens handelt und daher auch die abgegebene Erklärung nur als seine eigene, nicht aber als die des Auftraggebers erachtet werden darf. Dies trifft einmal dann zu, wenn der Beauftragte, wiewohl er nur zur Übermittlung bestellt war, demnächst dennoch als Vertreter im Willen handelt, weiter aber selbstverständlich auch dann, wenn der Bote anscheinend zwar als solcher auftritt, indessen bewußt eine andere Erklärung abgibt, als diejenige, die er abgeben sollte. Ein Gleiches kann indes nicht auch schon dann gelten, wenn der Bote die ihm aufgetragene Erklärung nur unbewußt, also aus bloßem eigenen Mißverständnisse unrichtig wiedergibt. In diesem Falle muß vielmehr dem Auftraggeber gegenüber der Gesichtspunkt durchgreifen, daß der andere Teil auf die Richtigkeit und Gültigkeit der ihm abgegebenen Erklärung vertrauen konnte (§ 122), und daß anderseits dem Auftraggeber der Irrtum seines Boten als der seines Erklärungsvertreters unmittelbar zuzurechnen ist. Nur muß der Geschäftsgegner bei Entgegennahme der Erklärung diese auch seinerseits für diejenige des Auftraggebers gehalten haben und haben halten können. Das wäre nicht der Fall, wenn er schon aus dem Inhalte der Erklärung erkannt hätte oder wenigstens hätte erkennen können, daß das ihm namens des Auftraggebers Erklärte sich mit dessen Willen nicht decken könne. Vgl. § 119 A 4. Die Annahme, daß die abgegebene Erklärung schlechthin auch schon dann nicht als die des Geschäftsherrn zu erachten sei, wenn nicht bloß Entstellung vorliege, vielmehr eine Erklärung „ganz andern" Inhalts abgegeben sei (beispielsweise anstatt eines Mietangebots ein Kaufantrag oder statt eines Kauf- ein Verkaufsangebot), kann abweichend vom Standpunkte der ersten Auflage und entgegen Planck (A 1a) nicht mehr als richtig anerkannt werden. Sie hat nur den Schein einer inneren Begründetheit für sich und widerspricht dem dargelegten Gesetzesgedanken einer entsprechenden Anwendung des § 119.

Zu scheiden ist die Stellung des bloßen **Übermittlers** von derjenigen des **Stellvertreters.** Während der Bote den Geschäftsherrn lediglich bei Abgabe seiner, des Geschäftsherrn, eigenen Erklärung vertritt, handelt es sich im andern Falle um eine Stellvertretung im Willen und hat umgekehrt die abgegebene Willenserklärung rechtlich gerade als die Erklärung des Stellvertreters zu gelten (er ist selbst der „Kontrahent"), mit der Maßgabe nur, daß die Wirkung des Rechtsgeschäfts sich unmittelbar in der Person des Vertretenen äußern soll und äußert (§§ 164, 179). Demgemäß ist auch die Frage der Anfechtbarkeit einer durch den Vertreter abgegebenen Willenserklärung im § 166 durchaus anders geregelt als im § 120. Die Frage, ob Bote, ob Stellvertreter, kann indessen auch noch in andern Beziehungen von entscheidender Tragweite sein. Da unmittelbar rechtserzeugend (Vorbem 1 vor § 104 u. § 164) bei der Stellvertretung allein der Wille des Vertreters ist, nicht der des Vertretenen, so kommt der durch einen bestellten Stellvertreter (§ 168) abgeschlossene Vertrag selbst dann zustande, wenn der Genannte von den ihm gegebenen Weisungen des Machtgebers — dem Geschäftsgegner unerkennbar (§ 166 A 3 Abs 2) — bewußt abweicht, sofern er sich überhaupt nur innerhalb der Grenzen der nach außen wirksamen Ermächtigung gehalten hat (§ 164 A 1); bei der bloßen Übermittlung im Sinne des § 120 dagegen hat die bewußte Abweichung, wie dargelegt, die Folge, daß die abgegebene Erklärung dem Auftraggeber überhaupt nicht zugerechnet werden kann. Handelt

es sich ferner um einen **formbedürftigen Vertrag** (§ 313), dann wird das Formerfordernis erfüllt, wofern nur der vom Stellvertreter abgeschlossene Vertrag der Form genügt, und es ist auch die Frage, welcher Form der Vertrag bedurfte, im besondern Falle von der Person des Vertreters, nicht aber der des Vertretenen aus zu beurteilen: so braucht, falls eine preußische Landgemeinde sich durch einen bestellten Vertreter verpflichtet, bei Abschluß des Vertrags durch den Vertreter die Form des § 86 der preußischen Landgemeindeordnung nicht gewahrt zu werden (RG JW 1910, 663[32]; 1912, 816[10]). Dem Formerfordernisse des § 313 würde dagegen nicht genügt sein, falls etwa ein bloßer Bote die Vertragserklärungen, wenn auch vor dem Gerichte oder dem Notar, abgäbe (RG Warn 1913 Nr 396; 1918 Nr 71; Gruch 58, 176). Denn dadurch würde der zweckentsprechenden Anforderung des Gesetzes, daß die Vertragschließenden selbst (zu denen auch der Stellvertreter gehört) vor der öffentlichen Urkundsperson unmittelbar verhandeln und abschließen, niemals genügt sein. Die dem Boten formlos aufgetragene und von diesem alsdann abgegebene Erklärung bliebe vielmehr immer eine außergerichtliche (RG Warn 1913 Nr 396). Vgl. § 167 A 2, § 313 A 1 a. E. und A 2 Abs 1 sowie die dort aufgeführten Entscheidungen. — Unterscheidungsmerkmale. Ob gegebenenfalls die Tätigkeit des Erklärenden als bloße Übermittlung oder aber als Stellvertretung aufzufassen ist, wird im wesentlichen davon abhängen, in welcher Weise der Erklärende nach außen aufgetreten ist. Ist jemand nur zum Boten bestellt worden, schließt er demnächst aber den Vertrag äußerlich erkennbar auf Grund eigenen Willensentschlusses ab, dann liegt eine auftragslose Stellvertretung vor (§ 177); gibt dagegen umgekehrt der bestellte Stellvertreter die Erklärungen des Machtgebers ersichtlich nur als dessen Werkzeug ab, dann verrichtet er in Wirklichkeit lediglich Botendienste (vgl. RG 76, 100). Anderseits freilich behält der Bevollmächtigte, der nach außen hin als solcher aufgetreten ist, diese Stellung auch dann, wenn er für angemessen befunden hat, zuvor von seinem Vollmachtgeber dessen Entschließung einzuholen (RG a. a. O.). Vgl. endlich § 179 A 1 Abs 2.

Die **vermittelnde Anstalt** — Telegraphenanstalt, Verkehrsanstalt — muß von dem Erklärenden selbst verwendet sein, mithin in seinem Auftrage gehandelt haben, nicht etwa auf Veranlassung des Erklärungsempfängers. Ob die Übermittlung mündlich, telephonisch, schriftlich oder telegraphisch erfolgt, ist gleichgültig; nur ist erforderlich, daß die Erklärung des Geschäftsherrn wirklich nur übermittelt wird, und daß daher der Übermittler äußerlich als der die Erklärung Abgebende erscheint, so in Form der Zufertigung einer telegraphischen Depesche. Wird dagegen die Urschrift der Erklärung übermittelt, dann kann § 120 nicht Platz greifen; vielmehr handelt es sich hier lediglich um eine Art des Zugänglichmachens der Erklärung im Sinne des § 130. — Ist die Erklärung einem unrichtigen Adressaten übermittelt worden, dann ist im Zweifel ein Rechtsgeschäft überhaupt nicht zustande gekommen. Nur dann wird § 120 anwendbar sein, wenn der Geschäftsherr einen bestimmten Adressaten überhaupt nicht erkennbar bezeichnet hat; alsdann wird er nicht damit gehört werden können, daß er sich sich einen andern Aressat gedacht hat, als den wirklichen Erklärungsempfänger (Planck Anm 3 und Oertmann Anm 5b etwas weitergehend). — Unanwendbar ist endlich § 120, wenn die richtig übermittelte Erklärung von beiden Teilen je in einem veschiedenen Sinne verstanden worden ist und sonach ein Fall mangelnder Willenseinigung vorliegt (RG 68, 9).

Gemäß §§ 22, 23 der TelO vom 9. Juni 1897 haftet die Telegraphenverwaltung nicht für eine unrichtige Übermittlung von Telegrammen.

2. Die **Beweislast** hat der Anfechtungskläger.

§ 121

Die Anfechtung[1]) muß in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat[2]). Die einem Abwesenden gegenüber erfolgte Anfechtung gilt als rechtzeitig erfolgt, wenn die Anfechtungserklärung unverzüglich abgesendet worden ist[3]).

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verstrichen sind[4])[5]).

E II 96; P 1 112 ff.; 6 122 ff., 290 ff.

1. Die **Anfechtung** ist eine formlose, empfangsbedürftige, unwiderrufliche Erklärung, die unzweideutig sein muß (RG JW 03, 107[239]). Sie dient als Mittel, die Willenserklärung zu vernichten, und zwar mit der Wirkung der Nichtigkeit von Anfang an (§ 142). Das Nähere bei § 143. Die Anfechtung wegen Betrugs enthält zugleich die wegen Irrtums (RG 57, 358;

Warn 08 Nr 278); daher keine Klagänderung und gegebenenfalls auch Rechtzeitigkeit der Anfechtung, wenn der Anfechtungsberechtigte demnächst erklärt — was zur Berücksichtigung der Irrtumsanfechtung allerdings notwendig ist (RG Warn 1916 Nr 7) —, daß er jetzt die Anfechtung auch wegen Irrtums geltend machte (RG JW 07, 116[19]; Warn 08 Nr 278; 1915 Nr 197). Man wird die in den angeführten Urteilen ausgesprochenen Anschauungen richtig nur dahin zu verstehen haben, daß die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung zugleich die Behauptung eines Irrtums betreffs derjenigen Tatsache enthält, über die der Anfechtungskläger getäuscht sein will, und daß sonach insoweit in der Anfechtungsklage aus § 123 schon ein Element für die Anfechtung aus § 119 mitenthalten ist. Dagegen wird man nicht annehmen können, daß die erstere Klage wirklich zugleich die letztere Klage in sich schließt. Denn wäre das der Fall, dann müßte der Richter notwendig neben der ersteren Klage zugleich die letztere mit berücksichtigen und wäre für eine nachträgliche noch ausdrückliche Geltendmachung der zweiten eventuell erhobenen Klage gar kein Raum mehr.

2. **„Unverzüglich"** will besagen im Interesse des Anfechtungsgegners ohne schuldhaftes Verzögern (RG 49, 394; 53, 148; 64, 161). Als objektiver Maßstab hierfür gilt ein nach den Umständen zu bemessendes schleuniges Handeln, wobei die Verkehrsanschauung maßgebend ist und zugunsten des Anfechtungsberechtigten auch die besondern Umstände des Falles (z. B. das Erfordernis einer Ratseinholung [RG JW 93 Beil 120]) oder einer längeren Überlegung oder bei Körperschaften einer Beschlußfassung zu berücksichtigen sind. **Schuldhaftes Zögern** kann anderseits auch insofern gegeben sein, als der Anfechtungsberechtigte das Interesse des andern nicht genügend berücksichtigt hat (RG JW 06, 707²). Es liegt überhaupt nicht vor, wenn die Verzögerung auch bei Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§ 276) unabwendbar war (RG 49, 395; 53, 148; 64, 159). Die Frage der Unverzüglichkeit ist eine in der Revisionsinstanz zu prüfende Rechtsfrage (RG 64, 161). — Die Frist beginnt, sobald der Anfechtungsberechtigte **von dem Anfechtungsgrunde**, mithin von den seinen Irrtum ergebenden Umständen, eine **Kenntnis erlangt**, die ihm vernünftigerweise einen die bloße Vermutung ausschließenden sicheren Schluß gewährt und ihn so seines Irrtums sich bewußt werden läßt, da Anfechtungsgrund der Irrtum ist, nicht aber die Tatsache, über die der Anfechtungsberechtigte sich geirrt hat (RG 85, 223). Die Kenntnis vom Anfechtungsgrunde ist jedenfalls so lange ausgeschlossen, als der Anfechtungsberechtigte sich nicht dessen bewußt geworden ist, daß er die irrtümliche Erklärung abgegeben hat (RG a. a. O. S. 224). Bei Anfechtung einer Urkunde (§ 119 Anm 2 Abs 1) muß der Anfechtungsberechtigte erkannt haben, daß sich der Inhalt der Urkunde mit dem irrtümlich angenommenen Inhalte nicht deckt (RG Warn 1918 Nr 25). Der Irrtum muß daher erst aufgedeckt sein, und gegebenenfalls kann der Anfechtungsberechtigte auch erst die Beweisaufnahme abwarten, bevor er die Anfechtung erklärt (RG Warn 08 Nr 116). Aber Kenntnis ist nicht gleich Überzeugung (RG 29. 5. 07 V 508/06), und nur zuverlässige Kenntnis der Umstände, nicht aber volle Überzeugung von deren Richtigkeit wird verlangt (RG JW 1912, 741²). Nichtkennen aus Fahrlässigkeit (§ 276) schadet also nicht, und Zweifel stehen der Kenntnis nicht gleich. Wird der Irrtum erst im Prozesse aufgedeckt, so kann die Anfechtung auch noch im Prozesse erklärt werden (RG 13. 11. 07 V 72/07). Die Bestimmung des Satz 1 greift auch dann Platz, wenn der Anfechtungsgegner den Irrtum des Gegners erkannt hatte, und zwar nachträglich (streitig). Eine Einrede der Arglist kann hier dem Anfechtungsberechtigten nicht zugebilligt werden. Hatte der Anfechtungsgegner die Erklärung des andern schon bei ihrer Abgabe richtig verstanden, dann liegt zur Anfechtung überhaupt kein Grund vor (§ 119 A 1; RG 66, 427; JW 1911, 179²), weil jetzt die Erklärung so zu gelten hat, wie sie gemeint war und auch anderseits verstanden worden ist.

3. Die Anfechtungserklärung **unter Abwesenden wird wirksam** nicht erst mit ihrem Zugange (§ 130), sondern bereits seit ihrer A b s e n d u n g , falls diese unverzüglich geschah, so daß die Gefahr von Verzögerungen während der Beförderung der Anfechtungsgegner trägt.

4. **Ausschlußfrist,** nicht Verjährungsfrist (§ 186 A 1).

5. **Zu beweisen** hat der Anfechtende die Voraussetzungen der Anfechtung, der Gegner alsdann die Nichtrechtzeitigkeit, indem er nachweist, daß der Anfechtende die Kenntnis schon in einem früheren Zeitpunkte, als er angegeben, erhalten hatte (RG JW 04, 196²; Warn 1914 Nr 108), oder aber, daß bis zur Anfechtung 30 Jahre seit Abgabe der Willenserklärung verflossen waren. Für den Fall des Abs 1 Satz 1 bleibt dem Anfechtenden gegebenenfalls der Nachweis mangelnden Verschuldens offen.

§ 122

¹) **Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, anderenfalls jedem Dritten³) den Schaden zu ersetzen, den der andere oder der Dritte dadurch erleidet,**

daß er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat²).

Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen mußte)⁴)⁵).

E I 97 Abs 3, 499 Abs 2, 3, 101, 146; II 97; M 1 194, 200, 202 ff., 281; P 1 98 ff., 116 ff.

1. **Schadensersatzpflicht.** Der § 122 beruht auf der Voraussetzung, daß die Nichtigkeit im Falle des § 118 und die Anfechtbarkeit des Geschäfts im Falle der §§ 119, 120 allein in der Person des Erklärenden ihren Grund haben (im Gegensatze dazu § 117), und hält es daher für billig, dem andern Teile, der infolge der Vornahme des Geschäfts zu Schaden kommt, zur Genugtuung zu verhelfen (§ 119 A 1). Auf ein Verschulden des Anfechtungsberechtigten kommt es hier nicht an; vielmehr genügt die Tatsache, daß er den Schaden des andern veranlaßt hat, und es ist daher der Veranlassungs-, nicht aber der Verschuldungsgrundsatz zur Geltung gebracht (RG 60, 345; 81, 398; 94, 197). Das Gesetz steht hier mithin insbesondere auch nicht auf dem Standpunkte, daß der Erklärende dem Gegner auf das Erfüllungsinteresse aus dem Gesichtspunkte der culpa in contrahendo haftbar sei (RG 62, 315; JW 09, 684⁴). — Im Falle der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung ist § 122 nicht anwendbar (RG 13. 11. 11 V 165/11).

2. Ersetzt wird nur **das negative Interesse.** Der Geschädigte kann deshalb Schadloshaltung (und zwar gemäß § 249) überhaupt nur insoweit verlangen, als seine Vermögenslage gerade durch die von ihm im Vertrauen auf die Gültigkeit der Erklärung getroffenen Maßnahmen verschlechtert worden ist. Innerhalb dieser Grenze kann er freilich nicht minder Ersatz des entgangenen Gewinns als des wirklichen Schadens (§ 252) beanspruchen. Die Forderung darf jedoch ihrem Umfange nach niemals über die Höhe des Erfüllungsinteresses hinausgehen. Das Erfüllungsinteresse selbst kann um deswillen überhaupt nicht in Frage kommen, weil das Geschäft gegebenenfalls mit rückwirkender Kraft nichtig wird und deswegen ein Erfüllungsanspruch an sich ausgeschlossen ist. Wenn der Geschäftsgegner beispielsweise im Vertrauen auf das ihm gemachte Angebot ein anderweitiges Angebot ausschlägt, kann er im Falle der Anfechtung des ersten Angebots zwar alles ersetzt verlangen, was er durch Ablehnung des zweiten Angebots eingebüßt hat (so die Mehrkosten einer anderweiten Eindeckung, RG SeuffA 62 Nr 226), gegebenenfalls einschließlich dessen, was ihm an Gewinn entgangen ist, aber alles das unbedingt nur bis zur Höhe dessen, was er gehabt haben würde, wenn das angefochtene Geschäft zur Erfüllung gekommen wäre, während die Geltendmachung gerade des Erfüllungsinteresses unzulässig ist. Über die Berechnung des negativen Interesses vgl. RG JW 04, 447¹. Als Zeitpunkt für die Berechnung des negativen Interesses ist derjenige Zeitpunkt maßgebend, in welchem der Ersatzberechtigte den Irrtum des Gegners bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können (RG Gruch 57, 907). Danach ist die abstrakte Berechnungsart zulässig. Beispielsweise kann auch der Käufer, der im Vertrauen auf die Gültigkeit des Kaufes den Abschluß anderer Käufe zu der gegebenen Zeit unterlassen hat, den Schaden ersetzt verlangen, der aus der Unterlassung hervorgegangen ist. — Im übrigen kann nach wirksamer Anfechtung wegen bloßen Irrtums nur Rückgabe der Bereicherung verlangt, dagegen ein Schadensersatzanspruch weder aus § 276 noch aus § 823 erhoben werden (vgl. A 1 a. E.). Wohl aber ist es möglich, daß der Geschäftsgegner aus dem Gesichtspunkte des § 307 haftet, falls er nämlich wußte oder wissen mußte, daß der Vertrag auf eine unmögliche Leistung gerichtet war (RG 51, 93).

3. **Ersatzberechtigt** ist nur derjenige, für den die Willenserklärung bestimmt war; daher bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen nur derjenige, an den die Erklärung gerichtet war; bei nicht empfangsbedürftigen dagegen (vgl. Vorbem 1 vor § 116) jeder Dritte, der von der Erklärung in der Folge betroffen wurde, wie z. B. bei der Auslobung oder der Preisgabe.

4. Folgerichtig ist (A 2), daß derjenige **Ersatz zu fordern nicht berechtigt ist,** der seine Maßnahmen ergriffen hat, wiewohl ihm der Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund bekannt war, oder der den Irrtum gar durch sein eigenes Verhalten hervorgerufen hat (RG 81, 395). In der ersteren Hinsicht genügt es, daß der Erklärungsgegner Umstände erfahren hatte, die vernünftigerweise einen Schluß auf die Anfechtbarkeit ergaben (RG JW 1910, 937¹¹), so daß er die Kenntnis bei Anwendung der im Verkehr erfoderlichen Sorgfalt (§ 276) hätte haben müssen. Denn gegebenenfalls liegt der Eintritt der schädlichen Folge an ihm selber, und daher hat er ihn auch selbst zu verantworten. Auch für eine Schuldausgleichung gemäß § 254 ist hier also kein Raum (RG 57, 88).

5. Das Anwendungsgebiet des § 122 ist beschränkt auf die Fälle eines **Vermögensschadens.** Sonderreglung bei Anfechtung einer Ehe wegen Irrtums in den §§ 1345, 1346. — **Beweislast.** Der Ersatzberechtigte hat die Anfechtung und den ihm durch diese ver-

ursachten Schaden (A 2) zu beweisen; der Beklagte den Einwand aus Abs 2 (Kennen oder Kennenmüssen) sowie den ihm vom Gesetze weiter freigelassenen Einwand, daß der geforderte Betrag das Erfüllungsinteresse übersteigt. Dagegen braucht nicht der Ersatzberechtigte zu beweisen, daß der geforderte Betrag über das Erfüllungsinteresse nicht hinausgeht.

§ 123

Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch arglistige Täuschung[2]) oder widerrechtlich durch Drohung[3]) bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten[1]).

Hat ein Dritter[4]) die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen mußte. Soweit ein anderer[4]) als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen mußte[4—6]).

E I 103 II 98; M 1 204 ff.; P 1 118 ff.; 6 128 ff.

1. **Anfechtung wegen Täuschung und Drohung.** Dem unfreien Willen will das Gesetz keine größere Tragweite beimessen als dem unbewußten Scheinwillen (§ 119). Er reicht an sich zwar aus, rechtserzeugend zu wirken, aber wer sich im Zustande der seelischen Unfreiheit entschlossen hat, soll es ebenfalls in der Hand haben, seine Erklärung durch Anfechtung nichtig zu machen. Auf dieser Auffassung beruht der § 123. Gegenstand des Schutzes im Sinne des § 123 ist die Willensfreiheit (RG Warn 1910 Nr 263). Und nur um den Fall der Unfreiheit des Willens, nicht auch den der Unfähigkeit zur Entschließung, handelt es sich hier. Der Gesetzesfall liegt also insbesondere nicht vor, wenn eine solche zwangsweise Einwirkung stattgefunden hat, daß der Betroffene gar nicht in der Lage war, sich entschließen zu können. Alsdann war sein Tun überhaupt nicht das Ergebnis seines Willens; es fehlte ihm vielmehr der Geschäftswille (Suggestion, Hypnose, gewaltsames Führen der Hand bei Herstellung einer Unterschrift). — In Betracht kommen **Willenserklärungen jeder Art** (§ 119 A 1). Verstößt ein Rechtsgeschäft allein wegen der etwaigen unzulässigen Willensbeeinflussung gegen die guten Sitten, ohne daß solches zugleich hinsichtlich des Geschäftszwecks und Geschäftsinhalts zuträfe, dann ist auch ein solches Rechtsgeschäft nur anfechtbar, nicht aber nichtig (RG JW 08, 710[2]; 1913, 1144[2]; Warn 1917 Nr 234; 1918 Nr 172; § 138 A 1). — **Bewirkt** werden kann Willensunfreiheit durch **Täuschung** und **Drohung.** — Die Anfechtungsfrist bestimmt der § 124, die Vollziehung der Anfechtung regelt § 143. — Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, die in einem dem Prozeßbevollmächtigten des Gegners zugegangenen Schriftsatze erklärt ist, wirkt grundsätzlich für und gegen die Partei auch außerhalb des Prozesses (RG 63, 411). — Ausgeschlossen ist angeblich die Anfechtung nach § 123 wegen arglistigen Verschweigens eines Fehlers, wenn die Wandlungsklage nach §§ 480, 459 möglich und bereits gegeben ist — so RG 48, 282; 70, 429; vgl. dazu auch § 119 A 7. Das bezeichnete Urteil handelt allerdings nur vom Gattungskauf (§ 480). Aber nach seiner Begründung (Seite 429), wo auf RG 61, 171; 62, 282 Bezug genommen ist, müßte der angenommene Grundsatz auch beim Kaufe einer bestimmten Sache gelten. Der Standpunkt des Reichsgerichts in dieser Frage kann jedoch weder beim Spezieskaufe noch beim Genuskaufe gebilligt werden. Denn überwiegend scheint doch die Erwägung, daß es nicht angebracht ist, den Betrüger irgendwie zu begünstigen. Vgl. auch § 124 A 1 a. E.

2. Die **Täuschung** ist jedes wissentliche auf Täuschung berechnete Verhalten (RG JW 05, 639[3]; 09, 308[1]). Sie erfolgt entweder durch die Hervorrufung eines Irrtums im Sinne von § 119 (RG JW 09, 308[1]) oder durch die arglistige Ausnutzung eines bei dem andern Teile bereits vorhandenen wesentlichen Irrtums, so daß der Tatbestand der arglistigen Täuschung auch dadurch erfüllt werden kann, daß der andere Teil über seinen Irrtum nicht aufgeklärt wird (RG 62, 150; 77, 314; Warn 1911 Nr 326; 1912 Nr 2). Ein fahrlässiges Verhalten des Anfechtungsberechtigten kommt seinem Gegner nicht zugute (RG JW 1911, 275[2]). Da das Ergebnis der arglistigen Täuschung stets sein muß, daß der Getäuschte durch sie in der Freiheit seiner Entschließung beeinträchtigt wird, so kann ihr Tatbestand nur dann gegeben sein, wenn der Irrtum, in den der Genannte versetzt worden oder der bei ihm ohnehin bereits vorhanden war, die für seinen Willensentschluß maßgebenden Voraussetzungen betraf; dagegen nicht auch dann, wenn der Gegner nur persönliche Urteile oder Auffassungen ausgesprochen und als solche zu erkennen gegeben hat, da auf diese Weise dem Erklärungsempfänger die Freiheit seiner Entschließung nicht genommen wird. Regelmäßig muß daher die

Täuschung auf Tatsachen gerichtet sein. Weiß freilich der Erklärende, daß der Erklärungsempfänger sein, des Erklärenden Urteil, auch für sich als maßgebend erachtet und erachten will, und spricht er trotzdem bewußt ein unzutreffendes, den Gegner zu seinem Nachteile irreführendes Urteil aus (so eine Wertsabschätzung), dann können die Voraussetzungen der arglistigen Täuschung auch hier nicht bezweifelt werden (RG Gruch 56, 878). Der Fall liegt dann nicht anders, als hätte der Erklärende eine falsche Tatsache vorgespiegelt. Die Täuschung muß, um als solche gelten zu können, auch **beabsichtigt** worden sein. Dies trifft nicht zu, wenn der Täuschende selbst nur aus Irrtum gehandelt hat, selbst wenn der Irrtum, beispielsweise das Nichtkennen eines Fehlers (§ 460) auf Fahrlässigkeit beruht (RG JW 09, 308[1]). In diesem Falle könnten nur die Grundsätze des Irrtums Platz greifen. Arglist ist auch ausgeschlossen, wenn der eine erhebliche Tatsache Verschweigende annahm, daß sie dem andern bekannt sei (RG JW 1912, 907[2]). — Die Absicht der Vermögensschädigung gehört nicht zur arglistigen Täuschung. Dadurch unterscheidet diese sich vom strafrechtlichen Betruge (RG Warn 09, 440; JW 1912, 69[3]). Die Absicht muß im Sinne des Gesetzes auch eine **arglistige** sein, was voraussetzt, daß die Täuschung, mithin die Benutzung der irrigen Vorstellung des Gegners, als Mittel benutzt ist, auf den Entschluß des Erklärenden zu dessen Nachteil bestimmend einzuwirken. Es genügt anderseits aber für den Vorsatz schon, wenn der Täuschende das Bewußtsein gehabt hat, daß der andere gegebenenfalls in seiner Entschließung zu seinem Nachteile beeinflußt werden würde (RG 62, 150; Warn 1911 Nr 5; 1913 Nr 310; 1915 Nr 138). Vgl. noch § 443 A 1 und § 439 A 1. Erforderlich ist auch nicht, daß der Täuschende in dem Bewußtsein handelt, der Gegner würde bei Bekanntgabe des wahren Sachverhalts den Vertrag bestimmt nicht abschließen, vielmehr genügt es, wenn der Täuschende nur mit der Möglichkeit dessen rechnet (RG 96, 346). Arglist liegt jedenfalls dann vor (Eventualdolus), wenn der Erklärende weiß, daß seine Angabe für den Geschäftsgegner erheblich ist, und er mit der Möglichkeit rechnet, daß sie der Wahrheit nicht entspricht (RG Warn 1913 Nr 42). Ausgeschlossen ist Arglist allemal dann, wenn der Täuschende zum Besten des andern hat handeln wollen. Der Fall arglistiger Täuschung im Sinne des Gesetzes liegt auch dann nicht vor, wenn das Verhalten des Täuschenden nur dazu dienen sollte, einen vom andern Teile erhobenen Anspruch zu beseitigen; denn niemand ist verpflichtet, den Anspruch des Gegners begründen zu helfen, weder im Prozesse noch sonst (RG 58, 355). Hier hatte die uneheliche Mutter gegenüber dem Erzeuger des Kindes, der die Anerkennung der Vaterschaft anfechten wollte, fälschlich behauptet, es habe ihr sonst niemand beigewohnt (vgl. auch JW 98, 369[68] und RGSt 23, 244 und Warn 1914 Nr 207).

Die **Täuschungshandlung** kann begrifflich bestehen sowohl in einer Vorspiegelung unrichtiger (beispielsweise arglistigen Anpreisungen, empfehlenden Zusicherungen, RG JW 07, 473[2]) wie in einem Verschweigen wahrer Tatsachen (RG JW 08, 476[3]; 1911, 641[2]). Das bestimmte Behaupten bestimmter, dem Behauptenden selbst nicht genau gewisser Tatsachen kann arglistig sein (RG Warn 1913 Nr 42), braucht es aber nicht zu sein, weil nur Fahrlässigkeit zugrunde liegen kann, es bedarf also jedesmal noch des Nachweises besonderer die Arglist ergebender Umstände (RG JW 06, 130[1]; Warn 1913 Nr 42; 1914 Nr 109; 1917 Nr 237, betreffend eine durch den Agenten veranlaßte unrichtige Angabe im Versicherungsantrage). — Bloßes Verschweigen liegt vor, ist aber als Tatbestandsmerkmal auch ausreichend, wenn das Schweigen den Grundsätzen von Treu und Glauben widerspricht (RG 62, 149; 69, 15; 77, 314; Warn 1911 Nr 360; 1913 Nr 2) und der andere also nach der Verkehrsanschauung (RG Warn 09 Nr 3) die erhebliche Mitteilung unter den gegebenen Umständen (§ 242, nicht auch nach der guten Sitte, § 138, wie Staudinger A VI annimmt) erwarten durfte (RG 69, 15; Warn 1912 Nr 196; 1913 Nr 273; 1917 Nr 6). Eine allgemeine Offenbarungspflicht besteht nicht (RG 62, 150; JW 1911, 575[7]; 1912, 342[5]). Daher braucht der Käufer beim Kreditkaufe nicht ungefragt seine Kreditwürdigkeit anzuzeigen (RG Warn 1911 Nr 360); oder es müßten besondere, erschwerende Umstände vorliegen (RG 69, 15, wo der Käufer nicht nur seine große Überschuldung, sondern auch seine auf unlautere Schiebungen gerichtete Absicht verschwieg; ferner Warn 1911 Nr 360). Auch der Gläubiger, der einen Bürgen sucht, hat an sich keine Offenbarungspflicht hinsichtlich der Vermögensverhältnisse seines Schuldners; aber macht er über diese überhaupt Mitteilungen oder wird er über sie befragt, dann muß er wahr sein und darf er nichts verschweigen (RG 91, 81). Es liegt auch noch kein arglistiges Verhalten vor, wenn der Verkäufer seine persönliche Ansicht über den Wert des Kaufgegenstandes zurückhält (RG 6. 4. 10 V 208/09); oder wenn der Verkäufer nicht mitteilt, daß ihm nicht die volle Schankkonzession erteilt war, es sei denn, daß er wußte, daß der Käufer gerade hierauf einen wesentlichen Wert legte und daß er den Irrtum des Käufers arglistig ausnutzen wollte (RG 18. 5. 12 V 49/12). Wohl aber besteht eine Offenbarungspflicht, wenn sie durch ein zwischen den Beteiligten bereits bestehendes Vertrauensverhältnis geboten war (RG 77, 309; JW 1912, 68[2]). Und überhaupt ist anzunehmen, daß schon das bloße Verschweigen allemal dann den Tatbestand der arglistigen Täuschung erfüllt, wenn der Verschweigende eine Tatsache nicht mitteilt, von der er wußte, daß sie für die Entschließung des andern Teiles von entscheidender Bedeutung sei, und wenn schon Treu

und Glauben die Bekanntgabe erheischten (RG 62, 150). Vgl. auch einerseits RG 69, 15; 77, 314; JW 1912, 342[5]; Warn 1913 Nr 2; sowie anderseits RG 62, 149; Warn 09 Nr 3; 1912 Nr 196; JW 1911, 641[3]. Zur Anfechtung genügt es im allgemeinen nicht, wenn der Gegner nur die Absicht verheimlicht hat, nicht erfüllen zu wollen (RG 70, 427; 48, 282). Wohl aber kann es der Fall sein, wenn der eine Vertragsteil weiß, daß der andere mit der getreulichen Erfüllung besonders rechnet, und ihn trotzdem bei dem Irrtum, daß es nicht geschehen wird, beläßt, um auf diese Weise bestimmend zu eigenem Vorteile einzuwirken. — Unterdrückung ist das Verschweigen, wenn der Täuschende durch positive Tätigkeit, Anwendung täuschender Mittel, einen erheblichen Umstand verdeckt (RG 62, 150). Sie setzt voraus eine Rechtspflicht zur Offenbarung, die entweder auf Gesetz oder Vertrag beruht (RGSt 37, 62; 31, 210 und die hier angeführten Urteile; ferner RG 62, 150; RG Warn 09 Nr 3).

Daß sich die Arglist des Betrügers von vornherein gerade gegen diejenige Person gerichtet hat, die tatsächlich den Nachteil erlitten hat, ist kein unbedingtes Erfordernis; der volle Tatbestand des zivilrechtlichen Betrugs kann vielmehr auch dann erfüllt sein, wenn der Täter sich nur dessen bewußt gewesen, er werde einen andern schädigen, und wenn er in Voraussicht aller möglichen Folgen gehandelt hat (RG JW 1910, 846[30]).

Die Täuschung muß im Falle des § 123 (anders im Falle der vertraglichen Schadensersatzklage aus § 463, Warn 1915 Nr 230) für die Entschließung des Getäuschten von **ursächlicher Wirkung,** für den Entschluß des Getäuschten also bestimmend (RG JW 1911, 275[2]), mindestens mitbestimmend (RG 77, 314) gewesen sein, was nach richterlichem Ermessen zu entscheiden ist. Die Probe dafür bietet die Frage, ob der Anfechtende durch die Täuschung zu der angefochtenen Erklärung bestimmt worden ist, oder aber ob sein auf die Täuschung zurückzuführender Irrtum ohne Einfluß war und die Erklärung also auch ohne die Täuschung abgegeben worden wäre; dagegen ist nicht zu fragen, ob der Anfechtende die Abgabe der Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles unterlassen hätte (RG 81, 16). Die Anfechtbarkeit des gesamten Vertrags hängt auch niemals davon ab, ob der Getäuschte den Vertrag bei Kenntnis der wahren Sachlage überhaupt nicht abgeschlossen haben würde; vielmehr genügt es, daß er sich dazu nur unter für ihn günstigeren Bedingungen verstanden, daß er beispielsweise nur einen geringeren Kaufpreis geboten haben würde (RG JW 1911, 275[2]; Warn 1910 Nr 314; RG 77, 309). Eine ohne Erfolg gebliebene Arglist ist bedeutungslos (RG Warn 08 Nr 186). Regelmäßig kann der erforderliche ursächliche Zusammenhang nur dann gegeben sein, wenn die Täuschung spätestens beim Abschlusse des Vertrags erfolgt ist. Nur beim Kaufe einer Gattungssache ist das im Falle des § 480 Abs 2 anders, weil hiernach der Anspruch auf Schadensersatz in der Regel erst auf eine arglistige Verschweigung des Fehlers bei Lieferung der Sache gestützt wird (RG 70, 423; JW 1912, 340[4]). Besteht der ursächliche Zusammenhang, dann ist es unwesentlich, welchen Umstand die Täuschung betraf, ob den Inhalt der Erklärung oder den Beweggrund. (RG 69, 15, wo es sich um die Kreditwürdigkeit des Käufers handelte; 55, 86, betreffend Täuschung über die Eigenschaft als Vollkaufmann; Warn 1912 Nr 196, wo es sich darum handelte, daß der Verkäufer einer Gastwirtschaft verschwiegen hatte, daß die Erlangung der Konzession auf Schwierigkeiten stoßen würde; JW 1911, 275[2], betreffend Täuschung durch bloße Anpreisungen.) Da ein Erfolg durch mehrere Ursachen herbeigeführt werden kann, genügt es im übrigen, wenn die arglistige Täuschung auch nur mitbestimmend gewesen ist (RG 77, 309). Ein Unterschied zwischen dolus causam daus und dolus incidens besteht hier nicht (RG JW 1910, 799[4]). Zu erwägen ist im Einzelfalle, daß, wenn die Anfechtung wegen Betrugs versagt, eine solche wegen Irrtums gegeben sein kann und daß die Anfechtung wegen Betrugs zugleich die wegen Irrtums enthält (§ 121 A 1). Die strafrechtlichen Grundsätze vom dolus eventualis gelten auch hier (RG JW 1911, 213[7]).

3. Drohung. Die Drohung besteht in der Ankündigung eines Übels für den Fall, daß der Bedrohte nicht so handelt, wie es der Drohende begehrt. Sie muß also unbedingt über einen bloßen Vergleichsvorschlag hinausgehen. Falls der Drohende nicht zugleich ein gewisses Tun erzwingen will, ist der Tatbestand nicht erfüllt (RG JW 1913, 1033[1]). Es gehört also zum Begriffe der Drohung, daß der Drohende die Absicht verfolgt hat, den Bedrohten zur Abgabe der Willenserklärung zu zwingen oder wenigstens die Möglichkeit dieses Erfolges in seinen Vorsatz aufgenommen hat (RG 23. 1. 15 V 398/4). Daher genügt es nicht, wenn jemand, ohne die Absicht, einen Zwang auszuüben, nur von einem in Aussicht stehenden Übel spricht und schon dies dem andern zur Vermeidung des Übels bestimmt hat (RG 59, 353; Warn 1913 Nr 186). Welcher Art das angedrohte **Übel,** ist gleichgültig (vgl. z. B. SeuffA 64 Nr 307). Es kann materieller oder ideeller Art sein (RG 10. 4. 06 III 57/05). Nötig ist nur, daß es überhaupt geeignet war, den Bedrohten in seiner Entschließung entscheidend zu beeinflussen. Ob eine solche Drohung anzunehmen, ist gegebenenfalls einerseits nach dem objektiven Maßstabe vernünftigen Ermessens zu beurteilen. Anderseits ist aber auch die Eigenart des Bedrohten zu berücksichtigen. Begrifflich erforderlich ist nicht, daß das

Übel unmittelbar den Bedrohten selbst treffen soll (RG JW 1913, 638[1]); nur muß dieser die Verwirklichung des etwa einem andern (Ehegatten, einem Kind, auch dem Androhenden selbst) zugedachten Übels als ein solches auch für sich selbst ansehen (RG 60, 373; JW 1915, 238). Daher kann unter Umständen auch die Drohung mit Selbstmord in Betracht kommen (RG 7. 2. 12 V 378/11). Wesentlich ist endlich auch nicht, daß das Übel unmittelbar von dem Androhenden selbst verwirklicht werden soll. Es genügt, wenn der Drohende zu erkennen gibt, daß er einen Dritten dazu veranlassen werde (RGSt 15, 336; 27, 307). Ohne eine solche Ankündigung würde nur die Voraussage eines künftigen Übels vorliegen. Die Drohung mit dem Fortbestehenlassen eines Übels reicht aus, falls das Ergebnis von der Tätigkeit des Drohenden abhängt (RGSt 14, 265). Es erfüllt aber den Tatbestand der Drohung nicht, wenn die schon bestehenden Verhältnisse von selbst ein künftiges Übel erwarten lassen, und der Drohende nur darauf hinweist. Es muß vielmehr die Beeinflussung durch ein von dem Willen des Drohenden abhängiges, irgendwie durch seine positive Tätigkeit in Bewegung zu setzendes Übel in Aussicht gestellt sein (RG JW 05, 200[2]). — **Widerrechtlich** muß die Drohung **als Mittel benutzt sein**; die Benutzung des Mittels der Drohung zur Willensbestimmung muß sich ihrerseits also als eine rechtswidrige darstellen (RG 59, 349; JW 05, 134[7]; 09, 11[2]; Gruch 54, 283; 55, 626). Vgl. § 823 Anm 10. Entscheidend ist danach also nicht, ob der Androhende an sich das Recht gehabt hat, das zu verwirklichen, was er als Übel androhte, sondern allein, daß es unstatthaft war, die Androhung eines solchen Tuns als Mittel zu benutzen, um den andern in seiner Entschließung zu bestimmen (RG JW 05, 134[6], 06, 82[1]; Warn 1911 Nr 258; JW 1913, 638[1]), zumal dann, wenn der Drohende eine Erklärung erzwingt, auf die er kein Recht hatte (RG JW 1917, 459[1]). War die angedrohte Handlung ihrerseits eine widerrechtliche, dann entlastet es den Drohenden sogar nicht, wenn er auf Abgabe der Willenserklärung ein Recht hatte. Eine **widerrechtliche Absicht** bei der Drohung, oder daß sich der Drohende der Widerrechtlichkeit seiner Handlungsweise auch bewußt gewesen, bildet **keine Voraussetzung** für die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts. Denn das Gesetz gibt das Anfechtungsrecht nicht um der Handlungsweise des Drohenden willen (etwa zur Strafe, oder weil er um eines rechtswidrigen Vermögensvorteils willen gehandelt hat, RG Warn 1910 Nr 263); es geht vielmehr allein davon aus, daß die freie Willensbestimmung des andern Teils zu schützen sei (RG 59, 351; JW 1911, 27[4], womit auch der 5. ZS seine frühere entgegengesetzte Ansicht [JW 07, 5[3]] ausdrücklich aufgegeben hat). Abweichend RG Gruch 57, 909, wonach der Drohende den Willen gehabt haben muß, eine Leistung zu erzwingen, auf die er kein Recht hatte. Daß sich der Drohende auch dessen bewußt gewesen sein muß, daß er kein Recht auf die Leistung hatte, erscheint als unzutreffend; es genügt in subjektiver Hinsicht, daß der Drohende überhaupt die Absicht hatte, die Leistung oder die Erklärung dem andern abzuzwingen. Nach dem Standpunkte des Gesetzes kann es somit auch darauf nicht ankommen, ob dem Täter die Drohung wegen seiner persönlichen Eigenschaften überhaupt zugerechnet werden kann. Daher ist auch die Drohung eines Handlungsunfähigen zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals geeignet (streitig). — Auch die **Ernstlichkeit** einer Drohung und ihre Ausführbarkeit durch den Drohenden ist kein Erfordernis. Nur muß der Bedrohte die erstere wie die letztere als vorhanden angenommen haben, sonst könnte er durch die Bedrohung nicht bestimmt worden sein.

Erforderlich ist endlich für das Anfechtungsrecht der **ursächliche Zusammenhang** zwischen der abgegebenen Willenserklärung und der Drohung (RG 59, 351; JW 09, 16; Warn 1913 Nr 186). Anfechtbar ist auch ein durch Drohung abgenötigtes außergerichtliches Zugeständnis, weil ihm eine gewisse Beweiskraft beiwohnt (RG Gruch 58, 835).

Ausschluß der Widerrechtlichkeit. Sieht das Gesetz die Verwendung der Drohung als Mittel zur Willensbeugung schon unbedingt als eine Widerrechtlichkeit an? Das ist nicht der Fall; andernfalls wäre die Beifügung „widerrechtlich" zum Merkmale des Bestimmens überflüssig. Nach der allgemeinen Bedeutung des Begriffs „widerrechtlich" kann somit das Tun des Drohenden dann nicht ein widerrechtliches sein, wenn der Genannte zu seiner Handlungsweise ein Recht hatte (RG 50, 60). Das Recht zur Drohung kann nun entweder auf einer allgemeinen Regel der Rechtsordnung oder auf einem besondern Rechtsanspruche des Drohenden beruhen; so, wenn der Drohende einen Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung hatte; nach RG 64, 59 beispielsweise auch dann, wenn ein Verein von Arbeitnehmern bei einer Koalitionsbestrebung im Sinne des § 153 GewO nach seinen Satzungen dem Mitgliede, das die Beteiligung am Kampfe versagt, die Ausschließung aus dem Vereine androht. Grundsätzlich statthaft sodann ist das Verhalten des Drohenden, wenn er nur das Recht der Selbsthilfe (§§ 226ff.) ausüben will, oder den Gebrauch einer sonst jedermann nach der Rechtsordnung zustehenden Befugnis androht, wie die, zu klagen, die Zwangsvollstreckung herbeizuführen, eine Strafanzeige zu erstatten (RG 59, 353). Selbstverständlich aber kann auch die Verwendung solcher Mittel immer nur dann erlaubt sein, wenn sie auch einem zulässigen Zwecke dienen soll. Wer sie zur Er-

reichung eines unstatthaften Zweckes oder zur Erreichung eines Erfolgs, den herbeizuführen er überhaupt kein Recht hatte, gebrauchen will, handelt zweifellos widerrechtlich (RGSt 14, 391). Es darf daher kein Mißbrauch einer an sich gegebenen Befugnis vorliegen (§ 226). Zur Strafanzeige ist der Verletzte berechtigt, und wer nur ankündigt, daß er von dieser Befugnis Gebrauch machen werde, handelt an sich noch nicht widerrechtlich. Aber wer es tut, um einen Vorteil oder eine Leistung zu erlangen, auf die er keinen Anspruch hatte (RG JW 05, 134[6]), oder wer eine Strafanzeige lediglich aus dem Grunde erstatten will, um den andern zur Strafe zu bringen (RG Gruch 48, 1128), oder wer mit Strafanzeige droht, um nicht von dem haftbaren Täter, sondern von dessen Angehörigen Ersatz zu erhalten (RG Gruch 54, 821), oder wer ohne jedes erkennbare Interesse handelt, der beabsichtigt überhaupt nicht, berechtigte Interessen wahrzunehmen und handelt also widerrechtlich. Auch eine an sich erlaubte Handlung schließt somit die widerrechtliche Drohung nicht unbedingt aus (RG JW 00, 418[20]). Nach alledem folgt also: Die Drohung als Mittel zur Abgabe einer Willenserklärung ist nur dann statthaft, wenn sowohl die angedrohte Handlungsweise an sich wie auch der verfolgte Zweck erlaubt waren (RG JW 06, 82[1]; JW 1913, 638[1]), oder anderseits: der Tatbestand der Drohung im Sinne des § 123 ist nur dann erfüllt, wenn der Bedrohte ohne die Drohung die Willenserklärung nicht abgegeben haben würde und der Drohende kein Recht auf die Erklärung gehabt hat (RG JW 09, 11[2]; 1913, 638[1]), oder wenn er sich unerlaubter Mittel bedient hat (RG Warn 1913 Nr 186). Wer nun das Vorhandensein dieser Voraussetzungen behauptet, beruft sich auf einen Ausnahmefall und hat ihn mithin zu beweisen.

4. **Gehen Täuschung oder Drohung von einem Dritten aus,** nicht vom Geschäftsgegner, so gelten im einzelnen noch folgende Regeln: a) Im Falle der Drohung ist es für das Anfechtungsrecht gleichgültig, wer die Willenserklärung erzwungen hat, ob also der Erklärungsempfänger oder ein Dritter; b) im Falle der Täuschung besteht das Anfechtungsrecht dem Erklärungsempfänger gegenüber, wenn nicht dieser selbst der Täuschende war, nur dann, wenn er die durch den Dritten verübte Täuschung kannte oder nur aus Fahrlässigkeit nicht gekannt hat (§ 122 Abs 2). Dies gilt jedoch nach dem Gesetzeswortlaute nur bei **empfangsbedürftigen Willenserklärungen** (Vorbem 1 vor § 116). Anwendungsfall: A kauft durch einen Vertrag von B und C, B ist allein der Betrüger, C hat um den Betrug nicht gewußt; dann ist der Vertrag C gegenüber nicht anfechtbar; das Gegenteil träfe aber zu, wenn C den Betrug des B mindestens hätte erkennen müssen (RG 62, 187 zugleich unter Hinweis auf § 139). Gegenüber einem Dritten, der **nicht empfangsberechtigter Erklärungsgegner** ist, besteht das Anfechtungsrecht unter der Voraussetzung, daß der Dritte aus der dem Erklärungsgegner gegenüber abgegebenen Erklärung unmittelbar selbst ein Recht erworben hat, und zwar unter der weiteren Bedingung, daß der Dritte die Täuschung kannte oder nur aus Fahrlässigkeit nicht gekannt hat. — Anwendungsfälle bei Verträgen zugunsten eines Dritten (§ 328) und bei der Schuldübernahme, ferner § 28 HGB. Bei **einseitigen nicht empfangsbedürftigen** Rechtsgeschäften, wie bei der Auslobung oder der Anerkennung der Vaterschaft nach § 1718, ist nur der Abs 1 § 123 anwendbar (RG 58, 352). Vgl. hier auch die Vorbem vor § 116 sowie § 143 A 4. Dem Gläubiger gegenüber ist der vertragsmäßige Eintritt eines Dritten in ein bestehendes Handelsgeschäft als persönlich haftender Gesellschafter nur dann anfechtbar, wenn der Gläubiger den Betrug des Inhabers des Handelsgeschäfts, durch den der Dritte zum Eintritte veranlaßt worden, gekannt hat oder hat kennen müssen (RG 76, 441). — **Dritter** im Sinne des Abs 2 Satz 1 kann nur ein anderer sein als der Empfänger derjenigen Willenserklärung, zu deren Abgabe der Getäuschte bestimmt worden ist, also nur ein bei dieser Erklärung Unbeteiligter (RG JW 09, 718[4]). Wer einen Vertrag als Vertreter abschließt und hierbei den Vertragsgegner arglistig täuscht, ist daher niemals ein Dritter im Sinne des Gesetzes (RG 76, 109; Warn 1910 Nr 405); für die Anfechtung greift hier vielmehr der Abs 1 Platz. Dies trifft auch dann schon zu, wenn bei einem Kaufvertrage der Täuschende nur dahin mit der Vertretung der einen Vertragspartei betraut war, daß er (mündlich) die Bedingungen des Vertrags zu vereinbaren hatte, daß die Bindung des Vertretenen aber demnächst von seiner eigenen Genehmigung abhängen sollte; war in solchem Falle die andere Vertragspartei an die getroffenen Abreden ihrerseits gebunden, dann ist für sie der Vertrag gemäß § 123 Abs 1 auch dann anfechtbar, wenn der Vertrag demnächst durch den Gegner selbst oder durch einen andern Vertreter noch förmlich zum Abschlusse gebracht worden ist; dagegen greift der Abs 2 Platz, wenn die Täuschung von jemand ausging, der nur zur Vorbereitung des Vertragsabschlusses, zur Ermittlung eines Käufers und zur Vermittlung beauftragt gewesen war (RG 72, 133 und Warn 09 Nr 178; 1915 Nr 198). Im allgemeinen genügt ein bloßer Auftrag zur Führung von Verhandlungen nicht, um die Eigenschaft des Beauftragten als „Dritter" auszuschließen (RG Warn 09 Nr 178). — Über die Rechtsstellung der Agenten von Versicherungsgesellschaften vgl. §§ 43 ff. VersVG v. 30. 5. 08 und RG 46, 184; 73, 302; JW 1913, 542; Warn 1917 Nr 237. Der Verkauf eines eigenen

Geschäftsanteils durch eine Gesellschaft m. b. H. ist wegen einer von ihrem Geschäftsführer verübten arglistigen Täuschung anfechtbar (RG 68, 309).

5. Die unmittelbare Folge der berechtigten Anfechtung ist die **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts „von Anfang an"**, und daraus folgt, daß nunmehr die Beteiligten nach den Grundsätzen der §§ 812ff. gegenseitig Rückgewährung der grundlos erlangten Bereicherung fordern können. Vgl. dazu des näheren § 142 A 1 Abs 4 a. E. Ein Anspruch auf Rückgewährung der empfangenen Leistungen wie im Falle des Rücktritts gemäß § 346 soll hier dagegen nicht bestehen (§ 346 A 3). Demnach ist aber der Rückforderungsanspruch des Anfechtungsberechtigten auch nicht dadurch bedingt, daß er zur Rückgabe des Empfangenen imstande ist; der Fall einer Zug-um-Zug-Leistung, wie beim Rücktritte und bei der Wandlung, liegt hier nicht vor (RG 59, 93; Warn 1910 Nr 315 u. 406). Vgl. jedoch § 142 a. a. O. Dem Anfechtungsgegner steht somit auch nicht die Einrede zu, daß die Leistung des Berechtigten, das seinerseits grundlos Erlangte zurückzugeben, unmöglich geworden sei (RG JW 1910, 799[3]).

Die Drohung wie die arglistige Täuschung können sodann auch einen **Anspruch auf Schadensersatz** begründen. Dieser Anspruch entsteht indessen nicht jedesmal und nicht schlechthin aus der Drohung oder aus der arglistigen Täuschung, vielmehr nur dann, wenn eine von den drei nachfolgenden Voraussetzungen erfüllt ist (RG 7. 10. 11 V 113/11): a) entweder, daß der Täter in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise mit dem Vorsatze der Schädigung des andern gehandelt hat (§ 826); b) oder, daß die Voraussetzungen des Betrugs oder der Erpressung im Sinne der §§ 263, 253 StGB (RG 78, 397) erfüllt sind (§ 823 Abs 2); c) oder, daß der Anfechtungsberechtigte, sei es durch arglistiges Verschweigen von Fehlern, sei es durch arglistige Vorspiegelung nicht vorhandener Eigenschaften getäuscht worden ist (§ 463 in unmittelbarer und entsprechender Anwendung).

Der Schadensanspruch regelt sich:

a) im Falle unerlaubter Handlung, Fälle zu a, b, nach den Grundsätzen des § 249. Der Betrogene (oder Bedrohte) kann also regelmäßig nur Herstellung des Zustandes fordern, der bestünde, wenn der Betrug (oder die Drohung) nicht vorgefallen wäre, oder aber nur fordern, daß er wirtschaftlich in die Lage gesetzt wird, in der er sich ohne den Betrug (oder die Drohung) befände (§ 249 A 1). Im Falle der Vertragsanfechtung ist daher in der Regel auch nur der Anspruch auf Erstattung des negativen Interesses gegeben (§ 122 A 2), da dieses ausreicht, den Berechtigten so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er den Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen haben würde (RG JW 1912, 137[9]; Warn 1912 Nr 292), und der Anfechtende anderseits nicht Ansprüche erheben darf, die das Bestehen des Vertrags voraussetzen (RG 74, 1). Grundsätzlich ist jedoch die Geltendmachung des Ersatzanspruchs nicht dann abhängig, daß der Geschädigte den Vertrag anficht. Bei Aufrechterhaltung des Vertrags (unverändert also mit allen seinen Bestimmungen) kann aber ein Anspruch auf Geldersatz nur ausnahmsweise gegeben sein, weil eben der Grundsatz des § 249 Satz 1 von der Naturalherstellung regelmäßig auch jetzt Platz greifen müßte und die Anwendung dieses Grundsatzes an sich gerade zur Beseitigung des Vertrags überhaupt zu führen hätte (RG 83, 246; JW 1910, 934[4]; Warn 1911 Nr 120; 1915 Nr 230). Unter besondern Umständen kann indes die Anwendung des bezeichneten Grundsatzes gerade auch den Anspruch auf Entschädigung in Geld ergeben; nämlich dann, wenn der Geschädigte nachzuweisen vermag, daß der Vertrag auch dann zustande gekommen wäre, insbesondere ein Kauf, wenn der andere Teil sich redlich verhalten, also die Wahrheit bekannt oder die Drohung unterlassen hätte, und zwar diesfalls unter für den Geschädigten günstigeren Bedingungen. Ist beispielsweise ein Käufer durch die Täuschung bewogen worden, einen Preis zu bewilligen, den er in dieser Höhe nicht bewilligt haben würde, falls der Betrug nicht vorgefallen wäre, dann kann er bei Aufrechterhaltung des Vertrags Erstattung des angeblich zuviel bezahlten Betrags (oder Minderung des Preises) unter der Voraussetzung verlangen, daß er nachweist, der Kauf würde, falls die Täuschung nicht vorgefallen wäre, der Verkäufer vielmehr sich redlich verhalten hätte, auch zu der günstigeren Bedingung zustande gekommen sein (RG 83, 246; Warn 1910 Nr 383; 1915 Nr 230; Gruch 55, 350). Anderseits kann auch der Verkäufer unter den entsprechenden Umständen Geldentschädigung fordern. So im Falle des Nachweises (§ 287 ZPO), daß er ohne den Betrug des Käufers, der ihm betrügerisch minderwertige oder wertlose Hypotheken in Zahlung gegeben hat, vom Verkaufe Abstand genommen und alsdann Gelegenheit gehabt haben würde, sein Grundstück anderweit unter günstigeren Bedingungen zu verkaufen (RG 83, 245). Zu beachten ist nur in allen derartigen Fällen, daß eine Schädigung des Käufers oder Verkäufers überhaupt nicht in Frage kommen kann, wenn die empfangene Leistung ihrem allgemeinen Werte nach den Wert der gegebenen Leistung völlig erreicht, so daß eine Vermögensminderung überhaupt nicht eingetreten wäre (RG 83, 246; Beschluß der Vereinigt. Strafsenate RG 16, 1).

b) Im Falle des § 463 Satz 2 (Fall 3 oben). Hier regelt sich der Schadensersatzanspruch nach Vertragsrecht, und zwar als Anspruch auf Gewährleistung. Danach kann der Käufer, wenn der Verkäufer arglistig Fehler des Kaufgegenstandes, und zwar einer Sache oder eines

solchen Rechtsguts, das weder unter den Begriff Sache noch Recht fällt (**RG** Warn 1912 Nr 60), verschwiegen oder nicht vorhandene Eigenschaften als vorhanden versichert hat, verlangen, daß er so gestellt wird, wie er gestellt sein würde, wenn der Mangel nicht bestände oder wenn die Eigenschaften wirklich vorhanden wären. Er kann jetzt also das Erfüllungsinteresse geltend machen. Zu beachten ist dabei, daß hier gegebenenfalls nicht notwendige Voraussetzung ist, daß eine vertragsmäßige Zusicherung vorliegt; die arglistige Vorspiegelung des Vorhandenseins von Eigenschaften macht den Verkäufer vielmehr selbständig haftbar. Praktisch wird also diese Frage insbesondere dann, wenn die Versicherung nicht in den Vertrag aufgenommen worden und somit nicht Teil des letzteren geworden ist (§ 463 A 6; **RG** Warn 1910 Nr 383). Ist beispielsweise beim Verkaufe eines Restaurationsgeschäfts ein gewisser Umsatz fälschlich vorgespiegelt worden, dann kann der Käufer Erstattung desjenigen Betrags fordern, um den das Geschäft, wenn sich die falsche Vorspiegelung bewahrheitet hätte, mehr wert wäre, als es nach Maßgabe des nur tatsächlich vorhanden gewesenen Umsatzes wert gewesen ist. Zu vergleichen sind dabei in beider Hinsicht die objektiven Werte. Den Geldbetrag kann der Käufer auch sogleich in bar bezahlt verlangen, selbst dann, wenn der Kaufpreis gestundet ist. Auf Minderung des Kaufpreises braucht er sich nicht einzulassen. Hat der Verkäufer die polizeiliche Beschränkung der Benutzbarkeit der Räume des verkauften Hauses (§ 259) arglistig verschwiegen, dann läßt sich der Schaden nach der Höhe des jährlichen Mietausfalles ermitteln (**RG** Warn 1915 Nr 230). Dieses sind die vom 5. ZS seit längerer Zeit ständig festgehaltenen Grundsätze (**RG** 63, 112; 66, 338; JW 1910, 934[4]; 1912, 137[10]; Warn 1913 Nr 282; 1915 Nr 230). Seines Anspruchs auf Schadensersatz nach § 463 geht der Käufer auch dann nicht verlustig, wenn er die Kaufsache trotz Kenntnis des richtigen Sachverhalts entgegennimmt, sich dabei aber seinen Anspruch v o r b e h ä l t, denn der § 469 ist auch hier anwendbar (**RG** 59, 105). Der zuvor dargestellte Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung, sei es durch Verschweigung von Fehlern, sei es durch Vorspiegelung nicht vorhandener Eigenschaften, unterlegt endlich nicht der dreijährigen V e r j ä h r u n g aus § 852, sondern der 30jährigen, da sich ein derartiger Anspruch nicht mit einem Schadensersatzanspruche wegen unerlaubter Handlungen im Sinne der §§ 823 Abs 2 und 826 deckt (**RG** 66, 86; 67, 146; 78, 58); er ist vielmehr ein Vertragsanspruch (**RG** Warn 1912 Nr 198; 1913 Nr 282); oder doch wenigstens als ein solcher zu behandeln. Vgl. § 463 A 6. — Für den Fall, daß mit der Schadensersatzklage nach § 249 die Wiederherstellung des früheren Zustandes gefordert wird, sind auch die Grundsätze von der V o r t e i l s a u s g l e i c h u n g (Vorbem 5 vor § 249) anwendbar (**RG** Warn 09 Nr 178). Falls ein Dritter beim Betruge mitgewirkt hat, haftet er ebenfalls für den positiven Schaden. (Anders dieser Fall, als wenn der Dritte den Betrug allein verübt hat; **RG** 61, 250; ferner **RG** 22. 3. 07 II 466/06.) Über die Einwirkung des Fristenlaufs aus § 124 auf den Schadensersatzanspruch vgl. dort A 1.

6. Anwendungsgebiet. An sich sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen jeder Art ausnahmslos der Anfechtung aus § 123 unterworfen. So auch ein Vergleich (**RG** Warn 1919 Nr 189). — Die Annahme, daß das A n f e c h t u n g s r e c h t durch das Vorhandensein eines W a n d l u n g s a n s p r u c h s ausgeschlossen werde (vgl. § 119 A 7 Abs 2), erscheint als verfehlt und ist jetzt durch das Urteil **RG** 96, 156 auch ausdrücklich verworfen worden. Vgl. auch § 124 A 3. — Eine notwendige Rücksichtnahme auf die Rechtssicherheit verlangt es aber, daß diejenigen Rechtshandlungen, durch die jemand die Mitgliedschaft bei einer Aktiengesellschaft, einer Genossenschaft oder einer Gesellschaft m. b. H. erwirbt, der Anfechtung aus § 123 (wie der aus § 119) entzogen werden. Vgl. § 119 A 9 a. E. — S o n d e r b e s t i m m u n g e n: bei Willensmängeln im Falle der Stellvertretung (§ 166), bei der Eheschließung (§§ 1334, 1335), bei letztwilligen Verfügungen (§ 2078), bei Erbverträgen (§ 2281). — Ist der Erfüllungsort im Auslande gelegen, dann ist für die Anfechtung des Vertrags und die sich daraus ergebenden Folgen das **fremde Recht** maßgebend (**RG** 78, 55). Über die Anwendbarkeit des § 123 bei staatsrechtlichen Anstellungsakten vgl. § 119 Anm 7 Abs 2.

Beweislast. Der Anfechtungskläger hat die volle Beweispflicht. In **RG** 4. 6. 13 V 54/13 ist in Befolgung dieses Grundsatzes angenommen, daß, wenn der Kläger arglistige Verschweigung eines Sachmangels dem Beklagten zum Vorwurfe macht und der Beklagte demgegenüber behauptet, daß er dem Kläger den Mangel bei bestimmter Gelegenheit angezeigt habe, der Kläger grundsätzlich auch die Unrichtigkeit dieser Tatsache zu beweisen habe; es sei denn, daß das Gericht bereits die Überzeugung erlangt hätte, daß der Beklagte sich der ihm vorgeworfenen Arglist wirklich schuldig gemacht habe. Diese Annahme ist zwar an sich folgerichtig; doch kann ihre Anwendung bedenklich sein, da es nunmehr der Beklagte regelmäßig in der Hand hätte, dem Kläger willkürlich einen unter Umständen kaum oder doch nur einen durch Eideszuschiebung an den Beklagten selbst zu erbringenden Beweis aufzunötigen. Nach **RG** 21. 4. 15 V 534/14 muß der Kläger, der wegen arglistiger Verletzung der Offenbarungspflicht anficht, beweisen, daß die Mitteilung nicht gemacht worden ist, dies freilich nur unter der Voraussetzung, daß der Gegner die bestimmte Behauptung aufgestellt hat, daß er und bei welcher Gelegenheit er die Mitteilung gemacht

habe. Nach RG 14. 1. 18 IV 351/17 und JW 1918, 814[1] darf jedoch der Beweis der Negative nicht zu schwer gemacht werden, es kann daher schon genügen, wenn derjenige, der das Bestehen einer gegenteilig behaupteten positiven Tatsache zu widerlegen hat, die etwaigen Umstände widerlegt, die für das Vorhandensein jener Tatsache sprechen könnten.

§ 124

Die Anfechtung einer nach § 123 anfechtbaren Willenserklärung kann nur binnen Jahresfrist erfolgen[1]).

Die Frist beginnt im Falle der arglistigen Täuschung mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt, im Falle der Drohung mit dem Zeitpunkt, in welchem die Zwangslage aufhört[2]). Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 203 Abs. 2 und der §§ 206, 207 entsprechende Anwendung[3]).

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn seit der Abgabe der Willenserklärung dreißig Jahre verstrichen sind[4]).

E I 104 II 99; M 1 204 ff.; P 1 120 ff.; 6 129, 290 ff.

1. Der Anfechtungsberechtigte soll im Falle des § 123 besser gestellt sein als im Falle der §§ 119, 120. Die **Anfechtungsfrist** ist hier daher auf **ein Jahr** bemessen, mit der Einschränkung jedoch, daß jetzt die Ausnahmebestimmung des § 121 Abs 1 Satz 2 nicht gilt und daher gemäß § 130 für die Wirksamkeit der Anfechtungserklärung der Zeitpunkt ihres Zugangs (nicht des Abgangs) entscheidend ist, und daß nach Ablauf von 30 Jahren die Anfechtung unbedingt unzulässig ist (Abs 3). Die Frist ist keine Verjährungsfrist, sondern eine Ausschlußfrist (vgl. § 186 A 1). Über die Fristberechnung vgl. §§ 186 ff.; über die Rechtsfolgen und die Vollziehung der Anfechtung die §§ 142, 143. — Der Ablauf der Anfechtungsfrist schließt weder die Einrede des § 853 noch (entgegen der Entscheidung RG 63, 270) den Anspruch auf Herstellung des früheren Zustandes unter dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes gemäß §§ 826, 249 aus. Stehen dem Anfechtungsberechtigten zwei selbständige Rechtsbehelfe zur Seite, von denen jeder auf einem besondern Rechtsgrunde beruht, so ist nicht ersichtlich, weshalb die Verwirkung des einen Rechtsbehelfs zugleich den Untergang des andern zur Folge haben müßte. Vgl. § 262 A 1a. Es ist auch nicht einmal richtig, daß die Ergebnisse der Anfechtung mit denen aus § 249 sich decken: im Falle der Anfechtung tritt unbedingte Nichtigkeit von Anfang an ohne weiteres ein, gemäß § 249 bestünde nur die schuldrechtliche Verpflichtung, den früheren Zustand wiederherzustellen. Demnach haben sich auch die neuerlichen Urteile des RG auf den diesseitigen Standpunkt gestellt (RG 70, 197; 79, 197; 84, 131; JW 1918, 815[2]). Vgl. auch § 123 A 6. Das Ergebnis des Urteils RG 63, 270 führt überdies zu einer unangebrachten Bevorzugung des Schädigers. Jedenfalls verbleibt dem Anfechtungsberechtigten auch nach Ablauf der Ausschlußfrist des § 124 die **Einrede der Arglist oder der Drohung,** mindestens in der Form der exceptio doli generalis (RG 58, 356; 64, 222; 71, 435; 79, 179). Daß die Fristversäumnis Ersatzansprüche anderer Art als die Herstellung des früheren Zustandes unberührt läßt, verneint auch das Urteil RG 63, 270 nicht. — Sonderbestimmungen bei Anfechtung der Ehe (§ 1339), der Verfügungen von Todes wegen (§§ 2082, 2283), der Erbschaftsannahme und -ausschlagung (§ 1954).

2. Die einjährige **Frist beginnt** im Falle: a) des **Betrugs** mit dem Zeitpunkte, in dem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt, mithin sowohl die objektive Unrichtigkeit der bestimmenden Tatsache, wie auch die subjektive Voraussetzung der Täuschungsabsicht, mithin auch die Arglist erkannt hat (RG 65, 89; 59, 94; JW 07, 165[2]); dagegen nicht schon in dem Zeitpunkte, in dem er die Täuschung zu vermuten beginnt (RG JW 1911, 648[18]). Auch Nichtkennen aus Fahrlässigkeit kommt nicht in Betracht. Nach dem Wortlaute des Gesetzes beginnt die Frist mit der Kenntnis, daher aber nicht erst mit Beschaffung der nötigen Beweismittel; b) im Falle der **Drohung** mit dem Zeitpunkte, in dem die Zwangslage aufhört. Die Wirkung der Drohung darf also nicht mehr fortdauern, dem Bedrohten muß also die Furcht vor dem angedrohten Übel bereits entschwunden sein (RG JW 1918, 31[1]). Das träfe beispielsweise schon dann zu, wenn eine angedrohte Strafanzeige bereits von anderer Seite erfolgt oder sonst ein Umstand eingetreten wäre, der dem Bedrohten die Furcht vor dem ihm jetzt angedrohten Übel benahm (RG 60, 373).

3. Zugunsten des Berechtigten werden die **Grundsätze der Verjährung** angewendet, soweit sie bestehen hinsichtlich: a) der Hemmung durch höhere Gewalt (§ 203 Abs 2); b) der Hinderung des Ablaufs der Frist bei Geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit Be-

schränkten (§ 106), sowie in Ansehung von Ansprüchen, die zu einem Nachlasse gehören oder sich gegen einen solchen richten (§ 207 — das Nähere dort).

4. **Beweislast.** Daß die Anfechtung nicht rechtzeitig erfolgt ist, hat der Anfechtungsgegner zu beweisen (RG Warn 1911 Nr. 361; Gruch 48, 334; vgl. auch § 121 A 6). Vgl. ferner § 121 A 5.

§ 125

[1]) **Ein Rechtsgeschäft, welches der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelt[2]), ist nichtig. Der Mangel der durch Rechtsgeschäft bestimmten Form hat im Zweifel gleichfalls Nichtigkeit zur Folge[3—7]).**

E I 91 Abs 2 II 104; M 1 178 ff.; P 1 87 ff.; 6 130 ff.

1. Die **Nichtigkeit und ihre Folgen.** a) **Der Begriff Nichtigkeit** ist im Sinne des BGB für alle Fälle, in denen er überhaupt in Frage kommt, ein feststehender und gleichmäßiger, ungeachtet der Mehrgestaltigkeit der Nichtigkeitsgründe. Mag die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts also eintreten aus Gründen, die in der Person des Geschäftsurhebers liegen, insbesondere in seiner Geschäftsunfähigkeit (§§ 104, 105), oder wegen Formmangels (§§ 125 ff.), oder wegen Scheins (§ 117), wegen des Geschäftsinhalts (§§ 134, 138), die Bedeutung der Nichtigkeit an sich ist immer die nämliche. Es empfiehlt sich daher, die Nichtigkeit und ihre Folgen, soweit angängig, hier erschöpfend zu behandeln. Der Begriff Nichtigkeit, auf ein Rechtsgeschäft angewandt, besagt, daß die rechtsgeschäftlich beabsichtigten Folgen wegen Vorhandenseins eines Nichtigkeitsgrundes nicht eintreten können; daß das Rechtsgeschäft grundsätzlich auch keiner Heilung fähig ist, und nur der Abschluß eines neuen Rechtsgeschäfts die beabsichtigten Wirkungen herbeiführen kann (§ 141). Insofern unterscheidet sich das nichtige Rechtsgeschäft vom bloß unwirksamen, das nur von vornherein die gewollte Wirkung nicht zu zeitigen vermag, wohl aber nachträglich durch Hinzukommen eines neuen Ereignisses volle Wirksamkeit erlangen kann. Vgl. beispielsweise §§ 182 ff. und § 177. Mögen sich aus der Vornahme des nichtigen Geschäfts unter Umständen auch sonst gewisse Rechtsfolgen ergeben — z. B. wegen Vorhandenseins einer unerlaubten Handlung —, so sind es doch niemals die g e w o l l t e n. Die Sache liegt auch in solchen Fällen vielmehr so, als wäre ein R e c h t s g e s c h ä f t überhaupt nicht vorgenommen worden, und daß die äußeren Geschehnisse, welche das Rechtsgeschäft zur Entstehung bringen sollten, lediglich als tatsächliche Vorgänge von Bedeutung sind. Aus einem nichtigen Kaufgeschäfte dürfen daher auch keine Gewährleistungsansprüche hergeleitet werden (RG 71, 433). Ist mithin dem nichtigen Rechtsgeschäfte als solchem jede Rechtswirksamkeit versagt, so ist nur folgerichtig: zunächst, daß **jeder Beteiligte** die Nichtigkeit geltend machen darf, und es an und für sich auch nicht als eine sittenwidrige Handlungsweise (§ 138), oder als ein Tun wider Treu und Glauben (§ 242) anzusehen ist, wenn der Beteiligte die Nichtigkeit geltend macht und etwa von einem wegen Formmangels nichtigen Vertrage zurücktritt, selbst wenn er weiß, daß der andere Teil zur Herbeiführung eines formgerechten Vertrags Aufwendungen gemacht hat, die ihm nicht erstattet werden (RG 52, 5; 58, 217; 55, 372; 73, 209; 96, 315; JW 1912, 525[2]). In dem Urteile Warn 09 Nr 537 ist dahingestellt gelassen, ob gegebenenfalls der § 226 anwendbar wäre. Die Frage ist jedoch zu verneinen, da die Nichtigkeit ohne das Dazutun der Partei ohne weiteres Platz greift, und die Rücktrittserklärung mithin an sich etwas rechtlich Unerhebliches, daher aber keine Rechtsausübung im Sinne des § 226 darstellt. Ebensowenig darf der Bereicherungsklage desjenigen, der auf Grund eines formlosen Vertrags geleistet hat, der Einwand aus § 814 entgegengesetzt werden, daß die Leistung einer Anstandspflicht entsprochen habe (Prot 2, 696); wohl aber der Einwand, daß der vorbehaltlos Leistende den Mangel seiner Leistungspflicht wegen Nichtigkeit des Vertrags gekannt habe (RG JW 02 Beil 281 Nr 233). Indes unter besondern Umständen kann in Geltendmachung der Nichtigkeit dennoch e i n e s i t t e n w i d r i g e H a n d l u n g s w e i s e gemäß §§ 242, 826 liegen. Nämlich dann, wenn der eine Teil auf den Abschluß eines formlosen Vertrags schon in der Absicht eingegangen ist, den andern in Sicherheit einzuwiegen, oder ihn vom Abschluß eines formgerechten Vertrags abzuhalten, um demnächst die Nichtigkeit geltend zu machen (RG JW 1913, 986[16]; Warn 08 Nr 38; 1919 Nr 23). Auch demjenigen steht die Einrede der Arglist entgegen, der die Nichtigkeit eines von ihm abgeschlossenen Vertrags (Vergleichs) in der Absicht geltend macht, für sich einen Vorteil zu erlangen, den er ohne den Vertragsabschluß (etwa einen Anspruch aus einem anderweiten Vertrage) gehabt haben würde (RG Warn 1917 Nr 16). Überhaupt ist die Einrede der Arglist (vgl. § 242 A 1) auch gegenüber der unbedingten Nichtigkeit eines Vertrags zuzulassen, wenn das Verhalten des Gegners gegen Treu und Glauben und gegen die guten Sitten verstößt (RG Warn 1918 Nr 13 und Nr 174 unter Hinweis auf RG 71, 425; 76, 354; 85, 120; 86, 192; 87, 282), namentlich also dann, wenn der eine Teil auf den Irrtum des andern Teiles über die Notwendigkeit der Form des abzuschließenden Rechtsgeschäfts eingewirkt hat und dann die Nichtigkeit wegen

des Formmangels geltend macht; daher genügt es aber für die Annahme der Arglist nicht, wenn die Wahrung der Form nur aus Fahrlässigkeit verabsäumt worden ist, mag dann auch das Rechtsgeschäft von den Parteien jahrelang als ein gültiges erachtet und behandelt worden sein (RG 96, 315; JW 1919, 993[2]).

Weiter ergibt sich aus der unbedingten Nichtigkeitsfolge, daß auch der **Richter** die Nichtigkeit von Amts wegen berücksichtigen muß, und auch ein Verzicht auf Geltendmachung der Nichtigkeit wirkungslos ist (RG 61, 267); endlich, daß sich auf die Nichtigkeit des Geschäfts auch **jeder Dritte** berufen kann, der ein Interesse daran hat (RG JW 09, 696[31]; Gruch 54, 165) — beispielsweise also im Falle der Bestellung einer nichtigen Hypothek auch der jedesmalige Nachfolger des Bestellers (RG JW 08, 297[3]); oder der Schuldner einer nichtigen Abtretung gegenüber (RG 93, 75). Vgl. auch § 125 A 1 und § 409 A 1. Ist wegen einer Schuld aus einem nichtigen Rechtsgeschäfte bloß ein Anerkenntnisurteil ergangen, so können sich diejenigen, denen gegenüber das Urteil keine Rechtskraft hat, betreffs der Nichtigkeit auch nicht auf das Urteil berufen (RG JW 09, 131[2]). Darüber, daß das auf Anfechtung ergehende Urteil Dritten gegenüber keine Rechtskraft macht, vgl. § 142 A 1 Abs 2.

Weiter folgt, daß das nichtige Rechtsgeschäft auch **nicht als Grundlage für Nebenrechte,** wie Bürgschaft, Pfand, Vertragsstrafe (§ 344), sowie etwa bei Nichtigkeit aus § 138 nicht als Grundlage einer Klage dienen kann, durch die der Erwerber des Grundstücks etwa festgestellt wissen wollte, daß die Kaufgelderforderung nicht bestehe, um alsdann die Kaufgeldhypothek als Eigentümergrundschuld für sich umschreiben zu lassen (RG Warn 1912 Nr 243). Endlich folgt, daß das nichtige Rechtsgeschäft, weil es der Rechtswirksamkeit grundsätzlich ein für allemal entkleidet ist, einer **Heilung des Mangels,** insbesondere durch Erfüllung, Anerkenntnis oder Vergleich (auch gerichtlichen, RG 27. 6. 04 V 10/04; 9. 2. 07 VI 348/06), begrifflich nicht zugänglich ist (vgl. dazu auch A 2). Auch die Wirkung der einmal erklärten Anfechtung (§ 142) läßt sich somit auf keine Weise wieder beseitigen (vgl. § 142 A 1). Als rechtsbeständig wird in RG 49, 192 sowie RG JW 02 Beil 264 Nr 191 und 23. 10. 06 VII 44/06 allerdings ein Vergleich angesehen, der zur Voraussetzung hat, daß die Parteien ernsthaft gerade darüber streiten, ob das gegebene Rechtsgeschäft nichtig ist, und der somit die Beilegung dieses Streites zum Gegenstande hat. Indessen auch diese Auffassung ist nicht unbedenklich, weil die Erwägung des Reichsgerichts, daß auf derartige Vergleiche der gesetzgeberische Grund, aus dem dem Grundgeschäfte die Rechtsbeständigkeit versagt wird, nicht zutreffe, schwerlich stichhaltig sein dürfte. Wenn A und B ein Geschäft abschließen, das sich in Wirklichkeit als Differenzgeschäft darstellt, demnächst A die Erfüllung verweigert, weil es sich seiner Auffassung nach um ein Geschäft der bezeichneten Art handelt, B dagegen in gegenteiliger Meinung auf Erfüllung besteht, und wenn nunmehr die Parteien sich dahin vergleichen, daß B einen Preisnachlaß gewährt und A die Leistung daraufhin verspricht, dieser Vergleich alsdann aber durch das Gericht als rechtsgültig anerkannt wird, so erfährt dadurch das zugrunde liegende Differenzgeschäft im Endergebnisse jedenfalls mittelbar den ihm vom Gesetze grundsätzlich versagten Rechtsschutz, indem ihm wenigstens die vergleichsweise bedungene teilweise Erfüllung gesichert wird. Unbedingt nichtig sind zweifellos solche Vergleiche, die der Erfüllung des nichtigen Geschäfts dienen sollen (RG 49, 194), oder die auf Aufhebung des nichtigen Rechtsgeschäfts und auf Wiederherstellung des früheren Zustandes gerichtet sind (RG JW 06, 301[4]), und die bezwecken, den Beteiligten so das ohne Rechtsgrund Erlangte zu erhalten, oder ihnen noch ausstehende Vorteile zu verschaffen (RG Warn 1911 Nr 388). Soweit das Gesetz in der Bestätigung (§ 141) und in der Umwandlung (§ 140) Mittel zur Aufrechterhaltung eines nichtigen Geschäfts gewähren will, verläßt es doch nicht den grundsätzlichen Standpunkt, daß das nichtige Geschäft aus sich selbst Rechtswirkungen nicht zu erzeugen vermag (Näheres hierüber bei den §§ 141 u. 140). — Nach § 57 des BörsG gilt ein nicht verbotenes Börsentermingeschäft als von Anfang verbindlich, wenn der eine Teil bei oder nach Eintritt der Fälligkeit sich mit Bewirkung der vereinbarten Leistung einverstanden erklärt und der andere Teil diese Leistung bewirkt. Auch eine verhältnismäßig große Teilleistung kann dazu schon genügen (RG 82, 176). Eine Heilung klagloser Termingeschäfte tritt auch dadurch ein, daß die Parteien durch nachträgliche Vereinbarung den Gegenstand der Leistung ändern und nun diese neue Leistung bewirkt wird (RG Gruch 59, 514).

b) **Der Ausgleich zwischen den Beteiligten** gestaltet sich, wenn die Leistung auf Grund eines nichtigen Geschäfts bewirkt worden ist, verschieden, je nach der Art der Rechtsfolgen der Leistung und nach der Natur des zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses. Hat die Leistung eine Vermögensverschiebung nicht bewirkt, ist vielmehr der Leistungsgegenstand trotz des Vollzugsgeschäfts im Vermögen des Leistenden verblieben, dann muß dessen Rechtsbehelf notwendig ein anderer sein, als wenn jener Gegenstand in das Vermögen des Empfängers übergegangen wäre. Hat beispielsweise jemand auf Grund eines nichtigen Geschäfts dem andern eine Sache zu Eigentum gewähren wollen und hat der andere das Eigentum auch erworben, dann ist eine Vermögensverschiebung eingetreten; hat dagegen die dingliche

Verfügung (Vorbem 7 vor § 104) den beabsichtigten Rechtserfolg nicht erzielt, weil auch sie nichtig war, so ist die Vermögensverschiebung ausgeblieben. In diesem Falle müssen mithin nach den hier eingreifenden Rechtsgrundsätzen (§ 985) auch andere Rechtsbehelfe Platz greifen als im Falle der eingetretenen Vermögensverschiebung (§ 812). Um verschiedene Rechtsbehelfe muß es sich naturgemäß aber auch dann handeln, je nachdem eine sachenrechtliche Leistung in Frage steht, oder eine solche, die dem Gebiete der Schuldverhältnisse angehört. Letzteres ist z. B. der Fall, wenn jemand dem andern auf Grund eines nichtigen Geschäfts eine Forderung überträgt (§ 398), oder wenn er zugunsten des andern eine Forderung erläßt (§ 397), oder ein ihn selbständig verpflichtendes Schuldversprechen abgegeben hat (§§ 780, 781). Im einzelnen gilt demgemäß folgendes: Ist eine **Sache** geleistet worden und ist das Vollzugsgeschäft ebenfalls nichtig, dann steht dem Leistenden in erster Linie die Eigentumsklage aus § 985 zur Seite und für das Gebiet des Liegenschaftsrechts der Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894. Hat dagegen das Leistungsgeschäft, der Nichtigkeit des Grundgeschäfts ungeachtet, die Vermögensverschiebung bewirkt, weil es von jener Nichtigkeit nicht mitbetroffen wird, dann ist der Leistende von vornherein auf den Bereicherungsanspruch gewiesen (§§ 812ff.), während die Anwendbarkeit der Grundsätze vom Rücktrittsrechte gemäß § 346 ausgeschlossen ist (RG JW 09, 486 [6]; 1910, 799 [3]). Auf den Rechtsbehelf aus § 812 ist aber der Leistende auch dann beschränkt, wenn die Vermögensverschiebung erst nachträglich dadurch eintritt, daß der Empfänger die nicht wirksam erworbene Sache demnächst mit Rechtswirkung (§§ 932, 894) weiterveräußert (§ 816), oder endlich, wenn die Sache untergeht. Die Annahme Staudingers (§ 812 A I 4b β), daß dem Leistenden jedesmal die freie Wahl zwischen der dinglichen Klage und der Bereicherungsklage zustehe, muß abgelehnt werden, weil die letztere Klage unbedingt eine Vermögensverschiebung zur Voraussetzung hat, und von einer solchen keine Rede sein kann, solange der Leistende die noch vorhandene Sache von ihrem Empfänger kraft seines Eigentums zurückfordern kann. Gehörte das Leistungsgeschäft dem Gebiete der **Schuldverhältnisse** an und ist es wirkungslos, dann besteht zur Ausgleichung überhaupt kein Anlaß. Denn wie der Leistende nichts einbüßt, so erlangt der andere Teil nichts. Im Falle der Nichtigkeit der Abtretung bleibt das Gläubigerrecht bei seinem früheren Inhaber, und im Falle eines beabsichtigten Erlasses verbleibt die zu erlassende Forderung im Vermögen des Erklärenden; im Falle endlich der Abgabe eines nichtigen Schuldversprechens gelangt eine Verpflichtung nicht zur Entstehung. Der Erklärende hat demnach in allen jenen Fällen höchstens Anlaß zur Erhebung einer negativen Feststellungsklage nach § 256 ZPO, um einer Gefährdung seiner Rechtslage vorzubeugen. Im Falle einer Forderungsübertragung ist es indessen auch hier denkbar, daß noch nachträglich eine Vermögensverschiebung eintritt, wenn nämlich der Zessionar über die Forderung mit Wirkung weiter verfügt (§§ 407—409). Unter diesen Umständen wäre die Ausgleichung wiederum nach §§ 812ff. zu suchen. — Wer auf Grund eines nach § 138 nichtigen Vertrags eine Sache käuflich erwirbt, kann nicht einen Gewährleistungsanspruch erheben; er kann aber Beseitigung der für den Kaufgelderrest eingetragenen Hypothek nach §§ 812, 817 fordern; solange er jedoch die vertragsmäßige Gegenleistung verweigert, anderseits aber die Sache behält, wird sein Anspruch durch die Einrede der Arglist beseitigt (RG 71, 432). Vgl. hierzu auch Warn 1911 Nr 167. Auch die dingliche Hypothekenklage ist hinfällig, wenn die Hypothek auf Grund eines nichtigen Kaufvertrags eingetragen worden ist, ungeachtet dessen, daß das dingliche Vollzugsgeschäft an sich nicht von jener Nichtigkeit berührt wird (RG JW 08, 297 [3]; RG 72, 93). Denn durch die an sich rechtsgültige Hypothekenbestellung wird wegen Nichtigkeit der Kaufpreisforderung keine Hypothek, sondern gemäß §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 nur eine Eigentümergrundschuld begründet (RG Warn 1911 Nr 167). Eine Sicherstellung ist nicht um deswillen, weil der zu sichernde Anspruch aus einem wider die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfte herrührt, gemäß § 138 nichtig; aber sie ist es deswegen, weil der zu sichernde Anspruch überhaupt nicht besteht (RG JW 09, 131 [2]). — In allen Fällen der erörterten Art steht schließlich dem Leistenden von vornherein auch ein **Anspruch auf Schadensersatz** zu, wenn sich der andere Teil eine unerlaubte Handlung hat zuschulden kommen lassen (§§ 823, 826), und er kann alsdann nach den Grundsätzen der §§ 249ff. zum Ziele kommen. — Für den Fall, daß die Voraussetzungen des **§ 817 Satz 2** gegeben sind, entbehrt der Gebende eines Rückforderungsanspruchs aus dem Grunde der ungerechtfertigten Bereicherung überhaupt, also auch des Anspruchs aus § 812 (RG 78, 284; Warn 1912 Nr 98). Es trifft das nach der ständigen Praxis des 5. ZS insbesondere zu bei Rechtsgeschäften, auf Grund deren zum Zwecke eines Bordellbetriebs ein Vermögensgegenstand gewährt und dieser für die Dauer in das Vermögen des Empfängers übergegangen ist (RG 63, 353; 70, 4). Die Vorschrift des § 817 Satz 2 steht dagegen der Rückforderung nicht entgegen, wenn nicht eine dauernde Vermögensvermehrung beabsichtigt war, wie beispielsweise bei bloßer Leistung einer Kaution (RG 67, 322; JW 1911, 186 [16]; 1912, 862 [20], wo ein Grundstück unter der Verpflichtung zur Rückauflassung übereignet war), ferner dann nicht, wenn als Leistung nur „die Eingehung einer Schuldverbindlichkeit" in Frage steht und es sich sonach vorerst nur um ein noch unfertiges, erst

zu erfüllendes Schuldverhältnis handelt, was jedoch ausgeschlossen ist, wenn bereits eine Leistung in Geld oder Geldeswert bewirkt, oder etwa eine Grundschuld bestellt worden ist (RG 73, 143). Der § 817 Satz 2 schließt auch nicht aus, daß derjenige, der ein Grundstück zum Zwecke des Weiterbetriebs eines Bordellgeschäfts auf Grund eines unsittlichen Mietvertrags nur mietweise überlassen hat, das Grundstück mit der Eigentumsklage zurückfordert (RG JW 1911, 186[15]).

c) **Verhältnis des Erfüllungsgeschäfts zum Grundgeschäfte.** Grundsätzlich sind die Erfüllungsgeschäfte von der Rechtsbeständigkeit der Grundgeschäfte unabhängig (vgl. Vorbem 5 vor § 104). Es liegt das eben daran, daß sie vermöge ihrer selbständigen Natur — und zwar bei den sachenrechtlichen Geschäften auf Grund des in der Einigung bestehenden dinglichen Vertrags (§§ 925, 929), bei den Rechtsgeschäften im Gebiete der Schuldverhältnisse ebenfalls schon zufolge der bloßen Willenseinigung (§§ 397, 398, 780, 781) — selbständig zur Entstehung gelangen und somit das Vorhandensein eines rechtsgültigen Grundgeschäfts begrifflich überhaupt nicht zur Voraussetzung haben (vgl. z. B. RG 75, 69; Warn 1911 Nr 167). Diese Auffassung entspricht der allgemeinen Ansicht (RG 63, 184ff.; 68, 98ff.). Der Regel nach könnte daher die Nichtigkeit des Grundgeschäfts die durch das Leistungsgeschäft bezweckte Vermögensverschiebung niemals hindern. Allein unter Umständen wird **das Erfüllungsgeschäft** dennoch **von der Nichtigkeit des Grundgeschäfts mitergriffen.** Das trifft zunächst dann zu, wenn die Parteien das Erfüllungsgeschäft von der Rechtsbeständigkeit des Grundgeschäfts selbst haben abhängig machen wollen, insofern als hierin die Aufstellung einer Bedingung läge (RG 57, 96ff.). Eine solche Annahme wird aber überhaupt am ehesten der Parteiabsicht gerecht werden, so daß der strenge Grundsatz für das praktische Ergebnis erheblich an Bedeutung verlieren muß. Die Fälle, in denen die Parteien ein dingliches Leistungsgeschäft unabhängig von einem Kausalgeschäfte haben vornehmen wollen, werden im Verkehre in der Tat sehr selten sein. Die fragliche Ausnahme trifft ferner da zu, wo der Nichtigkeitsgrund wie dem Grundgeschäfte so ohne weiteres auch dem Erfüllungsgeschäfte anhaftet, was beispielsweise der Fall ist, wenn eine Veräußerung gegen ein unbedingtes Verbotsgesetz vorgenommen (§ 134), oder gemäß § 138 Abs 2 ein wucherisches Geschäft erfüllt wird (§ 138 A 3). Weiter ist der Ausnahmefall auch da gegeben, wo das nichtige Schuldverhältnis und das Leistungsgeschäft zusammenfallen (RG 66, 385), wie etwa unter der Voraussetzung, daß ein Geschäftsunfähiger schenkungshalber eine Sache hat übereignen wollen, oder wenn bei selbständigen (abstrakten) Rechtsgeschäften im Gebiete der Schuldverhältnisse mit der Vornahme eines solchen Leistungsgeschäfts zugleich eine obligatorische Verpflichtung hat begründet werden sollen (RG 63, 187). Endlich überall, wenn derselbe Willensmangel dem Verpflichtungs- wie dem Erfüllungsgeschäfte anhaftet, und beide alsdann angefochten werden (RG 69, 13; JW 09, 45[4]). Handelt es sich um den Nichtigkeitsgrund der Geschäftsunfähigkeit, so kommt es darauf an, ob sie auch noch im Zeitpunkte des Vollziehungsgeschäfts vorhanden war (RG 72, 64). In RG 70, 57 ist angenommen, daß bei einer Vertragspartei, die zum Abschlusse des Kaufvertrags durch arglistige Täuschung von seiten der andern Partei bestimmt worden ist, dieser Betrug im Zweifel auch noch bei Vornahme des Erfüllungsgeschäfts bestimmend fortwirkt, und daß unter solchen Umständen die Anfechtung des Kaufvertrags auch die Nichtigkeit des dinglichen Übereignungsvertrags herbeiführt, falls nicht besonders festzustellen ist, daß die anfechtungsberechtigte Vertragspartei das Erfüllungsgeschäft ohne Rücksicht auf die Täuschung hat vornehmen wollen. Vgl. dazu auch RG 78, 44 und SeuffA 67 Nr 192. Damit ist der starre Grundsatz, daß das Vollzugsgeschäft von der Nichtigkeit des Grundgeschäfts nicht mitergriffen wird, im Sinne der diesseits vertretenen Anschauungen zugunsten der wirklichen Lebensverhältnisse entsprechend gemildert worden. In den Urteilen RG 75, 68; 78, 285 ist anderseits freilich grundsätzlich angenommen, daß, wenn eine Grundstücksveräußerung oder zugunsten des Restkaufgeldes eine Hypothekenbestellung auf Grund eines *gemäß § 138 nichtigen Rechtsgeschäfts* erfolgt, das dingliche Vollzugsgeschäft trotzdem *unbedingt* wirksam zur Entstehung gelange, weil der Nichtigkeitsgrund nicht auch der dinglichen Einigung anhafte und ihr nicht anhaften könne, und zwar hinsichtlich der Hypothek mit der Maßgabe, daß sie als Eigentümergrundschuld dem Eigentümer zustehe. So entsprechend auch RG SeuffA 1914 Nr 47, betreffs der Abtretung einer Hypothek; ferner RG 93, 221, betreffend Abtretung einer Hypothek auf Grund eines formungültigen Kaufvertrags. Indessen dieser, freilich auch im Schrifttum vielfach vertretene Standpunkt erscheint nach dem, was zuvor ausgeführt worden, doch als *bedenklich*. Es ist nicht einzusehen, weshalb es ausgeschlossen sein sollte, daß die Parteien gegebenenfalls auch das dingliche Vollzugsgeschäft gerade zum Zwecke der Herbeiführung des angestrebten unsittlichen Erfolgs vornehmen, beispielsweise die Übergabe und Übereignung des Gebäudes gerade zur Ermöglichung des Bordellbetriebs, und weshalb sollte in solchem Falle der dingliche Vertrag trotzdem fehlerlos sein? An sich scheint es doch mit der Natur eines abstrakten Rechtsgeschäfts auch keineswegs unvereinbar, daß es aus bestimmter Absicht und zu einem bestimmten Zwecke vorgenommen wird, und erachtet man es einmal für möglich, daß ein Willensfehler, der dem

Grundgeschäfte angehaftet hat, demnächst auch das Vollzugsgeschäft derart beeinflussen kann, daß es seine Wirksamkeit ebenfalls in Frage stellt (vgl. oben), dann ist in der Tat nicht ersichtlich, weshalb die Annahme unmöglich sein sollte, daß ein dem Grundgeschäfte anhaftendes widersittliches Wollen das Vollzugsgeschäft ebenfalls noch beeinflussen könne! Vgl. dagegen die den Standpunkt des 5. ZS vertretenden Ausführungen zu § 873 A 7b.

2. Die §§ 125—129 behandeln den **Mangel der Form als Nichtigkeitsgrund.** Im allgemeinen steht das Gesetz auf dem Standpunkte der Formfreiheit. Das Formerfordernis besteht nur insoweit, als das Gesetz ausnahmsweise entweder eine Form selbst besonders vorschreibt, oder als es den Parteien die Befugnis einräumt, eine Form von Fall zu Fall ihrerseits vorzusehen. Die Vertragsfreiheit ist hier im übrigen so weit gewahrt, daß es den Beteiligten zugleich überlassen ist, auch die Art der Form zu bestimmen. — Die **Grundsätze von der unbedingten Nichtigkeit** wegen Formmangels erleiden insoweit eine **Einschränkung** als Platz greift: a) gemäß § 139 die Möglichkeit einer nur teilweisen Nichtigkeit (RG 61, 284; 63, 27); b) gemäß § 140 die Regel von der Aufrechterhaltung des Geschäfts in einer andern Gestalt (Konversion); c) der Ausnahmefall des § 566 sowie des § 1154; d) in den Fällen der §§ 313, 766, 518, 2301 — aber auch nur in diesen Fällen — der Grundsatz der Heilbarkeit der Nichtigkeit durch Erfüllung und im Falle des § 1324 Abs 2 durch Zeitablauf. In den Fällen der §§ 313, 518, 766 wirkt die Heilung jedoch nicht zurück, während in § 1324 Abs 2 (wie entsprechend auch im Falle des § 110) ausdrücklich das Gegenteil vorgeschrieben ist. Auch die Eintragung in das Handelsregister heilt den Mangel der Formlosigkeit des Vertrags nicht (RG 54, 418).

3. Im Ergebnisse sind die Fälle des **gesetzlichen** und des **gewillkürten Formzwangs** sich gleichgestellt. Wo nämlich ein solcher überhaupt besteht, gilt die Regel, daß die Verabsäumung der Form die **Nichtigkeitsfolge** hat, und zwar nach den bei § 139 unter A 1 entwickelten Grundsätzen hinsichtlich des gesamten Geschäfts, soweit es auf einem einheitlichen Vertragsabkommen beruht, selbst wenn der Nichtigkeitsgrund nur einen Teil des Vertrags trifft (RG 63, 27; Warn 08 Nr 25). Das Nähere bei § 139. Auch in den **Landesgesetzen** gegebene Formvorschriften fallen unter § 125 (RG 6. 3. 18 V 346/17); selbst wenn sie vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erlassen sind (RG 29. 1. 16 V 357/15). So insbesondere die Formvorschriften (RG Warn 1919 Nr 23) des **§ 88 der preuß. Landgemeindeordnung,** des § 56 Nr 8 der **preuß. Städteordnung** und des § 137 Abs 3 der **preuß. Kreisordnung,** welche Formvorschriften nicht nur dann Platz greifen, wenn Urkunden über die die Gemeinde verpflichtende Rechtsgeschäfte aufgenommen werden, sondern bei Vornahme solcher Rechtsgeschäfte überhaupt zu beobachten sind (RG 68, 407; 67, 269; 64, 408; Warn 1912 Nr 143 und 474). Dem Formerfordernisse ist jedoch genügt, wenn zum Abschlusse des verpflichtenden Rechtsgeschäfts eine den Vorschriften des zutreffenden Gesetzes entsprechende Vollmacht erteilt worden ist, und der Bevollmächtigte den Vertrag alsdann vollmachtsmäßig, wenn auch formlos abgeschlossen hat (RG JW 1912, 1064[11]; 10. 3. 15 V 516/14; 29. 1. 16 V 357/15; 24. 2. 17 V 338/16). Auch eine allgemeine Vollmacht (Generalvollmacht) genügt in dieser Hinsicht, wenn sie auf einen bestimmt begrenzten Geschäftskreis (beispielsweise auf den Abschluß von Straßenbauverträgen) beschränkt worden ist. Verpflichtende Rechtsgeschäfte, die eine der Städteordnung entsprechende ständige Deputation vornimmt, unterliegen gleichfalls dem Formerfordernisse; da indes der Vorsitzende der Deputation als Stellvertreter des Bürgermeisters anzusehen ist und jedes Deputationsmitglied (auch ein nicht zugleich dem Magistrate angehörendes) innerhalb des Geschäftskreises der Deputation die Stellung eines Magistratsmitgliedes einnimmt, so ist das Formerfordernis durch die Unterschrift des Vorsitzenden und eines Deputationsmitgliedes gewahrt; auch Entschließungen des Magistrats in seiner Gesamtheit erhalten verbindliche Kraft nach außen nur dann, wenn sie dem Geschäftsgegner in formgerechter Weise mitgeteilt sind (RG 89, 433). Das Formerfordernis besteht insoweit überhaupt nicht, als nicht Verpflichtungen für die Gemeinde übernommen werden, beispielsweise also nicht bei bloßen Kündigungen (RG 83, 397; Gruch 60, 516), oder wenn nur der Vertragsgegner eine Verpflichtung eingeht, beispielsweise die zur Straßenherstellung, während die ihm dabei erteilte Bauerlaubnis nur einen Akt der Polizeiverwaltung darstellte (RG 2. 3. 18 V 336/17). — Nach RG 73, 73 ist, wenn die in der pr. Landgemeindeordnung unter Nr 7 Abs 2 Satz 1 geforderte Aufnahme des Gemeindebeschlusses in die Verpflichtungsurkunde unterblieb, der Formmangel geheilt, falls der Beschluß dem Vertragsgegner zuvor mitgeteilt war. Notwendiges Formerfordernis ist nach § 88 der Landgemeindeordnung die Beidrückung des Gemeindesiegels, und dieser etwaige Mangel wird auch nicht dadurch geheilt, daß die Beidrückung des Siegels später nachgeholt wird; die Beidrückung des Siegels ist auch dann erforderlich, wenn die Gemeinde den Veräußerungsvertrag in der Form des § 313 abschließt; endlich muß das Siegel zu der Erklärung der Gemeindevertreter selbst in räumlicher Beziehung stehen, so daß nicht genügt, wenn der Gemeinde-Urkundsbeamte das Siegel seiner Unterschrift beidrückt, es sei denn, daß die Gemeindevertreter sich des Urkundsbeamten als Werkzeug bei der Untersiegelung bedient

hätten (RG JW 1911, 749[3]). Über den Begriff Urkunde im Sinne des § 88 der preuß. Landgemeindeordnung vgl. RG 68, 407. Der Erlaß eines Teiles der der Gemeinde zustehenden Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage (eines Teiles des Pachtzinses) begründet keine neue Verpflichtung der Gemeinde und ist daher nicht formbedürftig (RG 92, 161). Der Form bedarf es auch nicht, wenn eine Stadtgemeinde eine Konzession für den Betrieb eines Unternehmens erteilt und sich hierbei das Recht vorbehalten hat, den Betrieb gegen Entrichtung einer Entschädigung unter Zugrundelegung des vom Unternehmer investierten Kapitals zu gewähren, alsdann aber die dazu vom Unternehmer vorgelegte Abrechnung genehmigt; es genügt hier die Unterschrift des Bürgermeisters, da durch die Genehmigung eine neue Verpflichtung nicht begründet wird (RG 4. 6. 19 V 134/19). Nicht unbedenklich. Auch die **gesetzlichen Formvorschriften** sind **auslegungsfähig** (RG 73, 74).

4. Für den Fall der **Verabredung einer Geschäftsform** geht das Gesetz nicht davon aus, daß eine solche Parteibestimmung immer den für die rechtsgültige Entstehung des Rechtsgeschäfts maßgebenden Formzwang begründen wolle. Nach seiner Auffassung kann vielmehr auch nur beabsichtigt sein, die Form Beweiszwecken dienstbar zu machen. In welchem Sinne nun eine rechtsgeschäftliche Formbestimmung im Einzelfalle zu verstehen ist, ist an sich zwar Sache der Auslegung. Das Gesetz gibt indessen mit Satz 2 eine allgemeine Auslegungsregel, indem es die Vermutung aufstellt („im Zweifel"), es **sei der Formzwang gewollt** (RG Gruch 52, 928). Danach ergibt sich für alle Fälle entsprechender Art zugleich die Beweisregel, daß hinsichtlich der Absicht der Beteiligten derjenige Teil beweispflichtig ist, der behauptet, es sei nur der Beweiszweck gewollt. Ausgeschlossen ist im übrigen nicht, daß die Parteien nachträglich das Formerfordernis durch stillschweigende, keiner Form bedürftige Einigung wieder beseitigen, was namentlich durch die tatsächliche Bewirkung der vertragsmäßigen Leistung zum Ausdrucke kommen kann (RG JW 1911, 94[15]; Warn 1912 Nr 367). Für die Anwendbarkeit des § 125 Satz 2 besteht überhaupt kein Raum, wenn die Parteien die Beurkundung erst nach Abschluß des Vertrages vereinbaren, da das Gesetz die dortige Beweisregel nur betreffs des erst abzuschließenden Vertrags gibt, und daher liegt auch in solchem Falle der Beweis dafür, daß die Gültigkeit des Vertrags von Wahrung der Form abhängig gemacht worden sei, demjenigen Teile ob, der behauptet, daß die entsprechende Vereinbarung getroffen sei (RG 94, 333). — Ist die Aufstellung des Formerfordernisses (soweit nicht der gesetzliche Formzwang besteht) überhaupt ins Parteibelieben gestellt, so muß diesem ein Spielraum auch insoweit eingeräumt sein, als die Parteien zu bestimmen vermögen, **auf welche Bestandteile des Rechtsgeschäfts** sich der **Formzwang** erstrecken soll, ob mithin nur auf die wesentlichen Bestandteile, ohne welche das Rechtsgeschäft überhaupt nicht bestehen kann, oder auch auf die an sich nicht wesentlichen Nebenumstände, wie Erfüllungszeit, Erfüllungsort und Bedingungen, die sog. Nebenabreden (vgl. unten A 6). Im allgemeinen läßt sich hier nun annehmen, daß das durch Parteiabrede vorgesehene Formerfordernis vermutlich auch diejenigen bloßen Nebenumstände mitumfaßt und mitumfassen soll, denen nach Lage des Falles, sei es wegen der Natur des Geschäfts, sei es zufolge der besondern Parteiabsicht, dennoch eine bestimmende Bedeutung beigemessen ist — die sog. relativ wesentlichen. Das trifft stets zu bei Bedingungen; beispielsweise aber auch bei einer Zeitbestimmung betreffs der Dauer einer Bürgschaft oder eines Mietverhältnisses (RG JW 06, 348[5]). — Anlangend das **Formerfordernis beim Vorvertrage** vgl. Vorbem 2 vor § 145. — Auf **die Art des den Formzwang vorsehenden Rechtsgeschäfts** kommt es nicht an. Er kann wie durch Verträge, so durch einseitige Rechtsgeschäfte bestimmt werden, insbesondere auch durch eine letztwillige Verfügung. Das Formerfordernis kann auch stillschweigend vereinbart werden, z. B. notarielle Form in der Weise, daß der eine Teil einen Vertragsentwurf, in dem solche Form vorgesehen ist, dem andern Teile zusendet, und dieser vorbehaltlos antwortet: „nehme Vertrag fest an" (RG Warn 08 Nr 9). — Sieht der Gesellschaftsvertrag einer Aktiengesellschaft für Beschlüsse der Generalversammlung über den § 259 HGB hinaus noch eine weitere Form vor, so ist insoweit der § 125 Satz 2 nicht anwendbar, weil der § 259 eine unbedingte Vorschrift gibt; ein Beschluß der Generalversammlung, der die Form des § 259 wahrt, ist daher, auch wenn die im Gesellschaftsvertrage weiter vorgesehene Form nicht gewahrt worden ist, wegen Formmangels auch nicht anfechtbar (RG 65, 91). — Zwei gegeneinander ausgetauschte Vertragsurkunden bilden eine rechtliche Einheit (RG Warn 08 Nr 25).

5. **Formarten.** Das Gesetz unterscheidet folgende Formen: a) Schriftform, und zwar nur einseitig erforderliche, insbesondere nach den §§ 32, 37, 81, 368, 409, 416, 761, 766, 780, 781, 783, 784, 792, 1154, oder zweiseitig erforderliche (§§ 566, 581 Abs 2); b) amtliche Beurkundung in § 128; c) die öffentliche Unterschriftsbeglaubigung (§ 129); d) die amtliche Beurkundung unter gleichzeitiger Anwesenheit der Parteien (§§ 925, 1015, 1434, 1750, 1770, 2276, 2290); e) die Anwesenheit von Zeugen in § 1318, der aber nur eine Ordnungsvorschrift darstellt.

6. Von praktischer Wichtigkeit ist die Frage der **mündlichen Nebenabreden**; also solcher Abreden, die schon bei Abschluß des Vertrags und nicht erst nachträglich (RG JW 09, 452[3])

getroffen, aber nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen worden sind. Der schriftliche — nicht minder der gerichtlich oder notariell beurkundete — Vertrag hat die tatsächliche Vermutung für sich, daß in ihm der endgültige und maßgebende Vertragswille niedergelegt ist: **„Die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit“** (RG 52, 23; 65, 46; 68, 15; Warn 1911 Nr 6; JW 1912, 237[5]); namentlich dann, wenn die angebliche mündliche Nebenabrede mit dem Inhalte der Urkunde unvereinbar ist (RG 21. 3. 14 V 434/13). Die Vermutung gilt im übrigen auch dann, wenn im Falle der Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts (§ 313) nur eine privatschriftliche Urkunde aufgenommen wird (RG 5. 2. 12 V 359/11); ferner auch dann, wenn die Beurkundungen nur des Beweises halber vorgenommen worden sind (RG 23. 9. 10 III 4/10). Die Anwendbarkeit der Vermutung hat zur Voraussetzung, daß das, was die Parteien schriftlich vereinbart haben, klar und zweifelsfrei ist. Falls solches nicht zutrifft, der Vertrag mithin auslegungsbedürftig ist, muß die Vermutung weichen, und es steht hier vielmehr gemäß § 133 die Ermittlung des wahren Parteiwillens auf Grund aller, auch außerhalb der urkundlichen Erklärung liegenden Umstände, sowie der etwaige Einwand in Frage, der Vertrag sei anders niedergeschrieben worden, als er verabredet war (RG 59, 219; 62, 49ff.; vgl. auch unten § 133 A 1). Für die Anwendbarkeit der Vermutung besteht selbstverständlich auch dann kein Raum, wenn die Erklärung in der Urkunde erweislich lediglich deshalb fortgelassen worden ist, weil der Erklärende oder die Beteiligten meinten, daß die Abrede ohnehin schon aus den schriftlichen Erklärungen enthalten sei (RG 88, 372; 52, 23; JW 06 S 11[7] u. 458[4]; RG 16. 2. 18 V 274/17). Behauptet der eine Vertragsteil, daß der Vertrag **anders niedergeschrieben sei, als verabredet** worden, und will er auf Grund dessen den Vertrag durch Anfechtung wegen Irrtums beseitigen (RG Warn 1910 Nr 1), dann muß er in gehöriger Weise geltend machen, daß er sich über den Inhalt des schriftlichen Vertrags bei Abgabe der Unterschrift im Irrtum befunden habe; vgl. darüber § 119 A 2. Andernfalls steht ihm die Vermutung der Richtigkeit des schriftlichen Vertrags entgegen. Wird nur behauptet, daß die Vertragsurkunde den Vertragsinhalt **nicht vollständig** wiedergebe, weil **daneben noch mündliche** Vereinbarungen getroffen seien, so kommt zunächst in Frage, ob die nur mündlich getroffene Abrede neben dem beurkundeten Vertrag überhaupt Geltung haben und sonach ebenfalls einen Bestandteil des Vertrags bilden sollte; oder aber, ob sie um deswillen völlig unbeachtlich ist, weil die Parteien nicht willens waren, ihr die Bedeutung einer Vertragsabrede beizumessen. Liegt das letztere vor, dann kann die Abrede höchstens bei der Auslegung des Vertrags in Betracht kommen (RG 62, 49; Warn 1910 Nr 408). Vgl. § 133 A 1 Abs 2. Ist dagegen die Abrede als Teil der Vertragsvereinbarungen ins Auge zu fassen, dann kann die Nebenabrede auch neben dem Vertrage Geltung haben, insbesondere als Bedingung (RG 65, 49; 71, 415), und es kommt alsdann bei formbedürftigen Verträgen weiter in Frage, ob nicht der gesamte, förmlich abgeschlossene Vertrag deswegen nichtig ist, weil er der Vollständigkeit entbehrt (darüber weiter unten; vgl. dazu namentlich auch § 313 A 2). Dieser Fall ist freilich dann ausgeschlossen, wenn die Heilung des Formmangels an sich möglich war und im gegebenen Falle tatsächlich herbeigeführt worden ist (§ 313). Denn alsdann erstreckt sich diese Heilung auch auf die nur mündlich getroffene Nebenabrede (RG 52, 4; 54, 109; 61, 251), so daß diese zum Inhalte des Vertrags so vollwertig gehört wie die beurkundete Vereinbarung. Auch wenn im schriftlichen Vertrage bestimmt ist, daß Abänderungen wie Zusätze der Schriftform bedürfen, ist es möglich, daß die Parteien einer mündlichen Nebenabrede Gültigkeit beilegen (RG 95, 175, betreffend Mietvertrag). — Den **Nachweis** endlich, daß im gegebenen Falle eine mündliche Nebenabrede Teil des Vertrags sei, hat gegenüber der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der urkundlichen Erklärung an sich derjenige zu führen, der die Abrede geltend machen will. Dazu kann aber, falls die Vermutung ihrer Bedeutung nicht wieder entkleidet werden soll, nicht schon grundsätzlich die bloße Behauptung genügen, daß vor oder bei dem schriftlichen (förmlichen) Vertragsabschlusse eine solche Abrede überhaupt getroffen worden ist (RG 68, 151). Da vielmehr für die rechtliche Erheblichkeit der mündlichen Nebenabrede notwendige Voraussetzung immer bleibt, daß die Abrede nach dem Willen der Parteien Bestandteil des Vertrags sein sollte, und mithin bei einer im voraus getroffenen Abrede auch erforderlich bleibt, daß die Parteien an ihr trotz ihrer Nichtberücksichtigung in der Urkunde bis zuletzt haben festhalten wollen, so muß auch die Erfüllung aller dieser Voraussetzungen gegebenenfalls von der an sich beweispflichtigen Partei zum mindesten wahrscheinlich gemacht werden. Vgl. RG Warn 1917 Nr 100; 1918 Nr 50. Je nach Lage des Falles und insbesondere nach der inhaltlichen Erheblichkeit der Abrede wird die Beweisanforderung strenger oder weniger strenge zu stellen sein. Bei einer Abrede, die sachlich so erheblich, daß schon an sich die Annahme begründet scheint, die Parteien haben an ihr dauernd festhalten wollen, wird möglicherweise schon darin eine genügende Erhärtung der Behauptung des Beweispflichtigen zu finden sein (RG JW 1912, 237[5] und Warn 1912 Nr 4; RG 16. 3. 18 V 372/17; 11. 5. 18 V 31/18). Dabei können unter Umständen auch schon frühere Umstände den vollen Vertragswillen ausreichend ergeben (RG JW

1910, 936[5]; **RG** 68, 15). Handelt es sich dagegen um eine Abrede minder erheblichen oder außergewöhnlichen Inhalts (beispielsweise um Verzicht auf die Gewährleistung oder anderseits um eine Garantieleistung), dann wird sich ein gewisser Schluß darauf, daß die Abrede auch noch bei Vollziehung des Vertrags (§ 126) als maßgebend erachtet worden, regelmäßig nur dann ergeben, wenn auch wahrscheinlich gemacht wird, weshalb die Aufnahme der Abrede in die Vertragsurkunde unterblieben ist (**RG** JW 1911, 534[5]). Ein allgemeiner Grundsatz aber des Inhalts, der Beweispflicht könne nur dann genügt sein, wenn durch Anführung bestimmter Umstände dargetan worden, weshalb die Nebenabrede nicht in die Urkunde aufgenommen sei, läßt sich nicht aufstellen (**RG** 52, 25; 68, 15; 88, 370; JW 1912, 237[5]; 1915, 506[6]; Warn 1918 Nr 50). Steht endlich in Frage nicht nur, ob die Abrede als Teil des schriftlichen (formellen) Vertrags anzusehen (mit der Folge etwa seiner Nichtigkeit), sondern auch im Falle des § 313, ob die Nichtigkeit des Vertrags geheilt worden, dann erweitert sich in entsprechendem Maße die Beweispflicht und wird jetzt daher auch nachzuweisen sein, daß die Parteien die Abrede auch noch zur Zeit der Auflassung haben gelten lassen wollen. Vgl. **RG** 65, 49; Gruch 48, 793; Warn 09 Nr 350 u. 340, ferner 1910 Nr 1, wo auch der 5. Senat abweichend von seiner früheren Entscheidung 13. 5. 08 V 337/07 sich zum dargelegten Standpunkt hinsichtlich der Beweisanforderungen angeschlossen hat.

Nichtigkeit. Soweit ein Formzwang bestand, sind die nur formlos getroffenen Nebenabreden nichtig (vgl. auch **RG** 65, 393), und ob infolge dieser teilweisen Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts auch der formgerecht abgeschlossene Teil vernichtet wird, hängt davon ab, ob das Geschäft nach dem Parteiwillen nur so Geltung haben sollte, wie es sich nach den gesamten Abreden darstellt, oder ob die Parteien es auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen haben würden (§ 139; **RG** 52, 4; 65, 393). Der nichtige schriftliche Vertrag hat ersterenfalls nur die Bedeutung einer Beweisurkunde. Je nachdem es sich um einen **gesetzlichen oder** einen **nur gewillkürten Formzwang** handelt, besteht dabei folgender Unterschied: Im ersteren Falle ergreift der Formzwang notwendig den ganzen Vertrag, und daraus folgt, daß auch jede einzelne, sei es nach der Natur des Geschäfts, sei es nur nach dem Willen der Parteien wesentliche Abrede von dem Formzwange ergriffen wird; im Falle des gewillkürten Formzwangs dagegen besteht ein Formzwang überhaupt nur insoweit, als es die Parteien wollen (oben A 4), und daher steht auch das in ihrer Willkür, ob die neben dem schriftlichen Vertrage nur mündlich getroffene Abrede nicht trotzdem um deswillen Geltung haben soll, weil sich auf sie der Formzwang überhaupt nicht hat erstrecken sollen. Falls die Schriftform nicht Erfordernis für die Gültigkeit des Vertrags, sind auch die mit dem Wortlaute der Urkunde in Widerspruch stehenden Abreden als rechtswirksam anzusehen, wenn nachgewiesen wird, daß sie anstatt des Beurkundeten Geltung haben sollten (**RG** 68, 16). Im Falle gesetzlichen Formzwangs stellt dagegen eine formlose Nebenabrede die Wirksamkeit des ganzen Vertrags unter den angegebenen Voraussetzungen notwendig in Frage (**RG** 65, 393); im Falle bloß gewillkürten Formzwangs nur „im Zweifel“ § 127. Wird indes durch die mündliche Abrede die Verpflichtung des einen Teiles nur eingeschränkt, dann wird ihre Rechtsgültigkeit durch den Formmangel nicht beseitigt (**RG** 65, 146; 71, 415; Warn 1917 Nr 288; JW 1918, 367[5] — Bürgschaft betreffend). Möglich ist indessen auch, daß eine Nebenabrede sich als ein selbständiger Nebenvertrag darstellt, und daß sie aus diesem Grunde, falls sie selbst nicht formbedürftig ist, neben dem schriftlichen Vertrage Geltung haben kann (**RG** 65, 49; LZ 1919, 590[4], betreffend eine Nebenabrede zu einem Bürgschaftsvertrage). — Überdies greift für den Fall, daß die Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet war, auch die Bestimmung des § 154 Abs 2 mit der Wirkung Platz, daß die Vermutung gegen den Abschluß des Vertrags besteht, solange nicht der gesamte Vertragsinhalt beurkundet worden ist. — Der Einwand, daß man die Urkundenverlesung überhört oder das Selbstlesen versäumt habe, ist in der Regel nicht zuzulassen (**RG** 13. 4. 07 V 378/06). Jedenfalls wird man bei öffentlichen Urkunden bis zum Beweise des Gegenteils davon ausgehen müssen, daß der Vertragspartei durch ihre Erklärung, daß sie das ihr Vorgelesene genehmige, ihren Willen hat kundtun wollen, alles Vorgelesene vollinhaltlich als maßgebend gelten zu lassen. Der Beweis, daß letzteres nicht zutreffe, die Partei vielmehr nur das habe genehmigen wollen, was sie als Vertragsinhalt angenommen habe, ist jedoch zuzulassen. Der § 415 ZPO schließt diese Annahme nicht aus, da das Wort „Vorgang“ in Abs 2 nicht auf die äußeren Umstände des Herganges einzuschränken ist, diese Vorschrift vielmehr auch den Beweis zuläßt, daß der Inhalt der Urkunde nicht dem wirklichen Willen der Vertragspartei bei Aufnahme der Urkunde entspreche (vgl. **RG** 50, 420; JW 09, 1461[21]; 1912, 87[28]; **RG** 15. 4. 16 V 73/16). Die Grundsätze von den Nebenabreden zu einem schriftlichen Vertrage greifen im allgemeinen auch insoweit Platz, als das Gesetz nur einseitige Schriftform verlangt; ferner bei Bestätigungsschreiben nach **RG** Warn 1911 Nr 166, und bei Schlußscheinen eines Vermittlers nach **RG** 2. 2. 06 VII 502/05.

7. **Statutenkollision.** a) Örtlich: Nach Art 11 EG bestimmt sich die Form des Rechtsgeschäfts nach den Gesetzen des Ortes, nach welchen das Rechtsverhältnis selbst zu beurteilen ist; unbedingt genügt jedoch die Beobachtung des Gesetzes des Abschlußorts. Bei Rechtsgeschäften über Sachen ist allein das Gesetz der belegenen Sache (rei sitae) maßgebend. Vgl. ferner Vorbem 11 a. E. vor § 104. b) Zeitlich: Entscheidend ist das zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts geltende Gesetz (Artt 170, 198, 214).

§ 126

Ist durch Gesetz schriftliche Form vorgeschrieben[1]), so muß die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig[2]) durch Namensunterschrift[3]) oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden[3]).

Bei einem Vertrage muß die Unterzeichnung der Parteien auf derselben Urkunde erfolgen. Werden über den Vertrag mehrere gleichlautende Urkunden aufgenommen, so genügt es, wenn jede Partei die für die andere Partei bestimmte Urkunde unterzeichnet[4]).

Die schriftliche Form wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung ersetzt[5]).

E I 92 Abs 1, 3, 94 Abs 1 II 105; M 1 184 ff., 188 ff.; P 1 89 ff., 99 ff.; 5 444; 6 130 ff.

1. Diese Bestimmung bezieht sich — vgl. anderseits § 127 — nur auf die Fälle des **gesetzlichen Formzwangs** (vgl. § 125 A 2 und § 128); ist aber insoweit auch in den außerhalb des BGB geregelten entsprechenden Fällen anzuwenden (**RG** 6. 3. 18 V 340/17). Ihre Beobachtung ist ein wesentliches Erfordernis. Andernfalls tritt Nichtigkeit ein (vgl. § 125 A 3). Zur Wahrung der Schriftform ist erforderlich, daß die sämtlichen wesentlichen Teile des Rechtsgeschäfts, oder bei einem Vertrage die sämtlichen von den Parteien für wesentlich erachteten Teile in die Urkunde mit aufgenommen werden und hierbei in irgendwie erkennbarer Weise ihren schriftlichen Ausdruck finden (**RG** 80, 402 ff. und die dort angezogenen Urteile). — Über die Haftung desjenigen, der schuldhaft das Zustandekommen der Schriftform hindert, vgl. § 125 A 3 a. E. Über die Beweiskraft einer Urkunde vgl. § 416 ZPO.

2. **Eigenhändig** muß die Urkunde vom **Aussteller** (zwar nicht geschrieben, **RG** 57, 67, aber) unterzeichnet werden. Unzulässig ist daher Unterzeichnung durch einen bloßen Schreibgehilfen (**RG** 58, 387; JW 1911, 442[3]). Dem Gesetze wird dagegen genügt, wenn der bevollmächtigte Vertreter als Aussteller der Urkunde mit dem Namen (oder der Firma) des Vertretenen unterschreibt, denn das Gesetz verlangt nur Unterzeichnung „durch Namensunterschrift" durch den Aussteller der Urkunde, nicht aber auch, daß der Aussteller die Urkunde mit seinem eigenen Namen unterschreibt, schließt mithin nicht aus, daß der Aussteller mit dem Namen eines andern unterzeichnet (**RG** 74, 69; 81, 2). Vgl. dagegen Staudinger A IV 2b. Dabei ist von folgender Auffassung auszugehen: Wer einer handlungsfähigen Person die Vollziehung seiner für die Abgabe einer urkundlichen Erklärung erforderlichen Unterschrift überträgt, bedient sich dieser Person der Regel nach nicht als bloßen Werkzeugs, sondern als rechtsgeschäftlichen Vertreters; daher ist das Vorhandensein einer solchen Vertretung regelmäßig anzunehmen, wenn die beauftragte Person den Namen des Auftraggebers unterschrieben hat, und zwar auch dann, wenn das Vertreterverhältnis sonst aus der Urkunde nicht weiter hervorgeht (**RG** 81, 2). Es ist auch statthaft, daß der Vertreter die Urkunde mit seinem Namen und außerdem mit dem Namen des Vertretenen unterzeichnet. Unterzeichnet der Vertreter die Urkunde (Vertrag) nur mit seinem eigenen Namen, dann ist der erforderlichen Schriftform nur dann Genüge geschehen, wenn die Stellvertretung aus der Urkunde selbst irgendwie hervorgeht (**RG** 67, 214; 71, 116; 75, 3; 76, 306; 80, 405; 96, 289). Das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Vertreterverhältnisses wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Vertreter vor Abgabe der Unterschrift zuvörderst die Willensmeinung des Vertretenen einholt (**RG** 76, 99). — Vorstehende Grundsätze gelten insbesondere auch hinsichtlich der Unterzeichnung von Wechseln durch Dritte (**RG** 50, 51; Warn 08 Nr 596). — Sondervorschrift des § 2231 beim eigenhändigen Testamente, wonach der Erblasser die Erklärung auch eigenhändig zu schreiben hat.

3. **Der Name des Erklärenden** (oder gegebenenfalls des Vertretenen, A 2), und zwar der volle Familienname, ist zu unterzeichnen, im Falle des § 17 HGB die Firma. Gleichgestellt der Unterzeichnung des Namens ist die Unterzeichnung mittels beglaubigter **Handzeichen**. Die Frage, ob die Unterzeichnung mit einem „angenommenen Namen", Pseudonym, genügt, wird schon aus Zweckmäßigkeitsgründen zu bejahen sein (vgl. hierüber Staudinger zu § 12 A II 2b). Voraussetzung ist indessen unbedingt, daß das Pseudonym über die in Betracht

kommende Persönlichkeit keinen Zweifel läßt. Bei Unterzeichnung des Namens einer Firma genügt es, wenn sie die Firma so wiedergibt, daß dies der Verkehrsauffassung entsprechend zur Individualisierung ausreicht (RG Warn 1914 Nr 272), und die bloße Firmenzeichnung ist auch materiell ausreichend (RG 50, 60; 75, 1; 63, 122). — Das Vorhandensein einer „**Unterschrift**" als solcher setzt nur voraus, daß sie bei der (fertigen) Urkunde unterhalb des Textes steht (RG 52, 280; 57, 67). Nötig ist es dagegen im allgemeinen nicht, daß sie erst unter den bereits fertigen Text gesetzt wurde. Es genügt daher in der Regel auch die sog. Blankounterschrift (RG 78, 29), so daß derjenige, der eine „Unterschrift" als seine Namensunterschrift anerkennt, gegebenenfalls beweisen muß, daß er die Unterschrift nicht zum Zwecke der Verpflichtung gegeben habe, oder daß der Text ohne, möglicherweise gegen seinen Willen darübergesetzt sei, oder daß die Urkunde nicht seine Erklärung enthalte (RG 57, 66; 58, 169; 60, 408; 63, 234; 71, 116; a. A. Staudinger IV 1 und die dort aufgeführten Schriftsteller). Das Erfordernis der Unterschrift ist erfüllt, wenn sich die vorhandene Unterschrift durch ihre örtliche Stellung äußerlich als eine den Inhalt der Urkunde deckende und sie vollendende Willenserklärung darstellt (RG 62, 175; JW 1911, 576[8]). — Wird ein bereits vollzogener **Vertrag nachträglich** von einem Vertragsteil **abgeändert,** so bedarf es, falls die Abänderung im Einverständnisse mit dem andern Vertragsteile erfolgt, nicht einer nochmaligen Unterschrift, um einen, den nachträglichen Abreden entsprechenden schriftlichen Vertrag herzustellen (RG 27, 269; 78, 30; Warn 1911 Nr 165), wie es gleichfalls grundsätzlich zulässig ist, alte schon unverbindlich gewordene Urkunden ohne nochmalige Unterschrift zur Begründung eines neuen Rechtsgeschäfts mit dem früheren Inhalte zu verwenden (RG 78, 31, betreffend eine wiederholte Hypothekenverpfändung). Die alte Unterschrift deckt auch die Abänderungen. — Als **Aussteller einer Urkunde gilt,** wer die in ihr enthaltene, von ihm unterschriebene rechtsgeschäftliche Erklärung, sei es in eigenem Namen, sei es als Vertreter abgegeben hat (RG 76, 191; 96, 288). Die bloße Mitunterschrift der Urkunde eines andern, die keine Erklärung des Mitunterschreibenden enthält, kann auch keine zu ihrer Begründung der Schriftform bedürfende Verpflichtung (Bürgschaft) zur Entstehung bringen; wohl aber möglicherweise eine Verbindlichkeit, zu deren Begründung die Schriftform nicht erforderlich ist (Schuldübernahme; RG 77, 378; 78, 39). Eine Erklärung, zu der die Schriftform erforderlich ist (Bürgschaft), muß in der Urkunde selbst ihren inhaltlich erkennbaren Ausdruck gefunden haben (RG Gruch 51, 941; Warn 08 Nr 506; 1915 Nr 113 u. 114). — Unwirksam ist die Abtretung einer Hypothek oder Grundschuld an einen ungenannten Zessionar, und eine nachträgliche Ausfüllung einer Blankoabtretungserklärung entbehrt der Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Unterschriftsabgabe jedenfalls da, wo die Schriftform allein oder in Verbindung mit einer andern Tatsache unmittelbar einen dinglichen Rechtsübergang zur Folge hat (RG 63, 234ff.). Nach RG 78, 30 gilt nicht die gleiche Beschränkung bei Blankoverpfändungen von Hypotheken wie Grundschulden. — Die Unterzeichnung muß **handschriftlich** geschehen und kann durch eine in welcher Art auch immer hergestellte Nachbildung nicht ersetzt werden (RG 74, 339; JW 00, 469[3]); auch nicht bei Ausstellung von Verpflichtungsscheinen an Order durch einen Nichtkaufmann (RG JW 1911, 86[3]). Ob der Unterzeichner außer seinem Namen noch etwas anderes schreiben oder lesen kann, ob er ferner der in der Urkunde gewählten Sprache kundig ist oder nicht, darauf kommt es nicht an (RG JW 00, 29[18], teilw. abgedruckt).

4. Bei **Verträgen** muß im Falle gesetzlichen Formzwangs (bei gewillkürtem Formzwange vgl. § 127 Satz 2), wenn nur eine Urkunde vorhanden, die Unterzeichnung notwendig auf der nämlichen Urkunde erfolgen. Nur bei Vorhandensein **mehrerer Vertragsurkunden,** von denen also jede für sich den gesamten Vertragsinhalt wiedergeben muß (RG 95, 83), genügt es für das Formerfordernis, wenn jeder Teil die für den andern bestimmte Urkunde unterzeichnet. Das Zustandekommen des Vertrags schon durch die beiderseitige Unterzeichnung ist aber noch davon abhängig, ob die Erklärung mit der Unterzeichnung auch schon als verpflichtend abgegeben anzusehen ist (§ 130 A 3). Denn schriftlich erteilt ist die Erklärung grundsätzlich keineswegs schon mit der Unterzeichnung des Schriftstücks. Daher ist auch ein schriftlicher Vertrag auf Grund des schriftlichen, mit der Unterschrift des Antragenden versehenen, dem Antragsgegner zugesandten Antrags erst dann zustande gekommen, wenn die nunmehr auch vom Antragsgegner unterschriebene Urkunde an den Antragenden wieder zurückgelangt ist, und dies gilt selbst dann, wenn die beiden Beteiligten sich über den Vertragsinhalt zuvor bereits geeinigt hatten (RG 61, 776; 93, 175; 96, 288 (Ausnahme hiervon nur gemäß § 152). Die ausgetauschten urkundlichen Erklärungen stellen eine Einheit dar (RG Warn 1908 Nr 25). Auch unter Anwesenden ist die Überreichung des Schriftstücks für die Begründung der Verpflichtung an sich erforderlich (RG 61, 415). Vgl. dazu noch § 130 A 1 Abs 3. — Die einseitige Bestätigung eines Vertragsverhältnisses, wo das Gesetz die Schriftform verlangt, genügt nicht zur Wahrung der Schriftform. Diese wird im Falle des § 126 auch nicht durch Auswechslung von Briefen gewahrt, die nur einseitige Erklärungen enthalten (RG 59, 245; 68, 186; 95, 84), auch dadurch nicht, daß der andere

den Empfang des Bestätigungsschreibens bescheinigt (RG 15. 2. 07 III 361/06). Anders im Falle des § 127.

5. **Abs 3** bezieht sich nicht nur — wie § 177 Abs 1 FGG — auf die Beurkundung von Rechtsgeschäften, sondern auf gerichtliche oder notarielle Beurkundungen jeder Art, mithin auch auf solche, bei denen das aufgenommene Protokoll nicht unterschrieben zu werden (RG 64, 82) oder vorgelesen zu werden braucht (RG 76, 194).

§ 127

Die Vorschriften des § 126 gelten im Zweifel auch für die durch Rechtsgeschäft bestimmte schriftliche Form¹). Zur Wahrung der Form genügt jedoch, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, telegraphische Übermittlung und bei einem Vertrage Briefwechsel²); wird eine solche Form gewählt, so kann nachträglich eine dem § 126 entsprechende Beurkundung verlangt werden³).

E I 92 Abs 2, 93, 94 Abs 2 II 106; M 1 185, 187; P 1·90, 92 ff., 99 ff.; 6 130 ff.

1. Danach besteht eine **Vermutung dafür,** daß auch im Falle rechtsgeschäftlich — sei es einseitig (beispielsweise in der Vollmachtsurkunde), sei es vertraglich — vorgesehener Schriftform die Grundsätze des § 126 Anwendung finden sollen. Die Vermutung ist beseitigt, wenn die Parteien etwas anderes bestimmen, und es gilt alsdann nicht die Formvorschrift des § 126, sondern das Vereinbarte. Wer solche abweichende Abmachungen behauptet, hat für sie die Beweislast (RG Warn 1910 Nr 368). Satz 1 bezieht sich nur auf die Erklärungsform, dagegen nicht auch auf eine etwa verabredete Übersendungsform, beispielsweise eines Briefes mittels „Einschreibens" (RG 77, 70). Die §§ 126, 127 greifen auch Platz hinsichtlich eines schiedsgerichtlichen Ausspruchs, wenn seine Schriftlichkeit bedungen ist (RG JW 1911, 412³⁵). — Über nachträgliche vertragliche Beseitigung des Formerfordernisses vgl. § 125 A 4 (RG JW 1911, 94¹⁵).

2. Das Gesetz sieht hier für den Fall nur gewillkürten Formzwangs in Abweichung von dem Falle gesetzlichen Formerfordernisses (§ 126 A 4) zwei Erleichterungen vor, indessen wiederum nur unter der Voraussetzung, daß aus den etwaigen Parteiabreden nicht ein anderer Wille zu entnehmen ist. Es läßt nämlich zur Wahrung der Schriftform auch zu: a) **telegraphische Übermittlung;** b) **bei einem Vertrage Briefwechsel.** Auch das aufgegebene Telegramm braucht die Formvorschrift des § 126 nicht zu erfüllen; denn das Gesetz setzt nur die „Übermittlung einer Erklärung" voraus. Daher ist insbesondere die Abgabe der Namensunterschrift auf dem aufgegebenen Telegramm nicht erforderlich (a. A. Oertmann Anm 3 aα). Beim Briefwechsel handelt es sich um den Austausch von schriftlichen Erklärungen, und daher liegt hier kein Grund vor, von dem Erfordernisse der Unterschrift gleichfalls abzusehen; a. M. Staudinger A 2b; Planck Anm 2. Allein die Zulassung des Briefwechsels als einer Form des schriftlichen Vertragsschlusses will doch eine Abweichung vom Regelfalle offenbar nur insoweit geben, als nicht, wie im Falle des § 126 Abs 2, Unterzeichnung beider Teile auf derselben Urkunde oder wechselseitige Unterzeichnung der mehreren Urkunden verlangt wird. Für die Ansicht, daß das Gesetz die Formfreiheit im gegebenen Falle noch weiter begünstigen wolle, findet sich dagegen in der vorliegenden Bestimmung keine Stütze. — Die vereinbarte Form der Kündigung mittels „eingeschriebenen Briefes" wird dadurch ersetzt, daß der Gegner von dem Inhalte der die Kündigung enthaltenden Klageschrift Kenntnis erhält (RG 77, 70). Das gleiche muß gegebenenfalls allemal gelten, wenn der Gegner von dem Inhalte eines ihm zugegangenen Kündigungsschreibens sonst irgendwie Kenntnis nimmt, da die Ausbedingung eines eingeschriebenen Briefes lediglich die Gewähr dafür bieten soll, daß dem Gegner die Kündigung zugehen werde. — Der Briefwechsel genügt, wenn es sich um ein Abkommen im Sinne des § 566 (Mietverlängerung für mehrere Jahre) handelt (RG Warn 1919 Nr 163).

3. Die **nachträgliche Beurkundung,** in der Form des § 126, dient nur noch dem Beweiszwecke. Da beim Briefwechsel jeder Teil der Empfänger ist, kann auch jeder Teil die Beurkundung verlangen. Behauptet der Beklagte, daß ein Vertrag nicht zustande gekommen sei, weil die Beurkundung vereinbart sei, so muß der Kläger **beweisen,** daß der Vertrag auf die von ihm behauptete Art zustande gekommen sei, wobei für den Tatrichter möglicherweise genügt, wenn dargetan wird, daß der vom Kläger behauptete Vorgang von einem derartigen Vorbehalt nichts erkennen lasse (RG JW 1919, 304³; Warn 1913 Nr 44; vgl. § 127 A 3).

§ 128

Ist durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrags vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann

die Annahme des Antrags von einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird[1])[2]).

E II 106a; M 1 186 ff.; 3 314; 4 311 ff., 972; 5 316; P 5 443 ff.

1. Diese Bestimmung hat ausdrücklich nur den Fall vor Augen, daß **gerichtliche oder notarielle Beurkundung** (nicht bloße Unterschriftsbeglaubigung gemäß § 129) **eines Vertrags** erforderlich ist, und daß dieses Formerfordernis auf gesetzlicher Vorschrift beruht. Das trifft zu bei den Fällen der §§ 311, 312, 313, 518, 1491, 1492, 1501, 1516 ff., 1730, 1748, 2033, 2282, 2291, 2296, 2348, 2351, 2352, 2371, 2385. In den Fällen der §§ 925, 1015, 1434, 1750, 1770, 2276, 2290 ist gleichzeitige Beurkundung vorgeschrieben (vgl. auch § 182 HGB). — Gegebenenfalls sieht das Gesetz hier zur Erleichterung die **getrennte** (sukzessive) **Beurkundung** vor. Erforderlich für das Zustandekommen des Vertrags ist danach grundsätzlich weder, daß die Beurkundung in Gegenwart beider Teile erfolgt, oder daß ihre beiderseitigen Erklärungen zusammen (simultan) beurkundet werden, noch daß sie wechselseitig ausgetauscht werden. Der Vertrag kommt im Falle des § 128 vielmehr zustande schon mit Beurkundung der Annahme. Erforderlich ist auch nicht einmal, daß die notarielle Urkunde über das Angebot bereits durch die Unterschrift des Notars vollzogen und fertiggestellt war, bevor die von dem Antragenden unterschriebene Erklärung dem andern Teile zugeht. Daher ist die Form des § 128 auch dann gewahrt, wenn der Notar die beiderseitigen Erklärungen der beiden Vertragsparteien ohne ihre gleichzeitige Anwesenheit in nur einem Protokolle nacheinander aufnimmt und das Protokoll erst demnächst vollzieht (RG 69, 130 betreffs eines Erbverzichtsvertrags; JW 09, 272[5] betreffs eines Grundstücksveräußerungsvertrags). Streitig. Selbstverständliche Voraussetzung ist stets, daß die beiderseitigen Erklärungen einander entsprechen (RG 52, 433), und daß die eine von ihnen als Antrag, die andere als Annahme aufgefaßt werden kann (RG JW 09, 139[18]). Der Regelfall des § 128 liegt dann nicht vor, wenn eine **Frist für die Annahme** gesetzt worden ist. Denn die Frist kann in der Regel nur dann gewahrt sein, wenn die Annahmeerklärung dem Antragenden fristgerecht so zugegangen, daß er über die Entschließung des andern rechtzeitig unterrichtet worden ist (RG JW 03, 31[36] und RG 49, 127 ff.). Vgl. indes hierüber noch des näheren § 152 A 1. — Bedarf allein das Versprechen der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, wie bei der Schenkung (§ 518), so genügt die Beurkundung dieser Erklärung. — Die Zuständigkeit zur Beurkundung und das **Verfahren** bei öffentlichen Beurkundungen regeln sich nach den §§ 167 ff. FGG. Über die Verfahrenserfordernisse, wenn der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung eine privatschriftliche Urkunde als Anlage beigefügt wird, vgl. § 313 A 3. Die in § 177 Abs 1 Satz 2 FGG sowie die in § 2242 Abs 1 Satz 2 erforderte Feststellung durch die Urkundsperson, daß das Protokoll vorgelesen, von den Beteiligten genehmigt und eigenhändig unterschrieben worden ist, gehört nicht zu denjenigen Teilen des Protokolls, die den Parteien vorgelesen, von ihnen genehmigt und unterschrieben werden müssen, es kann daher die Feststellung auch nachträglich wirksam nachgeholt werden (RG 79, 368). Durch den unter das Protokoll gesetzten Vermerk „vorgelesen, genehmigt, unterschrieben“ wird festgestellt, daß auch die dem Protokolle beigefügten Anlagen mit verlesen worden sind, weil diese einen Teil des Protokolls darstellen (RG 54, 195; 61, 145; 71, 320; 96, 181). Vgl. auch § 313 A 3. — Der Art 141 EG macht einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung dahin, daß sie berechtigt ist, nach ihrer Wahl entweder nur die Gerichte oder nur die Notare für zuständig zu erklären. Nach Art 142 EG bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, wonach in den Fällen der §§ 313, 873 Abs 2 zur Beurkundung des Vertrags und der Einigung auch andere Behörden und Beamte als das Gericht und der Notar zuständig sind, unberührt. Zutreffendenfalls findet § 128 auch hier Anwendung (RG 68, 393). — Über die einzelnen Landesgesetze vgl. Staudinger A 5 zu § 128.

2. Der § 128 umfaßt an und für sich **nicht** den Fall der **rechtsgeschäftlich bedungenen** gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Nach richtiger Ansicht wird indessen im Zweifel auch hier, entsprechend der Auslegungsregel in § 127, anzunehmen sein, daß die Parteien die Befolgung der in § 128 gegebenen Vorschrift gewollt haben.

§ 129

Ist durch Gesetz für eine Erklärung öffentliche Beglaubigung vorgeschrieben, so muß die Erklärung schriftlich abgefaßt und die Unterschrift des Erklärenden von der zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten oder Notar beglaubigt werden. Wird die Erklärung von dem Aussteller mittels Handzeichens unterzeichnet, so ist die im § 126 Abs 1 vorgeschriebene Beglaubigung des Handzeichens erforderlich und genügend[1]).

Die öffentliche Beglaubigung wird durch die gerichtliche oder notarielle Beurkundung der Erklärung ersetzt[2]).

E II 125; P 6 130 ff.

1. **Öffentliche Beglaubigung.** Gegenstand der Beglaubigung ist allein die Namensunterschrift oder die Unterzeichnung mittels Handzeichens. Die Beglaubigung umfaßt daher nicht auch die urkundliche Erklärung. Die Eigenschaft als öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO hat mithin auch nur der Beglaubigungsvermerk, nicht aber auch die Urkunde im übrigen. Da nur die „Unterschrift" oder die „Unterzeichnung" zu beglaubigen ist, so bildet auch die Blankettunterschrift eine genügende Grundlage für die Beglaubigung. Denn nach § 183 Abs 2 FGG erfolgt die Beglaubigung durch einen unter die Unterschrift zu setzenden Vermerk, und eine beglaubigte Unterschrift kann als solche auch dann schon vorhanden sein, wenn der Wortlaut der Urkunde erst nach der Beglaubigung der Unterschrift über diese gesetzt wird. Die Beglaubigung hat endlich auch allein den Zweck, öffentlichen Glauben für die Echtheit der Unterschrift zu erbringen. Zu bescheinigen, welche Erklärung der Unterschreibende hat abgeben wollen, liegt dagegen außerhalb der Aufgabe des Beglaubigungsvermerks (vgl. über die entgegengesetzten Ansichten Oertmann § 129 A 1 und Staudinger A 3; Planck A 1). Soweit nachträglich der Inhalt der Urkunde mit Wissen und Willen des Urhebers abgeändert wird, bedarf es keiner wiederholten Beglaubigung (**RG** 60, 397). — Fälle, in denen das Gesetz **öffentliche Beglaubigung** unbedingt verlangt, enthalten beispielsweise die §§ 77, 371, 403, 411, 1035, 1342. In andern Fällen braucht die Beglaubigung nur auf Verlangen zu geschehen (§§ 1154, 1528, 2121 Abs 1, 2215 Abs 2). Die Zuständigkeit und das Verfahren bei der Beglaubigung bestimmen sich nach den §§ 167, 183, 184 FGG. Nach § 191 a. a. O. bleibt es den Landesgesetzen vorbehalten, auch andere Behörden oder Beamte als zuständig zu erklären.

2. Vgl. § 128.

§ 130

Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht[1]). **Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht**[2]).

Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird[3]).

Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist[4]).

E I 74 II 107; M 1 156 ff.; P 1 68 ff., 330 ff.; 4 131 ff.

1. Der § 130 hat **empfangsbedürftige Willenserklärungen** (Vorbem 1 vor § 116) im Auge und will die Frage — aber auch nur sie — beantworten, in welchem Zeitpunkte solche bereits abgegebenen, mithin bereits in die äußere Erscheinung getretenen und daher überhaupt bereits vorhandenen Erklärungen für und wider den Erklärenden wirksam, also bindend, rechtserzeugend oder verpflichtend werden, falls ihre Abgabe in Abwesenheit des Erklärungsgegners erfolgt ist. Als entscheidend erachtet das Gesetz erst den **Zeitpunkt des Zugehens** der Erklärung, wobei zugleich als selbstverständliche Voraussetzung gelten muß, daß die abgegebene Erklärung dem Gegner auch mit Wissen und Willen des Erklärenden zugegangen ist. Läßt beispielsweise der letztere den an den Gegner gerichteten Brief auf seinem Tische liegen, noch unschlüssig, ob er ihn auch wirklich befördern soll, dann kann für ihn der ohne sein Wissen und Willen durch einen andern beförderte Brief trotz seines so bewirkten Zugangs jedenfalls nicht verpflichtend werden; es sei denn, daß er die Geschäftsführung des andern genehmigte. Darauf nur kann es nicht ankommen, ob etwa die Beförderung auch gerade in der Weise bewerkstelligt wurde, wie sie der Erklärende vorgesehen hatte. — Da das Gesetz den Zugang der Erklärung als maßgebend erklärt, lehnt es damit die „Äußerungstheorie" ab und folgt es der „Empfangstheorie" (**RG** JW 09, 719[5]). Da anderseits aber zum Begriffe des Zugehens einer Erklärung nicht auch gehört, daß der Adressat sie vernommen hat, so ist zugleich auch die „Vernehmungstheorie" verworfen. **Der Begriff des Zugehens.** Nach dem zugrunde liegenden Rechtsgedanken ist die Anforderung des Gesetzes erfüllt, wenn die Erklärung derartig in den Bereich des Erklärungsgegners gelangt ist, daß es ausschließlich an ihm lag, ob er sie „vernehmen" — kennen lernen — wollte oder nicht (**RG** 50, 191), oder daß er über die Urkunde die Verfügungsgewalt erlangte (**RG** 96, 274; JW 1914, 863[2]). Voraussetzung ist dabei also auch, daß die urkundliche Erklärung dem Erklärungsgegner unter solchen Umständen zuging, daß er von ihr alsbaldig Kenntnis zu nehmen voraussichtlich in der Lage war (vgl. **RG** 50, 191;

56, 263; 58, 407; 60, 336; 61, 125). Demgemäß ist insbesondere eine briefliche Erklärung zugegangen schon durch die Ausfolgung des Briefes an den Adressaten, während es gleichgültig ist, ob dieser von seinem Inhalte alsdann auch Kenntnis nimmt (RG JW 05, 488[6]). Eine billige Rücksichtnahme auf den Erklärenden und auf die Sicherheit der Verkehrs nötigen zu der weiteren Auffassung, daß es auch schon genügt, wenn die schriftliche Erklärung dem andern in der Art zugänglich gemacht wurde, daß er zu ihrer Empfangnahme nach den von ihm im allgemeinen getroffenen Einrichtungen instand gesetzt worden war, gleichviel ob er das Schriftstück demnächst auch wirklich in Empfang genommen hat oder nicht. Das wird beispielsweise zutreffen, wenn der Brief in einen an der Wohnung angebrachten Briefkasten hineingelegt war (RG Gruch 54, 1127), oder wenn der Brief mit der Post befördert worden ist und der Adressat nach seiner Abmachung mit der Ausgabestelle seine Postsachen abzuholen hat; oder wenn der Brief einem Familienangehörigen oder einem Dienstboten in der Wohnung des Adressaten abgeliefert worden ist (RG 60, 336; 50, 191; 56, 262; 58, 406). — Falls sich der Erklärende zur Entgegennahme und weiteren Übermittlung der Erklärung an den abwesenden Erklärungsgegner einer solchen Mittelsperson bedient, die nicht ein empfangsberechtigter Vertreter des Genannten ist (§§ 164 Abs 3, 28 Abs 2, Vereine, und § 86, Stiftungen betreffend), wird es in der Regel ausreichen, wenn die Erklärung zu dem angegebenen Zwecke mündlich an einen Hausgenossen des Erklärungsgegners oder den Wohnungswirt abgegeben wird (RG 50, 192; 60, 334; 61, 125). Desgleichen, wenn ein Brief im Kontor eines Kaufmanns an einen Angestellten, oder im Geschäftszimmer eines Rechtsanwalts an einen Schreiber abgeliefert wird (RG 19. 3. 08 V 343/07). Nur ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit aller jener Grundsätze stets, daß der Erklärende bei der Wahl des Mittels die im Verkehr übliche und der Sache nach gebotene Sorgfalt angewendet hat. So wird er im Falle mündlicher Bestellung an eine Mittelsperson, in welchem Falle die Gefahr unrichtiger oder verabsäumter Bestellung erfahrungsgemäß besteht und jedenfalls in höherem Maße besteht, als wenn es sich um die Bestellung eines Briefes handelt, überdies zu prüfen haben, ob die Mittelsperson auch geeignet und fähig ist, die Erklärung pünktlich und richtig weiterzugeben. Wird diesem Erfordernisse entsprochen, dann muß die Erklärung dem andern selbst dann als zugegangen gelten, wenn die Bestellung an ihn wider Erwarten unterblieben ist. Hat sich der Erklärende dagegen einer ungeeigneten Persönlichkeit als Mittelsperson bedient, dann ist im vorausgesetzten Falle die Erklärung nur im Falle wirklich ausgeführter richtiger Bestellung zugegangen (RG 60, 336). — Grundsätzlich ist endlich nur von den gewöhnlichen Verhältnissen auszugehen, unter denen der Erklärungsgegner die Erklärung hätte wirklich vernehmen oder in Empfang nehmen können. Wenn er lediglich wegen Abwesenheit (Ferienreise) oder durch Krankheit an Vernehmung der Erklärung gehindert wurde, oder falls er die Kenntnisnahme geflissentlich oder auch nur schuldhaft gehindert hat, etwa weil er die Verlegung der Wohnung oder der Geschäftsräume dem Absender nicht angezeigt, auch die Postbehörde nicht benachrichtigt hatte, wird die Erklärung unter den erörterten Voraussetzungen dennoch als ihm rechtzeitig zugegangen anzusehen sein (RG 60, 336; 58, 406; 95, 317), so daß der Erklärungsgegner auch die Verspätung des Zugangs nach Treu und Glauben nicht zu seinem Vorteile geltend machen kann. Freilich darf anderseits auch der Erklärende nicht darauf ausgehen, die Abwesenheit oder die Wahrnehmungsunfähigkeit des andern zu benutzen. Ist verabredet, daß eine Erklärung (Kündigung) nur dann rechtswirksam sein sollte, wenn sie mittels eines eingeschriebenen Briefes erklärt worden, dann kann als Zweck der Vereinbarung nur gelten, daß der Zugang der Erklärung gewährleistet und daher der Brief dem Erklärungsgegner (oder seinem Vertreter) persönlich ausgehändigt werden soll. Nicht aber ist der Erklärung mittels eingeschriebenen Briefes die Bedeutung eines Formalakts beizulegen. Daher kann der Erklärungsgegner, wenn ihm die Erklärung überhaupt nur auf irgendeine Weise rechtzeitig zuverlässig bekanntgeworden ist, nicht den Mangel des eingeschriebenen Briefes vorschützen (RG 77, 70). — Der Begriff des Zugehens ist ein Rechtsbegriff, und daher ist die Eideszuschiebung hier unzulässig (RG Warn 09 Nr 271).

Wiewohl der § 130 ausdrücklich nur von den unter **Abwesenden** erfolgenden Erklärungen spricht, ist Satz 1 entsprechend auch bei Erklärungen unter Anwesenden verwendbar. Eine schriftliche Erklärung insbesondere ist auch unter Anwesenden erst „abgegeben" durch ihre Überreichung und wirksam erst geworden in dem Zeitpunkte, in welchem sie dem Erklärungsgegner „zuging", regelmäßig also erst in demjenigen, in dem er das ihm angebotene Schriftstück tatsächlich in seine Verfügungsgewalt gebracht hat (RG 61, 415). Sie gilt im Sinne des § 147 als eine einem Abwesenden gegenüber abgegebene Erklärung (RG 83, 106). Hätte indessen der Erklärungsgegner die Empfangnahme des dargebotenen Schriftstücks geflissentlich unterlassen, um das Wirksamwerden der Erklärung zu hindern, dann müßte die Erklärung trotzdem als rechtzeitig zugegangen gelten (vgl. oben RG 60, 336). Im Verkehre mittels eines **Fernsprechers** ist nur die „von Person zu Person", d. h. seitens des Erklärenden unmittelbar dem Adressaten gegenüber erfolgende Erklärung eine solche unter Anwesenden

(RG 90, 166). Vgl § 147 Anm 1 Abs 2. Andernfalls handelt es sich um eine Erklärung unter Abwesenden unter Verwendung einer Mittelsperson zur Weiterbestellung (RG 61, 126), wobei die sonstigen hier einschlägigen, oben dargelegten Regeln Platz greifen. — Ausnahmen von § 130 in § 121 Abs 1 Satz 2.

2. Durch rechtzeitigen **Widerruf** beseitigt der Erklärende schon die „Abgabe" der Erklärung, und rechtlich möglich ist für ihn die Erreichung dieses Erfolgs um deswillen, weil bis zum Wirksamwerden seiner Erklärung seine Bindung noch nicht eingetreten ist (§ 145 A 2). Entscheidend ist der Zeitpunkt des Zugehens des Widerrufs und nicht erst der der Kenntnisnahme (RG 60, 334; 91, 62). — Die dem Grundbuchamte gegenüber erklärte Eintragungsbewilligung wird durch deren Zustellung an den Begünstigten unwiderrufbar, die Eintragung muß daher auf den Antrag des Begünstigten auf Grund der bei den Grundakten zurückgebliebenen Urschrift auch trotz eines etwaigen nachträglichen Widerrufs erfolgen (RG 8. 4. 11 V 402/10).

3. Diese Bestimmung will nur die Annahme ausschließen, als machten die bezeichneten Vorgänge, **Tod oder Eintritt der Geschäftsunfähigkeit**, bzw. beschränkte Geschäftsfähigkeit, des Erklärenden nach Abgabe der Erklärung diese wirkungslos. Sie bezweckt dagegen nicht, dem Erben oder dem gesetzlichen Vertreter des Erklärenden das ihnen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zustehende Recht des Widerrufs zu nehmen. Anderseits besagt die Vorschrift auch nicht, daß die Erklärung unter den gegebenen Voraussetzungen wirksam werde auch ohne ihren Zugang; oder etwa, daß ein Vertragsantrag nicht der Annahme bedürfe (RG 64, 246).

4. Abs 3 macht die Grundsätze des Abs 1 u. 2 anwendbar für alle Fälle, in denen eine **Behörde als der Erklärungsempfänger** tatsächlich **in Betracht kommt**, mag es sich um eine empfangsbedürftige Erklärung gehandelt haben (vgl. §§ 875, 876, 880 u. a.) oder nicht (§§ 376, 928, 976 u. a.). Das Gericht kann bei einem Vertragsschlusse, der durch seine Vermittlung zustande kommt (Erbesauseinandersetzung), für die Empfangnahme der Erklärungen der Abwesenden auch als Vertreter aufgefaßt werden (RG Warn 08 Nr 188).

§ 131

Wird die Willenserklärung einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben, so wird sie nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht[1]).

Das gleiche gilt, wenn die Willenserklärung einer in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person gegenüber abgegeben wird[1]). Bringt die Erklärung jedoch der in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Person lediglich einen rechtlichen Vorteil oder hat der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung erteilt, so wird die Erklärung in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihr zugeht[2]) [3]).

E I 66 II 107; M 1 139 ff.; P 1 62 ff., 71 ff.; 6 132 ff.

1. Ein **Geschäftsunfähiger** oder ein **beschränkt Geschäftsfähiger** (§§ 104, 106, 114) vermag abgegebene Willenserklärungen nicht mit der Wirksamkeit entgegenzunehmen, daß sie damit als zugegangen (§ 130 A 1) gelten könnten. Das muß sowohl bei Erklärungen unter Abwesenden wie unter Anwesenden gelten. Daß auch die Abgabe der Erklärung wirksam nur gegenüber dem Vertreter erfolgen kann, folgt aus den allgemeinen Grundsätzen.

2. Diese Ausnahme findet ihre rechtliche Grundlage in den §§ 107 u. 183.

3. Falls sich der Erklärungsempfänger nur im Zustande der **Bewußtlosigkeit** oder vorübergehender Geistesstörung befindet (§ 105 Abs 2), greift § 131 nicht Platz, da solche Personen nicht zu den Geschäftsunfähigen gehören. Grundsätzlich kann mithin solchen Personen eine Willenserklärung mit Rechtswirksamkeit zugehen. Man wird aber im allgemeinen annehmen müssen, daß eine Willenserklärung, die wissentlich einem Bewußtlosen gegenüber mündlich abgegeben wird, rechtlich nicht als abgegeben gelten darf, da der Erklärende gar nicht damit rechnen kann, daß seine Erklärung dem andern zugehe. Anders ist die Sachlage bei schriftlichen Erklärungen, da solche zur Verfügung des Adressaten verbleiben und dieser daher von ihrem Inhalte nach Wiedererlangung des Bewußtseins Kenntnis nehmen kann.

§ 132

[1]) Eine Willenserklärung gilt auch dann als zugegangen, wenn sie durch Vermittelung eines Gerichtsvollziehers zugestellt worden ist. Die Zustellung erfolgt nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung.

Befindet sich der Erklärende über die Person desjenigen, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben ist, in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis oder ist der Aufenthalt dieser Person unbekannt, so kann die Zustellung nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung erfolgen. Zuständig für die Bewilligung ist im ersteren Falle das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Erklärende seinen Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat, im letzteren Falle das Amtsgericht, in dessen Bezirke die Person, welcher zuzustellen ist, den letzten Wohnsitz oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes den letzten Aufenthalt hatte.

E I 75, 76 II 108; M 1 160 ff.; P 1 73 ff.

1. Der § 132 gibt ein praktisch bedeutsames, sachlich vollwertiges **Ersatzmittel** für den Zugang einer Willenserklärung in der **Zustellung.** Das Gesetz drückt sich zwar nur dahin aus, daß eine Willenserklärung „auch dann als zugegangen gelte", wenn sie zugestellt werde. Der dahinterliegende eigentliche Rechtsgedanke ist aber der, daß eine abgegebene Willenserklärung, ohne daß es auf ihr Zugehen im gewöhnlichen Sinne (§ 130 A 1) ankommt, schon durch die Tatsache ihrer Zustellung wirksam werden kann (vgl. die §§ 181, 182 ZPO). Der Zeitpunkt der Zustellung ist alsdann auch der des Wirksamwerdens der Erklärung. Dabei dient die Zustellung durch Vermittlung eines Gerichtsvollziehers als allgemeines, ausnahmslos verwendbares Ersatzmittel, die öffentliche Zustellung dagegen nur als ein ausnahmsweise gültiges (§§ 203 f. ZPO; RG Gruch 45, 1025; § 176 ZPO). Zu bewilligen hat die öffentliche Zustellung in diesen Fällen das Amtsgericht (Abs 2 Satz 2). — **Das Verfahren** der Zustellung richtet sich in beiden Fällen nach den einschlägigen Vorschriften der ZPO, wonach sich zugleich auch der Zeitpunkt der bewirkten Zustellung bestimmt. Vgl. für den Regelfall die §§ 167, 169—173, 180—184, 186—191, 193—195, 199, für den Ausnahmefall die §§ 204—207 ZPO. — Nicht zugelassen ist in Abs 1 die Zustellung durch Vermittlung eines Gerichtsschreibers (§ 196) und ebensowenig die Zustellung durch Aufgabe zur Post (§§ 192, 175 ZPO).

§ 133

Bei der Auslegung[1]) einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften[2]).

E I 73 II 90; M 1 154 ff.; P 1 68.

1. Aufgabe der **Auslegung einer Willenserklärung** ist es, deren Inhalt und Tragweite so festzustellen, daß kein Zweifel mehr besteht, daß mithin im Falle schriftlicher Erklärungen sogar für die sonst regelmäßig geltende Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Vertragsurkunde kein Raum übrigbleibt (RG 62, 49; 7. 2. 07 VI 290/06; vgl. auch § 125 A 6). Ziel der Auslegung ist **die Erforschung des wirklichen Willens,** und zwar so, wie die Erklärung nach Treu und Glauben zu verstehen war (RG JW 1915, 571[3]). — Gegenstand der Auslegung kann im Sinne des § 133 nur eine wirklich **abgegebene Erklärung** sein. Denn eine Willenserklärung, die das Gesetz hier als gegeben voraussetzt, liegt so lange überhaupt nicht vor, als der Wille nur ein innerer geblieben ist. Mit der Ermittlung dessen, was der Erklärende etwa außerhalb der abgegebenen Erklärung, sei es neben ihr, sei es im Widerspruche zu ihr, beabsichtigt hat, hat es mithin die Auslegung gemäß § 133 überhaupt nicht zu tun (RG Warn 1912 Nr 3; 1913 Nr 395; 1914 Nr 36), und im Sinne des § 133 (anders gemäß § 157; vgl. dort Anm 1) darf daher ihr Zweck auch niemals eine Willensergänzung sein. Innere unausgesprochen gebliebene Absichten sind grundsätzlich (§ 116) ungeeignet, die ausgesprochene Erklärung zu beseitigen oder an ihre Stelle gesetzt zu werden (RG 67, 433; Gruch 54 S. 387 u. 890; Warn 1914 Nr 177). Soweit ferner die Partei behauptet, infolge Irrtums etwas erklärt zu haben, was sie nicht wahrhaft gewollt habe, oder behauptet, sich in der Erklärungsform vergriffen zu haben, ist das Gebiet der Anfechtung eröffnet (§§ 119, 121; RG 70, 393; vgl. dazu § 119 A 4), für die Auslegung ist dagegen kein Raum. Denn andernfalls würde es sich wiederum nur darum handeln, an Stelle des erklärten Willens einen andern Willen zu setzen. **Auslegungsfähigkeit.** Endlich kann aber auch dann niemals Platz für die Auslegung sein, wenn die abgegebene Erklärung, zumal eine urkundliche (RG Warn 1912 Nr 4), so klar und ihrer Bedeutung nach so zweifelsfrei ist (RG 78, 49; 95, 126; Warn 1919 Nr 2), daß eine andere Deutung ausgeschlossen wäre, was alles allerdings in gewissem Maße wiederum nur durch Auslegung festgestellt werden kann. Unter solchen Umständen ist ein bestimmter Wille in nicht mißzuverstehender Weise zum Ausdrucke gebracht, und der Erklärende muß es sich gefallen lassen, daß er beim Worte genommen wird, selbst wenn er seinerseits mit seiner Erklärung

einen andern Sinn hat verbunden wissen wollen (RG 88, 428). Demnach gehört aber zur Auslegungsfähigkeit einer Willenserklärung ohne weiteres ihre Mißverständlichkeit oder Mehrdeutigkeit (RG 82, 316; Warn 1912 Nr 4), und zwar letzteres nach der Auffassung des Verkehrs und nach Treu und Glauben bemessen (RG 82, 316; JW 1914, 673[1]). Unbenommen ist freilich der Partei der Nachweis, daß sich die beurkundete Erklärung mit dem Willen beider Parteien nicht deckt (RG Gruch 56, 1054; Warn 1912 Nr 288 u. 330). Auch darf sich keine Partei auf die Mehrdeutigkeit einer Erklärung berufen, wenn sie den wirklichen Willen der gegnerischen Erklärung erkannt hatte; denn sie muß die Erklärung alsdann so gegen sich gelten lassen, wie sie gemeint war (RG JW 18, 765[1]). Das Rechtsleben erfordert unbedingt derartige Schranken der Auslegungsfähigkeit. Ist also eine Willenserklärung klar und zweifelsfrei, so ist sie selbst dann nicht auslegungsfähig, wenn sie gegen Treu und Glauben verstößt (RG 82, 316). Denn auf eine klare und unzweideutige Erklärung muß man sich verlassen können. Demgemäß ist es auch ein feststehender Grundsatz, daß jede Partei ihre Erklärung in dem Sinne gegen sich gelten lassen muß, in dem sie von der andern Partei nach Treu und Glauben und nach der allgemeinen Auffassung des Verkehrs verstanden werden konnte, während dem Erklärenden, der behauptet, irrtümlich eine unzutreffende Erklärung abgegeben zu haben, nur die Anfechtung übrigbleibt (RG 67 433; 68 128; 86, 88; 88, 428; 91, 426; JW 1911, 87[4]; Warn 09 Nr 57; 1912 Nr 3). Das gilt auch bei stillschweigenden, durch schlüssige Handlungen abgegebenen Willenserklärungen, so daß auch hier auf stille Vorbehalte nichts zu geben ist (RG 68,128; JW 1915, 19[2], betreffend den Verzicht des Konkursgläubigers auf sein Absonderungsrecht). Vgl. auch § 154 A 1 und § 157 A 1 a. E. Die dargestellten Auslegungsgrundsätze treffen namentlich zu, wenn der Vertrag unter Abwesenden durch Schriftwechsel abgeschlossen ist; der Empfänger der schriftlichen Erklärung kann diese auch dann so gelten lassen, wie sie nach dem klaren und deutlichen Wortlaute zu verstehen ist, wenn er erkennt, daß die Erklärung dem Interesse des Erklärenden zuwiderläuft, und der letztere ist an jene gebunden (RG Warn 1912 Nr 330). Grundsätzlich kommt mithin dem Wortlaute einer vorliegenden Erklärung auch insoweit eine wesentliche Bedeutung bei der Auslegung zu, als er der Auslegungsfreiheit eine Grenze setzt (RG 68, 127; JW 1910 S. 60[3] u. 105[2]). Aber auch dann entbehrt eine Erklärung der Auslegungsfähigkeit, wenn sie — zumal die Urkunde — so widerspruchsvoll oder so widersinnig ist, daß daraus überhaupt nicht festgestellt werden kann, was gewollt war (RG JW 1910, 801[7]). Eine letzte Schranke findet die Auslegung an dem Einverständnisse der Parteien. Eine Auslegungsfähigkeit besteht nämlich auch dann nicht, wenn die Parteien über die Bedeutung einer Erklärung einverstanden sind (RG Warn 1912 Nr 288; Gruch 52, 929; SeuffA 62 Nr 133), oder wenn einer Partei der Beweis gelingt (RG 23. 2. 06 VII 265/05), daß über jene Bedeutung Einverständnis geherrscht hat, auch der Erklärungsgegner also die an sich mehrdeutige Erklärung so verstanden hat, wie sie gemeint war (RG JW 1918, 765[1]); alles freilich nur unter der Voraussetzung, daß sich die Deutung der Parteien mit dem Wortlaute der Erklärung noch in Einklang bringen läßt; denn niemals darf ihre Deutung zu einer Umdeutung führen (RG 70, 393; JW 07, 269[34]; 1918, 765[1]; Warn 09 Nr 60; 1912 Nr 4 und Nr 330). Haben die Parteien in bewußter Übereinstimmung der Vertragsurkunde eine von den wirklichen Vereinbarungen abweichende Fassung gegeben, dann handelt es sich um eine beachtliche Nebenabrede und kann nur das maßgebend sein, was die Vertragschließenden wirklich gewollt haben, und bei formbedürftigen Rechtsgeschäften käme es nur noch darauf an, ob der Gültigkeit der Nebenabrede nicht der Formmangel entgegensteht, oder ob dieser Mangel nicht etwa (vgl. § 125 A 6 und § 313 A 4) geheilt worden ist (RG Warn 1912 Nr 4 und 1915 Nr 7).

Die Auslegung ist **Sache des Richters**, und er darf sich dieser Pflicht nur dann entziehen, wenn er die Ermittlung des Parteiwillens geradezu für unmöglich hält (RG JW 1910, 807[7]). Jene Verpflichtung hat auch mit der Beweisführung und Beweiswürdigung nichts zu tun (RG JW 1915, 650[1]). Die Partei ist nur befugt, dem Richter durch Behauptung bestimmter, außerhalb der auszulegenden Urkunde liegender Tatsachen eine Grundlage für die Auslegung zu schaffen. In diesem Umfange, und nur in diesem Umfange, liegt ihr auch der Beweis ob, und kann sie anderseits auch nur zum Beweise verstattet werden, da die Auslegung selbst eben lediglich Sache des Richters ist, soweit die Auslegungsfähigkeit (s. oben) überhaupt vorliegt (RG JW 06, 226[9]; SeuffA 71 Nr 106). Innerhalb der gegebenen Grenzen soll der Richter mit möglichster Freiheit walten dürfen, und daher ist es ihm auch ausdrücklich erlassen, zugleich aber auch untersagt worden, am buchstäblichen Sinne zu haften. Der Richter darf deshalb nicht die einzelnen Ausdrücke und Wendungen pressen, sondern muß die vorliegenden Erklärungen in ihrer Gesamtheit ins Auge fassen (RG JW 09, 190[2]) und erwägen, welchen Sinn die zweifelhafte Stelle nach dem ganzen Zusammenhange hat. In erster Linie ist der Wortsinn maßgebend, wenn er klar und bestimmt ist (RG JW 1910, 105[2]). Aber unter Umständen ist auch er nicht ausschließlich entscheidend (RG JW 1912, 69[4]). Denn daneben müssen auch der verfolgte wirtschaftliche Zweck des Geschäfts (RG JW 08, 544), die begleitenden Umstände (RG JW 1910, 72[23]) und hierbei gegebenenfalls auch die gepflogenen Vorverhandlungen berücksicht werden (außer den zuvor angezogenen Urteilen auch RG

71 S. 115 u. 223; JW 06, 11[7]; **RG** 29. 4. 04 VII 492/03; 15. 12. 05 III 371/05; 7. 7. 06 V 605/05; 1. 10. 19 V 71/19). Die Benutzung formloser *Nebenabreden* zur Auslegung einer förmlich abgegebenen Erklärung, die an sich statthaft ist (**RG** 59, 219; 62, 48; Warn 1919 Nr 40), findet indessen darin ihre Schranke, daß der formlos erklärte Wille in der förmlichen Erklärung seinen, wenn auch noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muß (**RG** 57, 204; 71 S. 115 u. 223; JW 1910, 998[3]; Warn 1917 Nr 282) und nicht mit ihr in Widerspruch steht. *Es entscheidet der erklärte Wille* (vgl. § 157 A 3; **RG** JW 1910, 998[3]). Aber erklärt ist auch das, was sich als selbstverständliche Folge aus dem ganzen Zusammenhange der getroffenen Abreden darstellt (**RG** Gruch 54, 387). Die Auslegung darf daher *keine abstrakte*, von der konkreten Sachlage, von allen tatsächlichen Umständen und vom Willen der Parteien absehende sein (**RG** JW 08, 476[4]; 09, 387[1]). Ist beispielsweise in einem Versicherungsvertrage bestimmt, daß die Zahlung an die „Erben" erfolgen solle, so ist es Auslegungssache, zu ermitteln, ob die als Erben Berufenen oder die tatsächlich zur Erbschaft Gelangenden gemeint sind (**RG** SeuffA 64 Nr 258). Der Richter wird sich endlich vergegenwärtigen müssen, daß die Parteien keine Juristen sind, und hat ihren Sprachgebrauch zugrunde zu legen (**RG** 24. 9. 07 III 28/07). Auch besteht keine Vermutung, daß die Parteien die Gesetze kennen (**RG** JW 03, 399[7]). Es ist überhaupt nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Willenserklärung, daß der Erklärende sich der rechtlichen Tragweite des von ihm Erklärten nach allen Richtungen bewußt gewesen ist, oder daß er gar den juristischen Aufbau gekannt hat; die rechtliche Tragweite einer Willenserklärung zu ermitteln ist vielmehr Sache des Richters (**RG** 65, 165; Gruch 55, 104). Enthält das erklärte Rechtsgeschäft alle Merkmale eines Mietsverhältnisses, so ist ein solches begründet worden, selbst wenn die Parteien sich dessen nicht bewußt gewesen sind und demzufolge eine juristisch unzutreffende Bezeichnung gewählt haben (**RG** 30. 3. 06 VII 343/05; JW 1910, 191[18]), oder ein Verwahrungsvertrag, wenn die Parteien entsprechend statt Verwahrung Leihe gesagt haben. Haben etwa die Parteien erwiesenermaßen die Verpfändung einer Hypothek beabsichtigt, als verpfändet aber die Hypothekenurkunde bezeichnet, so wird trotzdem die Hypothek selbst als verpfändet gelten müssen (vgl. **RG** Warn 09 Nr 181). Unter „Verpfändung" kann eine Sicherheitsübereignung verstanden sein (**RG** Warn 1910 Nr 448); unter Pfändung des Anspruchs auf Erbauseinandersetzung, Pfändung des Miterbrechts (**RG** Warn 1911 Nr 139). Auch bei der Auslegung eines *Testaments* ist davon auszugehen, daß der Wille des Erblassers nicht ausdrücklich erklärt zu sein braucht, daß er aber in der Gesamtheit der letztwilligen Verfügungen einen wenn noch so unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muß (**RG** 26. 11. 06 IV 212/06). — **Besondere Auslegungsregeln** gibt das Gesetz nicht; insbesondere besagt es nicht, daß unter gewissen Voraussetzungen gegen eine der Parteien (**RG** 53, 60), insbesondere gegen die, der ein Recht eingeräumt worden (**RG** 7. 10. 07 IV 65/07), und ebensowenig, daß unter besondern Voraussetzungen einschränkend auszulegen sei. Aus Gründen, die in der Sache selbst liegen, wird jedoch eine *einschränkende Auslegung* am Platze sein bei einem vertraglich abgemachten *Strafgedinge* (**RG** JW 04, 139[4]; vgl. indes auch **RG** JW 1910, 934[2]; ferner dort 279[2]; 1904, 139[4]; 28. 1. 19 VII 395/18; 1. 11. 19 V 178/19), wonach die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 133, 157, 242 auch bei *Konkurrenzverboten mit Strafgedinge* Anwendung finden, so daß unter Umständen auch eine ausdehnende Auslegung statthaft ist; ferner insbesondere bei Zusagen, welche die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit im wesentlichen einschränken (**RG** JW 00, 277[15]); ferner im Falle der Bestellung eines dinglich beschränkten Rechtes am Grundstücke, wonach nicht anzunehmen ist, daß der Besteller sich auch persönlich hat verpflichten wollen (**RG** 13. 3. 07 V 315/06). Denn es kann als allgemeiner Rechtsgrundsatz gelten, daß niemand sich zu mehr hat verpflichten wollen, als er versprochen hat. Wegen der streng formalen Bedeutung und Wirkung des *Grundbuchrechts* ist auch eine ausdehnende Auslegung über den Wortlaut einer Vormerkung unzulässig (**RG** 10. 2. 04 V 337/03). Anderseits aber gibt das Gesetz in einer Reihe von *Sonderfällen* bei diesen je eigene Auslegungsregeln (vgl. §§ 186, 336, 494, 2066, 2072); insbesondere gehören hierher diejenigen Fälle, in denen das Gesetz besagt, was im Zweifelsfalle gelten solle, wie beispielsweise in den §§ 314, 926, 1031, 1032, 30, 714.

Anwendungsgebiet. Die Auslegung hat ihren Platz auf *dem ganzen Rechtsgebiete*, und zwar nicht nur bei eigentlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, sondern auch bei sonstigen Rechtshandlungen, z. B. bei Gerichtsstandsvereinbarungen (**RG** Warn 1911 Nr 50), insbesondere aber auch auf dem Gebiete des Liegenschaftsrechts (**RG** 52, 476; 19. 6. 14 V 55/14, wonach auch der eingetragene Rangvorbehalt auslegungsfähig ist; **RG** 76, 375; 83, 126; 86, 223, betreffend Auslegung einer Vorrangseinräumung zugunsten von Baugeldhypotheken); bei Strafversprechen (**RG** JW 10, 934[2]), auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften (**RG** 59, 219; 62, 172 ff.; 71, 115, betreffend den Bürgschaftsvertrag gemäß § 766; **RG** 80, 403; LZ 1919, 787[10]; JW 1910, 999[2]), bei Wechselversprechen (**RG** 85, 196) und bei letztwilligen Verfügungen (**RG** 59, 32; 70, 391; JW 1912, 334; Warn 1913 Nr 230; 1916 Nr 111), falls der Wille des Erblassers überhaupt nur irgendwie festzustellen ist (**RG** 30. 3. 11 IV 853/10). Maßgebend sind bei Testamenten alten Rechtes die damaligen Auslegungsvorschriften (**RG**

Warn 1914 Nr 257). Endlich auch bei gesetzlichen Formvorschriften (RG 73, 74). Vgl. über Auslegung von Patenten RG 80, 55; 86, 201; JW 1914, 594[12]; von vertraglichen Schweigegeboten (§ 133f GewO; RG JW 1912, 601[24]). — Bei Auslegung von Gesetzen ist der Richter berechtigt und verpflichtet, alle zur Aufklärung des Gesetzeswillens dienlich scheinenden Mittel nach eigenem Ermessen zu beschaffen, er kann auch Zeugen und Auskunftspersonen hören (RG 81, 282; vgl. auch 79, 136).

2. Revisibilität. Die Frage, inwieweit die Revision auf die Behauptung unrichtiger Auslegung gestützt werden kann (§ 549 ZPO), ist zweifelhaft, und es haben jeweils auch die einzelnen Senate des RG eine verschiedene Stellung zu ihr eingenommen (vgl. Gaupp-Stein, § 549 Note 47, 52, 55). Auszugehen ist davon, daß zwar das Ziel der Auslegung die Feststellung von Tatsachen ist, daß jedoch das Verfahren bei der Auslegung auch die Anwendung von Rechtsgrundsätzen erheischt, und daß daher aus diesem Grunde auch eine Gesetzesverletzung möglich ist (RG 71, 223; JW 09 S. 190[2], 936[6]). Die Revision kann insbesondere auf die Behauptung gestützt werden, daß das Gericht den § 133 insofern verletzt habe, als er sich an den bloßen Wortlaut gehalten und nicht unter Benutzung der begleitenden Umstände den wirklichen Willen erforscht habe; oder darauf anderseits, daß gegen den klaren Wortlaut ausgelegt worden sei (RG 95, 126; Warn 1919 Nr 2), oder darauf, daß eine Erklärung ausgelegt worden, die überhaupt nicht auslegungsfähig war, oder daß der Richter den Auslegungsgegenstand verkannt, oder daß er die Grenzen der Auslegung überschritten hat, oder daß er bei der Auslegung von der Partei behauptete wesentliche Tatsachen nicht berücksichtigt hat, oder Tatsachen anderseits verwertet hat, die nicht Gegenstand der Verhandlung waren (RG 17. 2. 06 V 349/05; JW 1911, 180[9]). Ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, ist keine reine Tatfrage, sondern auch Rechtsfrage (RG JW 06, 456[8]). Die Feststellung, daß die Parteien selbständige Nebenabreden neben der schriftlichen Urkunde getroffen haben, ist als tatsächliche Feststellung der Nachprüfung in der Revisionsinstanz entzogen (RG 28. 10. 10 II 219/10). Desgleichen der Regel nach die Feststellung, daß ein wichtiger Grund zur sofortigen Kündigung im Sinne der §§ 70, 72 HGB gegeben war (RG JW 1911, 57[60]). Die Frage, ob eine Vertragsabrede genügend bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist, unterliegt der Nachprüfung (RG 85, 289).

Privilegien, die nicht durch lästigen Vertrag erteilt worden sind, stellen eine nachprüfbare Rechtsnorm dar (94, 36 und die dort angeführten Urteile). — Bei Auslegung allgemeiner Versicherungsbedingungen, wie überhaupt bei Urkunden, die allgemein für den Verkehr bestimmt sind und einen typischen Inhalt haben (Genußscheine einer Aktiengesellschaft oder formularmäßige Rentenguts-Vertragsbedingungen), ist das Revisionsgericht an die Auslegung des Berufungsgerichts nicht gebunden (RG 81, 117; 83, 296; 29. 6. 18 V 75/18; JW 1919, 189[11]). Dieser Standpunkt ist im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung durchaus zu billigen. Auch die bekannten formularmäßigen Mietverträge von Hausbesitzervereinigungen könnten hierher gehören.

§ 134

Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig,[1]) wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt[2])[3]).

E I 105 II 100; M 1 210 ff.; P 1 122 ff.

1. Die **Nichtigkeit** (§ 125 A 1) von Rechtsgeschäften, die **gegen ein Verbotsgesetz** verstoßen, ist eine derart unbedingte und vollkommene, daß aus ihnen weder eine Klage noch eine Einrede entsteht. (Inwiefern die Nichtigkeit eines Teiles des Rechtsgeschäfts dieses insgesamt vernichtet, vgl. § 139 und A 1 weiter unten.) Der gesetzliche Grund der Vorschrift liegt in dem Satze: jus publicum privatorum pactis mutari non potest. Voraussetzung ist, daß sich das Verbot gegen das Rechtsgeschäft selbst richtet und daß also das Rechtsgeschäft objektiv gegen das Gesetz verstößt. Im übrigen aber macht es keinen Unterschied, ob gegen den Wortlaut des Gesetzes unmittelbar gefehlt ist, oder ob der unzulässige Erfolg durch die Umgehung des Gesetzes erreicht werden soll (JW 1911, 708[3]). Vgl. beispielsweise § 313 A 2. Freilich liegt eine solche Umgehung des Gesetzes nicht schon dann vor, wenn, ohne daß der angestrebte Erfolg an sich gesetzlich unzulässig wäre, nur ein zu seiner Erreichung gesetzlich unstatthaftes Mittel gewählt worden ist, und sonach der an sich zulässige wirtschaftliche Erfolg anstatt durch jenes unzulässige Mittel durch ein statthaftes Rechtsgeschäft von anderer Rechtsform erzielt werden konnte (vgl. beispielsweise unten § 137 A 4), so daß es sich auch nicht um eine Vereitlung des Gesetzeszwecks handelt (RG 37, 62; 44, 108; 61, 299). Ein Vorteil aber, dessen Erlangung das Gesetz verbietet, kann niemals auf dem Wege des Schadensersatzanspruchs zu einem schutzfähigen werden (RG 90, 306). — Auf die **Form des Verbots**, ob es ausdrücklich oder mittelbar erlassen ist, kommt es nicht an. Unwesentlich ist es ferner, ob das Verbot in einem Strafgesetze oder in einer privatrechtlichen Norm enthalten ist, endlich, ob in einem Reichsgesetze oder Landesgesetze. Der Sprach-

gebrauch des BGB bedient sich, um einer Bestimmung die Eigenschaft als Verbotsgesetz beizulegen, verschiedener Ausdrucksformen. In einer Reihe von Vorschriften erklärt es das verstoßende Rechtsgeschäft ausdrücklich als nichtig (vgl. §§ 248, 310, 312, 443, 723 Abs 3, 746 Abs 3, 795 Abs 3, 925 Abs 2, 1136, 1229, 1714 Abs 2, 2040, 2302). In andern Fällen bezeichnet es die rechtliche Unmöglichkeit des Rechtserfolgs durch die Wendungen „kann nicht" (**RG** JW 1912, 29[11]) und „ist nicht übertragbar" (vgl. beispielsweise §§ 137, 225, 276 Abs 2, 399, 400, ferner 514, 613, 717). Die Ausdrucksweise **„kann nicht"** weist jedoch nicht immer auf Nichtigkeit hin. So nicht im Falle des § 181. Wenn es dort heißt, daß der Vertreter ein Rechtsgeschäft namens des Vertretenen mit sich im eigenen Namen regelmäßig nicht vornehmen könne, so will das nur so viel besagen, daß ein derartiges Rechtsgeschäft nicht allein für sich imstande ist, die beabsichtigte Wirkung auszuüben, will jedoch nicht die Möglichkeit ausschließen, daß das Geschäft durch die nachträgliche Genehmigung des Vertretenen wirksam wird (vgl. das Nähere bei § 181 A 1). Ähnlich wie bei § 181 dürfte die Sache auch im Falle der §§ 1795 u. 1630 Abs 2 liegen, betreffend das Erfordernis der Vertretung des Mündels oder des Hauskindes durch den Vormund oder durch elterliche Gewalthaber; ferner bei § 719. Das vom Vormunde oder dem Vater in Fällen der gedachten Art vorgenommene Rechtsgeschäft wäre genehmigungsfähig und könnte durch die nachträgliche Genehmigung seitens der großjährig Gewordenen oder seitens des Pflegers wirksam werden. Vgl. auch § 399 A 1. In denjenigen Fällen, in denen sich das Gesetz des Ausdrucks **„darf nicht"** bedient, nimmt es für den Fall des Zuwiderhandelns nicht ohne weiteres und nicht regelmäßig Nichtigkeit an. Es sieht vielmehr die Folgen der Zuwiderhandlung regelmäßig besonders vor (vgl. §§ 456, 457, 458, 1238, ferner §§ 1309, 1310, 1312 und dazu §§ 1326, 1327, 1328). Der Ausdruck **„soll nicht"** bedeutet nur eine nicht wesentliche Ordnungsvorschrift. Dem Sprachgebrauche des BGB schließt sich entsprechend das HGB an (vgl. beispielsweise die §§ 60, 74 Abs 2, 3).

Als **Verbotsgesetze** im Sinne des § 134 kommen in Betracht: § 288 StGB; HGB §§ 23 (**RG** JW 07, 843[24]), 74, 109, 261 (**RG** 72, 37); KO § 181 (**RG** 72, 48), die §§ 1 u. 2 des AbzG; Art 32 der RV; § 1 des FreizügG (**RG** Warn 1915 Nr 8); die Bestimmung des § 10 der GewO, welche der Neubegründung von Gewerbeberechtigungen, Zwangs- und Bannrechten entgegentritt; ferner die Bestimmungen, die das Recht zum Gewerbebetriebe von Genehmigung, Konzession oder Erlaubnis abhängig machen (§§ 14ff., 33ff., 55ff. GewO). Das Nordostseekanal-Gesetz v. 16. 3. 86 verbietet den vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung des Staates (**RG** 68, 358). Der § 12 Abs 3 des Ges., betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen, v. 4. 12. 99, schließt die Zulässigkeit eines beschlußmäßigen Verzichts auf die dem Nennwerte der Schuldverschreibungen entsprechenden Kapitalansprüche aus (**RG** 75, 259). Nach feststehendem Grundsatze sind insbesondere nichtig Verträge, die bezwecken, unter Täuschung der zuständigen Behörden die einer bestimmten Person konzessionierte Gast- und Schankwirtschaft auf einen andern zu übertragen, gleichviel in welcher Form das Gesetz umgangen ist (vgl. oben A 1), ob im Wege eines Mietvertrags oder durch angebliche Bestellung des andern als Stellvertreter (**RG** 12. 1. 06 III 230/05; 8. 2. 06 VI 193/05; 25. 3. 07 VI 379/06; JW 1912, 456[2]; Warn 08 Nr 371 u. 09 Nr 443); **die sog. Kastellanträge:** Verträge, die eine nach §§ 33, 147 Nr 1 GewO unerlaubten Wirtschaftsbetrieb zum Gegenstande haben, in welcher Geschäftsform auch immer die Überlassung des Betriebes stattfindet (**RG** 39, 268; 63, 145; 67, 323; 84, 305; Warn 08 Nr 276; 09 Nr 443; JW 17, 654[1]). Die Nichtigkeit erstreckt sich hier gegebenenfalls, jedoch nicht notwendig, auch auf den Mietvertrag im übrigen, oder auf die einzelnen infolge des Getränkeabnehmervertrags abgeschlossenen Kaufgeschäfte (**RG** 12. 1. 06 III 230/05 u. 8. 2. 06 VI 193/05); ebensowenig auf die für die Wareneinkäufe geleistete Bürgschaft (**RG** Gruch 50, 919); wohl aber gegebenenfalls auf solche Kaufpreisforderungen, die die Natur des Anspruchs als Pachtzins verdecken (**RG** JW 1912, 133[5]). Die Leistungen der einen oder andern Partei, welche unmittelbar auf Grund von Verträgen der bezeichneten Art bewirkt werden, unterliegen hinsichtlich der Rückforderung der Ausnahmevorschrift des § 817 Satz 2 (**RG** 72, 48, betreffend § 181 Satz 3 KO); dies jedoch gegebenenfalls nur dann, wenn die Leistung zur Erfüllung eines Vertrags erfolgt war, der einen gesetzlich verbotenen Zweck verfolgte (**RG** Gruch 61, 303 zu § 400). Dagegen können Leistungen, die, wie die Bestellung eines Pfandes, auf Grund eines Nebenvertrags erfolgt sind, nach § 812 zurückgefordert werden (**RG** 67, 321; vgl. ferner § 400). Ein Verbotsgesetz enthalten auch die §§ 135, 154a GewO. Gegebenenfalls schließt jedoch die Nichtigkeit des Dienstvertrags das Kind nicht von der Unfallversicherung aus (**RG** 66, 42). Nichtigkeit droht endlich § 133f GewO bei Vereinbarung einer Konkurrenzklausel mit einem minderjährigen Angestellten an. Vgl. auch § 135 A 5. Verträge zwischen Ärzten und Krankenkassen, wenn diese sich gegen § 414 Satz 2 RVO ohne die erforderliche Genehmigung zum gemeinsamen Abschlusse von Verträgen mit Ärzten vereinigt haben, sind nichtig (**RG** 86, 371; 90, 39; JW 1917, 595[3]). — Bilanzen, die unter Verletzung der Vorschriften der §§ 30 HGB oder 42 GmbHG auf-

gestellt werden, sind nach § 134 nichtig (RG 80, 333). Verstößt der Vertreter einer Aktiengesellschaft zu deren Schaden gegen ein Strafgesetz (§ 266 StGB), so macht er sich dadurch gegen die Aktiengesellschaft ersatzpflichtig, aber dem Dritten gegenüber, der durch die Verfügung Rechte erwirbt, bleibt das Rechtsgeschäft gültig, falls er nicht an der strafbaren Handlung teilgenommen hat; Voraussetzung ist hierbei jedoch, daß das vom Vertreter vorgenommene Rechtsgeschäft nicht aus § 138 oder aus § 134 nichtig war (RG 78, 353). Eine Gemeinde, die im öffentlichen Interesse eine Anlage geschaffen hat (Hafenanlage), für deren Benutzung ein staatlich genehmigter Tarif aufgestellt ist, kann nicht vertraglich die Gebühr herabsetzen (RG JW 1914, 185[1], zu den §§ 4, 5, 7 des PrKommAbgG). — Die Umwandlung eines freien Gutes in ein Ansiedlungsrentengut gemäß den preuß. Besitzbefestigungsgesetzen (v. 20. 3. 08; 26. 6. 12; 28. 5. 13) mit dinglichem Wiederkaufsrechte verstößt nicht gegen den Vorbehalt des Art 62 EG, noch gegen ein sonstiges Gesetz (RG 84, 100). — **Ausländische Verbotsgesetze** haben nicht die verbindliche Kraft der inländischen Gesetze. Es wird vielmehr in jedem Falle die Nichtigkeit oder Zulässigkeit des Geschäfts nach dem inländischen Rechte zu prüfen sein und dabei insbesondere der Gesichtspunkt in Frage kommen, ob das Geschäft gegen die guten Sitten verstößt (§ 138), und welche Bedeutung das inländische Recht dem ausländischen Verbote nach dessen Zweck und Inhalt beilegt (RG Warn 1912 Nr 241; Gruch 61, 461). Vgl. auch EG Art 30. Unter Umständen treffen bei einem Rechtsgeschäfte die Nichtigkeitsgründe sowohl des § 134 wie des § 138 zu, so bei einem vertragsmäßigen Ausschlusse der Berufung für den Fall, daß auf Ehescheidung erkannt werden sollte (RG 70, 60).

2. Ob sich **aus dem gesetzlichen Verbote ein anderer Zweck** ergibt als der, Rechtsgeschäfte entsprechenden Inhalts unmöglich zu machen, ist durch Auslegung und unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Grundes zu ermitteln. a) Verbote eines Strafgesetzes insbesondere machen ein Rechtsgeschäft nicht nichtig, wenn sie sich nur gegen die Handlungsweise des einen Teiles der Vertragschließenden richten, wie das beispielsweise zutrifft bei den §§ 253, 263, 301, 302, 288 StGB und bei § 7 AbzG (vgl. des näheren RG 60, 275), sowie bei dem noch geltenden § 270 des PrStGB (RG 60, 64; JW 1912, 525[2]; Warn 1912 Nr 368). (Der § 270 enthält aber ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2, indem er namentlich eine Gefährdung der Interessen des Zwangsvollstreckungsschuldners und der übrigen Beteiligten verhüten will; RG JW 1912, 44[42]; JW 1911, 291[34]). Ferner dann nicht, wenn nach der Absicht des Gesetzes das betreffende Geschäft nicht schon allgemein mit Rücksicht auf seine Natur, sondern nur wegen der besondern Umstände seiner Vornahme untersagt sein soll, wie solches der Fall bei der Vornahme von Kaufgeschäften unter Verstoß gegen die Bestimmungen über die Sonntagsruhe (GewO §§ 41a, 146a), ferner bei Schenkungen, sofern dabei seitens des Beschenkten gegen das Verbot des Bettelns gefehlt wird. In diesen Fällen trifft übrigens das Verbot wiederum nur die Person der einen Vertragspartei. Das ist auch der Fall beim Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterien (RG 48, 178; 58, 278). b) Die Nichtigkeitsfolge haben ferner nicht die gesetzlichen und behördlichen Veräußerungsverbote im Sinne der §§ 135, 136. c) Ebensowenig ist die Nichtigkeit geknüpft an die Strafbestimmung des § 241 KO, selbst für den Fall des Zuwiderhandelns beider Vertragsteile (RG 56, 229; 26. 9. 02 VII 181/02). Die Vorschrift des § 138 I 8 ALR, betreffend die Verpflichtung zur Verwahrung von Fenstern, dient nicht dem öffentlichen Interesse, sondern dem des Nachbarn (RG Warn 1913 Nr 152). — Wenn die zuständige Behörde die Genehmigung zur Ansiedlung davon abhängig macht, daß das betreffende Grundstück an keine Person polnischer Nationalität veräußert wird, so handelt es sich um einen erlaubten privatrechtlichen Vertrag (Vorbem 1 vor § 145); auch läßt sich aus den Vorschriften der §§ 13, 13b PrAnsiedlG kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134 herleiten (RG 73, 18). — Nach ihrem Zwecke, die Waren für einen erschwinglichen Preis den Verbrauchern zugänglich zu machen, ist auch die Höchstpreisverordnung (Ges. v. 4. 8. 14 und 21. 1. 15) kein Verbotsgesetz im Sinne des § 134; die unter Verletzung der Verordnung abgeschlossenen Käufe sind daher nicht nichtig, sind vielmehr unter Herabsetzung der Preise auf ein angemessenes Maß aufrechtzuerhalten (RG 88, 250). Ebensowenig ist § 1 der Reichskanzlerverordnung v. 24. 6. 16, betreffend den Verbot des Kettenhandels, ein Verbotsgesetz im Sinne des § 134, weil diese Vorschrift nur gewerbspolizeilicher Natur ist und die bürgerlich-rechtliche Gültigkeit eines betroffenen Rechtsgeschäfts nicht berühren will (RG 96, 244). Wohl aber sind der § 11 der genannten Verordnung sowie der gegen eine übermäßige Preissteigerung gerichtete § 5 Nr 1 der BRVO v. 23. 3. 16 Verbotsgesetze (RG a. a. O.).

3. **Unvollkommene Verbindlichkeiten.** Wohl zu unterscheiden von den Fällen, in denen das Gesetz einem Rechtsgeschäfte jede rechtliche Wirkung abspricht (A 1), sind diejenigen, in denen es wegen des Geschäftsinhalts zwar die Klage versagt, anderseits aber doch mittelbar eine erfüllbare Schuld als bestehend anerkennt, so daß die Rückforderung ausgeschlossen ist. Hier besteht zwar kein voll wirksamer Anspruch im Sinne des § 194, jedoch ein durch Ein-

rede geschütztes Interesse. Wird mithin die versprochene Leistung gewährt, so ist zwar eine klaglose Forderung, aber keineswegs eine wirkliche Nichtschuld erfüllt (vgl. RGSt 40, 29), und der Empfänger der Leistung hat nicht eine Schenkung und nicht eine grundlose Bereicherung erfahren. Es handelt sich hier sonach um die sog. unvollkommenen Verbindlichkeiten. Nach dem BGB stehen dabei in Frage die Forderungen aus Spiel, Wette, staatlich nicht genehmigter Lotterie, Differenzgeschäft (§§ 762, 763, 764) sowie die Forderung auf den Ehemaklerlohn nach § 656. Durch § 763 haben landesgesetzliche Verbote des Spielens in auswärtiger Lotterie für das Zivilrecht ihre Bedeutung verloren. Als Grundlage für ein wirksames Strafgedinge reichen auch solche unvollkommene Verbindlichkeiten nicht aus (§ 344 A 1), wohl aber als Grundlage für eine wirksame Schuldübernahme (RG Warn 1916 Nr 68).

§ 135

Verstößt die Verfügung[1]) über einen Gegenstand gegen ein gesetzliches Veräußerungsverbot, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, so ist sie nur diesen Personen gegenüber unwirksam[2]). Der rechtsgeschäftlichen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung erfolgt[3]).

Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung[4]).

E I 107 Abs 1, 2 II 101; M 1 212 ff.; P 1 124 ff.; 6 129 ff.

1. Über den Begriff **Verfügung** vgl. Vorbem 7 vor § 104.

2. Der § 135 hat es in erster Linie zwar ebenfalls mit gesetzlichen Verboten, und zwar **Veräußerungsverboten** zu tun, aber doch nur mit solchen, welche nicht wie die unbedingten Verbote des § 134 den Schutz der Allgemeinheit, sondern nur den **Schutz bestimmter Personen** bezwecken: mithin mit den nur bedingten (relativen) Veräußerungsverboten. Folgerichtig sehen diese für den Fall der Zuwiderhandlung auch nicht unbedingte Nichtigkeit gemäß § 134 vor; sie berühren die Rechtsbeständigkeit der gegen sie verstoßenden Verfügungen vielmehr nur so weit, als das anzuerkennende Interesse der geschützten Person getroffen und zu wahren ist. Dieser gegenüber ist die Verfügung unter den angegebenen Voraussetzungen daher unwirksam, als wäre sie nichtig. Sonst ist sie dagegen voll wirksam. Hat beispielsweise A eine Sache oder eine Forderung, deren Veräußerung ihm zugunsten des B verboten war, an C veräußert, so ist dieser zwar der Eigentümer oder der Gläubiger geworden, aber zugunsten des B ist es so anzusehen, als wäre noch A der Eigentümer oder der Gläubiger geblieben, und demgemäß würde auch A noch imstande sein, die Forderung, trotz der zuvor bereits an C erfolgten Abtretung, auf B zu übertragen. — Ob die nur bedingte Unwirksamkeit gegebenenfalls überhaupt zu berücksichtigen ist, hängt demnach auch lediglich vom Befinden des Geschützten ab, da allein sein besonderes Interesse in Frage steht. Das Recht, sie geltend zu machen, ist daher auch verzichtbar. Es muß auch erlöschen, sobald die Voraussetzung für die Schutzbedürftigkeit, das schutzbedürftige Interesse, fortfällt. Trifft beispielsweise ein Gemeinschuldner eine den Gläubigern gegenüber nach § 7 KO unwirksame Verfügung, dann würden die Gläubiger an Geltendmachung der Unwirksamkeit nach Aufhebung des Konkurses im Wege des Vergleichs kein erkennbares Interesse mehr haben. Darüber, daß auf einen derartigen Verzicht nicht die Grundsätze von der Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff. insbesondere der Grundsatz der Rückwirkung der nachträglichen Zustimmung aus § 184 Anwendung finden können, vgl. § 182 A 1.

Rechtsbehelfe. Zur Geltendmachung der Unwirksamkeit steht dem Geschützten dem verfügenden Verpflichteten gegenüber ein Anspruch auf Beseitigung der durch die Verfügung eingetretenen Folgen schon auf Grund des bestehenden Rechtsverhältnisses zur Seite. Daß er ihn auch dem Dritten gegenüber hat, zu dessen Gunsten die Verfügung erfolgte, spricht das Gesetz für das Fahrnisrecht zwar nicht ausdrücklich aus, ist aber (streitig) schon nach dem Grundsatze anzunehmen: wem das Gesetz ein Recht gibt, bewilligt es auch die Mittel, ohne welche es nicht durchgeführt werden kann (§ 89, Einleitung zum PrALR). Für das Liegenschaftsrecht ist der Anspruch des Berechtigten gegen den Dritten in § 888 Abs 2 überdies ausdrücklich anerkannt, und gemäß § 772 Satz 2 ZPO kann der Geschützte bei einer im Wege der Zwangsvollstreckung betriebenen Veräußerung des Gegenstandes wenigstens unter den dort näher angegebenen Voraussetzungen die Widerspruchsklage aus § 771 erheben (nämlich dann, wenn die Veräußerung entweder nur auf Grund eines persönlichen Anspruchs oder auf Grund eines infolge des Verbots unwirksamen Rechtes erstrebt wird; RG 17. 10. 10 V 444/09). Offenbar steht also das Gesetz allgemein auf dem Standpunkte, daß der Geschützte ein Klagerecht auf Beseitigung der Folgen der ihn verletzenden Verfügung auch dem Dritten gegenüber hat. Der Berechtigte könnte daher beispielsweise im Falle einer

verbotswidrigen (§ 399) Forderungsübertragung gegen den Zessionar auf Rückübertragung der Forderung an den Zedenten klagen (vgl. § 894 ZPO). Wird auf Grund eines vor der Eintragung des Veräußerungsverbots eingetragenen Hypothekenrechts die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betrieben, dann kann der Geschützte eine Widerspruchsklage weder aus § 771 noch aus § 772 ZPO erheben (RG 17. 10. 10 V 444/09).

Das **Rückforderungsrecht** aus Veräußerungsgeschäften, die gegen ein Veräußerungsverbot verstoßen (beispielsweise die Bundesratsverordnung v. 24. 6./25. 11. 15 über die Sicherung von Kriegsbedarf) ist gemäß § 817 Satz 2 ausgeschlossen; jedoch reicht dazu der objektive Verstoß gegen das Verbot allein für sich nur dann aus, wenn das Verbotsgesetz kraft seiner inneren Bedeutung und in Betracht seiner langen Dauer in das Allgemeinbewußtsein des Volkes derart eingedrungen ist, daß es regelmäßig als allgemein bekannt angesehen werden kann, während es ungerechtfertigt wäre, auch den unwissentlichen Verstoß gegen ein allgemein noch unbekanntes Verbot mit dem Ausschlusse des Rückforderungsrechts zu bestrafen (RG 95, 348).

Als **bedingte (relative) Veräußerungsverbote** kommen in Betracht: die Verfügungsbeschränkungen, denen die Ehefrau unterworfen ist (§§ 1395 ff.), jedoch mit der Maßgabe, daß nach § 1404 ein Dritter sie ohne Rücksicht auf guten Glauben unbedingt gegen sich gelten lassen muß; ferner die Verfügungsbeschränkungen, denen der Erbe zufolge einer bestehenden Testamentsvollstreckung unterworfen ist (§ 2211). Vgl. weiter die §§ 1373 ff., 1432 ff., 1437 ff., 1649 ff., 1802 ff., betreffend Verfügungsbeschränkungen, denen der Ehemann, der elterliche Gewalthaber und der Vormund unterworfen ist; endlich die §§ 399, 719, 1124, 1126 (RG 92, 399, wonach die entgegen dem § 719 Abs 1 vorgenommene Abtretung des Anteils am Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft gegenüber unwirksam, Dritten gegenüber aber verbindlich ist). Sonst kommt hier noch besonders in Betracht die für den Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung aus §§ 6, 7 KO entstehende, zugunsten der Konkursgläubiger erfolgende, aber von jedermann, nicht nur vom Konkursverwalter geltend zu machende Verfügungsbeschränkung (RG 83, 189). Auch die Bestimmungen der §§ 97, 99 VersVG, betreffend die Verbote vorzeitiger Abtretung der Versicherungsforderung, stellen nur ein Veräußerungsverbot gemäß § 135 dar (RG 95, 208). Vgl. dazu § 399 A 1. (Um unbedingte (absolute) Veräußerungsverbote dagegen handelt es sich in den §§ 94, 333, 335, 180 StPO, §§ 93, 94, 40, 42, 152, 295 u. a. StGB; § 15 NahrMittelG; §§ 89b, 115a, 116 GewO.) Wegen des Vorbehalts für Landesgesetze vgl. Artt 168, 119 EG. — Über Veräußerungsverbote im Gebiete des Liegenschaftsrechts vgl. § 888. Nach § 5 des PrGes. über die Bahneinheiten v. 19. 8. 95/11. 6. 02 handelt es sich nicht um ein Veräußerungsverbot, sondern lediglich um eine Verfügungsbeschränkung. Der Eigentümer ist daher rechtlich auch nicht schlechthin außerstande zur Veräußerung, so daß auch die zwangsweise Versteigerung des Grundstücks möglich ist. Aber die Verfügung bleibt, solange das Unternehmen besteht, ungültig, falls nicht die Bahnaufsichtsbehörde bescheinigt, daß die Verfügung dem Unternehmer unschädlich ist (vgl. RG 72, 354). Die Unwirksamkeit der Verfügung eines Vorerben nach § 2113 besteht nicht nur zugunsten des Nacherben, sondern jedermann gegenüber und kann auch von Dritten geltend gemacht werden (RG Warn 1914 Nr 126). Bei vorhandener Testamentsvollstreckung ist der § 135 in Hinsicht auf die Rechtsstellung des Erben nicht anwendbar, weil der § 2211 nicht ein Veräußerungsverbot dem Erben gegenüber ausspricht, vielmehr seine Verfügungsfähigkeit in den angegebenen Grenzen überhaupt ausschließt; die Verfügung des Erben ist allerdings nicht nichtig, sondern nur einstweilen unwirksam, aber fähig, wirksam zu werden (RG 87, 433). — Die Rechtshängigkeit schließt zwar an sich das Recht zur Veräußerung der in Streit befangenen Sache oder Forderung nicht aus (§ 265 ZPO). Aber das Urteil, das der Geschützte erstreitet (etwa gegenüber dem Dritterwerber) wirkt nach § 325 ZPO auch gegenüber dem weiteren Rechtsnachfolger, der das Recht nach eingetretener Rechtshängigkeit erwirbt.

Den Konkursgläubigern gegenüber sind die nur bedingten Veräußerungsverbote (im Gegensatze zu den unbedingten) ohne Wirkung; nur eine Beschlagnahme des unbeweglichen Vermögens nach dem ZVG bleibt wirksam (§ 13 KO). Der gute Glaube bei Erwerbsgeschäften wird gegenüber der konkursmäßigen Verfügungsbeschränkung nur in Ansehung unbeweglicher, dagegen nicht auch beweglicher Sachen geschützt (§ 7 KO).

Über Veräußerungsverbote im Gebiete des Liegenschaftsrechts vgl. §§ 888, 878, 892, 893.

3. Dahin gehören Veräußerungen von Sachen sowie Überweisungen von Forderungen oder Rechten **im Zwangsvollstreckungs- oder Arrestverfahren.** Das geschützte Recht wird hier gemäß § 772 Satz 2 ZPO durch die Widerspruchsklage aus § 771 daselbst geltend gemacht. Zu den Geschützten gehört gemäß §§ 20, 23 ZVG namentlich auch der die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück betreibende Hypothekengläubiger in Ansehung aller von der Hypothek ergriffenen Gegenstände (RG 86, 255).

4. **Schutz des gutgläubigen Erwerbs.** Wo unbedingte Nichtigkeit vorliegt, kann es bei sachenrechtlichen Erwerbsgeschäften auf die Gutgläubigkeit des Erwerbers hinsichtlich des

Nichtigkeitsgrundes überhaupt nicht ankommen; denn der beabsichtigt gewesene Rechtserfolg ist rechtlich unmöglich. Bei den nur bedingten Veräußerungsverboten dagegen (A 1) fällt dieser Grund fort. Demgemäß erklärt auch das Gesetz die Grundsätze über den gutgläubigen Erwerb von einem Nichtberechtigten (§§ 932ff., 1207, 1208, 1244) im Falle des § 135 für entsprechend anwendbar, so daß sich vorliegend der gute Glaube auf das Bestehen oder Nichtbestehen des Veräußerungsverbots beziehen muß (vgl. die ähnliche Regelung im Falle der Anfechtung bei § 142 A 3). Eine entsprechende Anwendbarkeit im Sinne des § 135 Abs 2 verlangt immer, daß es sich um eine rechtsgeschäftliche Verfügung handelt (§ 892), sie ist daher unzulässig bei Erwerb im Wege der Zwangsvollstreckung (RG 84, 279; 90, 335). Da der Grundsatz vom gutgläubigen Erwerbe bei Forderungen nicht anerkannt ist, so kann ein solcher Erwerb auch im Falle des § 135 überhaupt nicht in Frage kommen. Demnach wird ein Schuldner, der im Falle der Abtretung einer gemäß § 399 nicht übertragbaren Forderung dem Zessionar zahlt, dem Geschützten gegenüber nicht befreit. Eine entsprechende Anwendung des § 407 (Planck A 5; Oertmann A 5b) scheint hier unzulässig, da Rechtsähnlichkeit zwischen den beiden in Betracht kommenden Fällen nicht besteht (M 1, 214).

§ 136

Ein Veräußerungsverbot, das von einem Gericht oder von einer anderen Behörde innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen wird, steht einem gesetzlichen Veräußerungsverbote der im § 135 bezeichneten Art gleich[1]).

E I 107 Abs 1 II 102; M 1 212 ff.; P 1 124 ff.; 6 129 ff.

1. **Als gerichtliche Veräußerungsverbote** kommen in Betracht: a) Aus der ZPO die einstweilige Verfügung nach § 938, die Leistungsverbote im Sinne der §§ 829, 857 und die Zahlungssperre gemäß § 1019. Das Verbot wird wirksam nach den prozeßrechtlichen Grundsätzen erst durch die Zustellung, so daß vor diesem Zeitpunkte auch die Kenntnis des Schuldners von der richterlichen Anordnung unschädlich ist. Bei einer nach der Zustellung verbotswidrig erfolgten Leistung anderseits kann sich der Schuldner auf seine etwaige Unkenntnis nicht berufen; denn ist die Zustellung der behördlichen Anordnung überhaupt rechtswirksam bewirkt worden, dann muß die letztere auch unbedingt als zugegangen gelten (vgl. auch § 132 BGB), mag der Schuldner von der Zustellung tatsächlich Kenntnis erhalten haben oder nicht (§§ 181, 182, 203 ZPO). Über die besondern Voraussetzungen der Pfändung einer Forderung, für welche eine Hypothek besteht, vgl. § 830 ZPO. b) Aus dem Zwangsversteigerungsgesetze die Beschlagnahme des Grundstücks zum Zwecke der Zwangsversteigerung oder der Zwangsverwaltung nach §§ 20, 22, 23, wonach sich die Wirkung des Veräußerungsverbots auch auf diejenigen Gegenstände erstreckt, die von der hypothekarischen Haftung mitumfaßt werden (RG JW 1915, 501[3]). Die Gutgläubigkeit im Sinne des § 135 Abs 2 BGB hängt hier davon ab, ob derjenige, zugunsten dessen verfügt wurde, die „Beschlagnahme kannte", und der Kenntnis dieser letzten Tatsache ist nach § 23 Abs 2 ZVG gleichgestellt die Kenntnis des Versteigerungsantrags. Nach erfolgter Eintragung des Versteigerungsvermerks gilt die Beschlagnahme auch in Ansehung der beweglichen Zubehörstücke als dem Dritten bekannt (§ 23 Abs 2 Satz 2). c) Aus der KO das allgemeine Veräußerungsverbot nach § 106 (vgl. auch § 136 A 5). d) Zu den gerichtlichen Veräußerungsverboten gehören auch solche der Strafgerichte (vgl. §§ 325, 326 StPO) und der Sondergerichte (Gewerbegerichte, Kaufmannsgerichte, Verwaltungsgerichte). — Als Behörden kommen in Betracht Reichs- und Landesbehörden, je nach ihrer Zuständigkeit. So enthält auch der Enteignungsbeschluß ein Veräußerungsverbot (RG 62, 218). Im übrigen vgl. § 135 A 2 u. 4.

§ 137

Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht[1]) kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden[2]). Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt[3—6]).

E I 796 II 102; M 3 77; P 3 76 ff., 257 ff.; 6 167.

1. **Die Veräußerlichkeit eines Rechts** bildet die Regel. Was seiner Natur nach dem Rechtsverkehr zugänglich ist, ist auch veräußerlich, soweit ihm nicht das Gesetz die Verkehrsfähigkeit entzieht (vgl. § 134). Dies gilt insbesondere für „Sachen" (§ 90). Forderungen indessen, denen Rechte — etwa Urheberrechte, Verlagsrechte, Patentrechte, Hypotheken, Grundschulden — gemäß § 413 entsprechend gleichgestellt sind, wohnt zwar grundsätzlich ebenfalls die Eigenschaft der Übertragbarkeit bei. Aber nach § 399 kann ihnen diese Eigenschaft auch durch Rechts-

geschäft genommen werden, so daß im gegebenen Falle für die Anwendung des § 137 kein Raum bliebe (vgl. A 2). Unter den Voraussetzungen des § 405 ist jedoch der gutgläubige Erwerb einer Forderung (wie der eines Rechtes, § 413) auch einer Veräußerungsbeschränkung im Sinne des § 399 gegenüber geschützt (RG 71, 31; Warn 1912 Nr 334). — Nach VerlG § 28 sind die Rechte des Verlegers übertragbar, soweit nicht die Übertragung durch Vereinbarung zwischen dem Verfasser und dem Verleger ausgeschlossen ist. Weder das Patent-, noch das Urheber-, noch das Verlagsrecht geben jedoch dem Rechtsinhaber die Möglichkeit, dem Abnehmer seiner Erzeugnisse deren Weiterveräußerung überhaupt oder zu gewissen Bedingungen durch Vertrag mit Wirkung gegen Dritte zu verbieten; das Rechtsgeschäft kann vielmehr nur schuldrechtlich unter den Vertragschließenden wirken (RG 63, 398).

2. Indem das Gesetz die **Ausschließung und Beschränkung der Verfügungsfreiheit** für **unwirksam** erklärt, bringt es den Grundsatz „der unbedingten rechtsgeschäftlichen Aktionsfreiheit auf dinglichem Gebiete" (Prot 3, 256ff.) zur gesetzlichen Anerkennung, während im Gebiete der Schuldverhältnisse gerade die Vertragsfreiheit (Vorbem 3 vor § 104) gelten soll. Praktisch gestaltet sich mithin die Sache auf dinglichem Gebiete dahin: Verpflichtet sich jemand einem andern gegenüber, über ein ihm zustehendes Recht nicht zu verfügen (es nicht zu übertragen, nicht zu belasten, nicht aufzugeben, Vorbem 7 vor § 104), so wird die Rechtswirksamkeit der gleichwohl vorgenommenen Verfügung durch das Bestehen der übernommenen Verpflichtung, nicht zu verfügen, in keiner Weise berührt, gleichgültig, ob der Erwerber von der Verpflichtung des Veräußerers Kenntnis gehabt hat oder nicht, so daß die Verfügung auch in vollem Maße die entsprechenden Folgen nach sich zieht und insbesondere eine unangreifbare Rechtsübertragung bewirkt, da die nur rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung Dritten gegenüber keine Geltung hat. Solche rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen haben ihre Stelle insbesondere bei Kaufverträgen mit vorbehaltenem Wiederkaufs- oder Vorkaufsrechte, in Eheverträgen und in Testamenten. Sonderbestimmung bei Erbverträgen in § 2286. Der erweiterungsfähige Rechtsgedanke des Gesetzes ist der, daß es überhaupt rechtlich nicht möglich ist, einen andern mit Wirkung nach außen hin zu einem bestimmten Tun oder Unterlassen zu verpflichten; vgl. den A 1 a. E. wiedergegebenen Fall. Wirkungslos nach außen hin ist daher auch eine Verabredung, durch die sich jemand seinen Berufsgenossen oder ihrem Verbande gegenüber verpflichtet, Arbeitsverträge nur unter bestimmten Bedingungen abzuschließen. Auch der vom Verbande oder Berufsvereine mit dem Unternehmer abgeschlossene Tarifvertrag begründet keine Gewährspflicht des Verbandes dafür, daß seine Angehörigen nicht tarifwidrige Verträge abschließen, vielmehr nur die Verpflichtung, tunlichst dahin zu wirken, daß die Angehörigen nur tarifmäßige Verträge schließen (RG JW 1911, 1014[4]). Vgl. dazu noch § 427 A 1 a. E., ferner über den Tarifvertrag RG 73, 105 u. 81, 4, wo ausgeführt ist, daß durch einen zwischen dem Arbeitgeberverbande und dem Verbande der Arbeitnehmer abgeschlossenen Tarifvertrag auch für die einzelnen zugehörigen Arbeiter unmittelbar Rechte erworben werden (§ 328).

3. **Die Rechtsbeständigkeit einer Verpflichtung, nicht zu verfügen** (RG 73, 17), bleibt von § 137 Satz 2 für sich unberührt (RG 75, 35), und sie äußert sich daher, falls der Schuldner der übernommenen Überlassungspflicht zuwiderhandelt, dahin, daß der Schuldner dem Berechtigten wegen Vertragsverletzung schadensersatzpflichtig ist und unter Anwendung des § 249 somit zutreffendenfalls auch zur Wiederherstellung des früheren Zustandes genötigt werden kann. Unzulässig ist zwar eine dem jedesmaligen Eigentümer eines Grundstücks auferlegte Beschränkung, das Grundstück nicht an einen Polen zu verkaufen; sie kann auch nicht durch Eintragung dingliche Wirksamkeit erlangen; auch eine etwaige bloße Eintragungsbewilligung ist schon nichtig; dagegen ist die vom Käufer übernommene entsprechende Verpflichtung gegen ihn selbst wirksam und daher auch geeignet, durch eine Vertragsstrafe gesichert zu werden (RG 55, 78; 73, 16). Vgl. auch A 4.

4. Für das Gebiet des **Liegenschaftsrechts** bestehen noch folgende Besonderheiten: Die Eintragung von rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkungen in bezug auf das Grundstück (das Verbot, dieses zu veräußern) ist unzulässig, da die Verbote Dritten gegenüber keine Wirkung haben können und mithin der dinglichen Kraft überhaupt entbehren. Vgl. § 892 A 11. Sogar eine Vereinbarung, durch die sich der Eigentümer dem Hypothekengläubiger gegenüber verpflichtet, das Grundstück nicht zu veräußern oder nicht weiter zu belasten, ist nach § 1136 nichtig, so daß insoweit auch der § 137 Satz 2 außer Anwendung gesetzt ist. Als ein Verstoß gegen § 137 oder gegen § 138 ist es jedoch nicht angesehen worden, wenn das Verbot nur derart beschränkt lautet, daß etwa nur die Veräußerung an einen Nichtdeutschen untersagt ist (RG 55, 78). Vgl. auch A 2 a. E.

5. **Ersatzmittel für die rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkung.** Als Mittel, dem Erwerber einer Sache die Möglichkeit einer wirksamen Weiterverfügung über sie zu entziehen, dient dem Veräußerer mittelbar die Vereinbarung, daß der Fall der Weiterveräußerung als auflösende Bedingung hinsichtlich des zwischen ihm und seinem Gegner abgeschlossenen Veräußerungsgeschäfts gelten solle. Denn gegebenenfalls würde, abgesehen vom Falle gut-

gläubigen Erwerbs des Dritten (§ 161 Abs 3), das Eigentum an der veräußerten Sache an den Veräußerer zurückfallen (§§ 158 Abs 2, 161 Abs 2). Bei der Übertragung des Eigentums an Grundstücken ist freilich gemäß § 925 Abs 2 die Hinzufügung von Bedingungen unzulässig. Aber hier kann die Eintragung einer Vormerkung gemäß § 883 Abs 1 Satz 2 nach § 883 Abs 2 zum Ziele führen. Eine solche Vormerkung behält ihre Wirksamkeit auch für den Konkurs. In Betracht kommt weiter der Vorbehalt eines Wiederkaufsrechts oder eines Vorkaufsrechts im Sinne der §§ 497 ff. u. 504 ff., 1094 ff. Endlich kann der Berechtigte, dessen Anspruch auf Gewährung einer Sache durch das Verhalten des Verpflichteten gefährdet wird, ein Veräußerungsverbot in Form einer einstweiligen Verfügung erwirken, wonach die in den §§ 135, 136 dargelegten Folgen eintreten (vgl. § 136). Die einstweilige Verfügung ist — als Zwangsvormerkung — eintragungsfähig (vgl. § 941 ZPO; § 39 GBO).

6. Nach Art 168 EG bleibt eine zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bestehende Verfügungsbeschränkung wirksam.

§ 138

Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig[1]).

Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt übersteigen, daß den Umständen nach die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen[2—4]).

E I 106 II 103; M 1 211 ff.; P 1 123 ff.

1. Abs 1. **Nichtigkeit wegen Verstoßes gegen die guten Sitten.** Über den Begriff Nichtigkeit und über deren Folgen, insbesondere über die Einwirkung der Nichtigkeit des Grundgeschäfts auf das dingliche Vollzugsgeschäft und über die nachfolgende Ausgleichung vgl. § 125 A 1a, b, c. Auch das Leistungsgeschäft kann unter Umständen widersittlich sein (**RG** Warn 1913 Nr 129; in Anwendung auf die Sicherheitsübereignung). Ist der Vertrag nichtig, dann kann dem die Erfüllung Verweigernden auch nicht die Einrede der Arglist entgegengehalten werden (**RG** Warn 1914 Nr 273; hier hatte die Frau auf Unterhalt für den Fall der Scheidung verzichtet). Die Nichtigkeit ist auch nicht heilbar; namentlich auch nicht durch eine Veränderung der Umstände oder durch Entgegenkommen des andern Teiles (**RG** LZ 1919, 790[11]). — Die Nichtigkeit hat gemäß § 138 ihren Grund wesentlich in dem objektiven Inhalte des Geschäfts. Denn das „Rechtsgeschäft", mithin sein Inhalt, soll sich nach dem Ausspruche des Gesetzes als wider die guten Sitten verstoßend darstellen, und nach den Motiven (1, 211) hätte die subjektive Seite sogar völlig auszuscheiden, und richtig ist auch, daß ein objektiv berechtigtes und zur Wahrnehmung berechtigter Interessen dienendes Handeln allein durch den verwerflichen Beweggrund noch nicht zu einem unerlaubten, widersittlichen gemacht wird (**RG** 63, 350; 68, 97; 71, 192; 82, 222; 78, 283). Indes der Ausspruch der Motive geht doch zu weit. Denn gerade auch der Beweggrund kann mit dazu beitragen, einem Rechtsgeschäfte seinen besondern Charakter zu verleihen, und anderseits können auch rein subjektive Momente unter Umständen entlastend wirken; so, wenn jemand aus tatsächlichem Irrtum ein Rechtsgeschäft für erlaubt hielt und infolge solchen Irrtums auch für erlaubt halten durfte (**RG** 71, 112; 79, 23 — zu § 826 —; Warn 09 Nr 506). Das richtige dürfte also sein, daß sich die Sittenwidrigkeit aus den objektiven und subjektiven Momenten zusammen ergeben muß, wie das der feststehende Standpunkt des Reichsgerichts ist (**RG** 56, 230; 63, 150; 68, 98; 75, 74; 78, 263; 80, 221). Zur Erfüllung des Tatbestandes des Abs 1 ist daher erforderlich, daß das Rechtsgeschäft sich nach seinem erhellenden Gesamtcharakter aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck als ein sittenwidriges darstellt (**RG** 56, 231; 63, 346; 75, 74; 78, 263; 80, 221).

Als **Maßstab für die guten Sitten** im Sinne des Gesetzes dient nicht eine bestimmte Sitte, eine Anschauung, wie sie in bestimmten Kreisen besteht, sondern nur das, was dem herrschenden Volksbewußtsein, dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden entspricht (**RG** JW 1910, 142[1]; 1912, 69[5]; Warn 1913 Nr 54). Maßgebend ist dagegen nicht ein allgemeines bloßes Billigkeitsgefühl (**RG** JW 1914, 88[14]), und das Gesetz will auch nicht einem Sittengesetze Geltung verschaffen; es hat vielmehr Rechtspflichten im Auge (Mot 1, 211). Daher ist ein Rechtsgeschäft beispielsweise noch nicht deshalb widersittlich, weil ein auffälliges Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht (**RG** 83, 112), oder weil der eine Teil unter Ausnutzung der Marktlage einen großen Gewinn erzielt hat (**RG** Warn 1918 Nr 129). Dabei kann von besonderer Bedeutung auch sein, welchen Nieder-

schlag die Anschauungen des Verkehrslebens in der Gesetzgebung gefunden haben (RG 48, 114; 77, 419; JW 1912, 134[6]). Die Grenze der Anforderungen wird nach oben nicht durch eine vornehme Gesinnungsart (RG 28. 2. 14 V 396/13 — der leitende Arzt eines Sanatoriums hatte von einer an Nervosität erkrankten Patientin eine Hypothek gekauft) und nach unten nicht durch eine etwa üblich gewordene niedrige Denk- und Handlungsweise — Geschäftspraktiken, die sich als Unsitte darstellen — gekennzeichnet; sie liegt vielmehr in dem Durchschnittsmaße von Anforderungen, die der Geschäftsverkehr an Wahrung von Redlichkeit und Anstand stellt (RG 48, 124; 55, 372; 58, 216; 67, 102; Warn 1913 Nr 189). Möglich ist es, daß nach den besondern Umständen bei einem und demselben Vertrage die Frage, ob sein Abschluß eine unsittliche Handlung darstellt, für die verschiedenen Beteiligten je verschieden zu beantworten ist (RG 58 S. 204 u. 399). (Wichtig bei Anwendung des § 817; RG Gruch 53, 685.)

Bei Verträgen ist Nichtigkeit des ganzen Geschäfts in der Regel nicht anzunehmen, wenn nur der eine Teil unsittliche Zwecke verfolgt, der andere Teil dagegen den unsittlichen Charakter des Geschäfts nicht kennt, hierüber sogar geflissentlich in Unkenntnis gehalten wird. So RG JW 1912, 525[2] mit Bezug auf einen Kindesannahmevertrag, ferner RG SeuffA 65 Nr 178 und RG 78, 353; 86, 148; Warn 1917 Nr 300. Der richtige Entscheidungsgrund dürfte darin liegen, daß allein durch verwerfliche, sittenwidrige Beweggründe das Rechtsgeschäft überhaupt noch nicht einen wider die guten Sitten verstoßenden Inhalt erhält (RG 63, 346; 68, 99; 71, 173; Warn 1918 Nr 200). Die angegebene Regel muß sich daher auf die Fälle beschränken, wo dem an sich nicht unerlaubten Rechtsgeschäfte nur durch die sittenwidrige Absicht der Vertragschließenden das Gepräge der Sittenwidrigkeit aufgedrückt wird; dagegen ist die Regel unanwendbar, wenn sich das Geschäft schon seinem Wesen und Inhalte nach objektiv als offenbar unsittlich darstellt, wie dies insbesondere bei den Knebelungsverträgen und auch dann zutrifft, wenn es sich um ein sittenwidriges Verhalten nicht dem Geschäftsgegner, sondern Dritten gegenüber handelt (RG 78, 353; 85, 344; 93, 30; Warn 1916 Nr 371; 1917 Nr 234; 1918 Nr 1).

Bloße Anfechtungsgründe ergeben noch keine Nichtigkeit aus § 138. Äußert sich insbesondere die sittenwidrige Handlungsweise nur darin, daß eine unzulässige Willensbeeinflussung stattfindet, dann kommt nur die Anfechtbarkeit des Geschäfts in Frage (RG JW 08, 710[2]; 1913, 1144[2]). Denn die Anwendung des § 138 fordert, daß das Geschäft selbst gegen die guten Sitten verstößt, und sie kann also nicht darauf gegründet werden, daß die eine Partei die andere arglistig zum Abschlusse des Geschäfts bestimmt hat (RG 64, 181; 72, 217; 74, 226; JW 1912, 133[5]). Möglich ist es jedoch, daß bei Vorhandensein von Anfechtungsgründen zugleich der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts dieses zu einem widersittlichen macht (RG Warn 1917 Nr 234; 1918 Nr 172).

Die zuvor dargelegten Grundsätze sind angewendet besonders bei Geschäften, die zum Zwecke der Ermöglichung eines Bordellbetriebs vorgenommen worden sind, so durch Vermietung oder Verkauf von Inventar, durch Darlehn oder Weinlieferung, endlich durch einen Bordellbauvertrag (RG 63, 370), sowie beim Bordellkauf selbst (RG 68, 99; 71, 433; 75, 68). Die bloße Kenntnis der Verwendung der übernommenen baulichen Einrichtungen zum Bordellbetriebe reicht zur Anwendung des § 138 nicht aus (RG 71, 192). Erfordernis ist, daß das für die Leistung zu gewährende Entgelt (Kaufpreis, Mietzins) den allgemeinen Wert (wesentlich) übersteigt. Denn andernfalls fehlte es an der Voraussetzung, daß das Rechtsgeschäft zum Zwecke der Beförderung des Bordellbetriebs abgeschlossen wird (RG 78, 282). — Über die Frage, ob und inwieweit Vergleiche auf Grund eines sittenwidrigen Vertrags rechtsgültig abgeschlossen werden können, s. § 125 A 1. Über die Beseitigung der Rechtskraftwirkung eines Urteils durch die Einrede, daß es durch eine sittenwidrige Handlungsweise erwirkt sei, vgl. RG 61, 359; 67, 151; in Vorbem 8 vor § 104 angezogen; über das Anerkennungsurteil vgl. RG Gruch 53, 908. — Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz des Inhalts, daß niemand bei Gericht gehört werden soll, der bei Begründung seines Anspruchs seine eigene Unehrlichkeit bekennen müßte, ist nicht anzuerkennen, und der wegen einer unerlaubten Handlung Belangte wird nicht deswegen frei, weil dem Verletzten ebenfalls eine sittenwidrige Handlung zur Last fällt (RG JW 1913, 734[2]).

Über Handeln gegen Verbotsgesetze vgl. § 134 A 1 u. 2, insbesondere hier am Ende.

Als wider die guten Sitten verstoßend sind angesehen worden:

a) **Wegen des verfolgten Zweckes:**

Die Einwilligung „in die eigene Tötung" (RG 66, 308; die unmittelbare Anwendung des § 138 erscheint als bedenklich, weil die Einwilligung hier schwerlich ein Rechtsgeschäft darstellt); ein Vermächtnis, das der Bedachten in der ihr bekannten Absicht zugewendet wird, sie zur weiteren Gestattung des Beischlafs geneigt zu machen (RG JW 1910, 6[6]); die Zuwendung eines (größeren) Vermächtnisses, zu der eine Frauensperson den letztwillig Verfügenden, mit dem sie in dauerndem Geschlechtsverkehr gestanden hatte, kurz vor seinem Tode besonders nachdrücklich bestimmt hatte (RG JW 1911, 29[6]; entscheidend dürfte in

solchen Fällen sein, ob die Zuwendung aus Rücksicht auf den früheren Geschlechtsverkehr oder um eines künftigen willen erfolgt ist; im ersteren Falle könnte Widersittlichkeit ohne weiteres nicht angenommen werden); eine Zuwendung zu dem Zwecke, daß der Zessionar im Armenrechte klage und dem Gegner die Einziehung der Kosten unmöglich gemacht werde (RG 81, 175); ein fiduziarisches Geschäft, bei dem es ausschließlich auf die Täuschung der Außenwelt über das Vorhandensein eines Vermögenswertes beim Übereigner berechnet ist (RG Gruch 54, 167); Rechtsgeschäfte, die in bewußtem Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder Rechte, schuldrechtlicher oder dinglicher, vorgenommen worden sind (RG 62, 138; 81, 86; 88, 366 — hier handelte es sich darum, daß die Beteiligten einen Tauschvertrag abgeschlossen hatten, um das dingliche Vorkaufsrecht eines Dritten zu umgehen).

b) **Wegen Handelns aus Eigennutz auf Kosten anderer:**

Die Hergabe von Schmiergeldern (RG 77, 96); unter Umständen die Ausbedingung eines übermäßigen Entgelts (RG JW 1912, 133[5]); ein Vertrag, der auf die Ausbeutung des Irrtums eines Geschäftsunkundigen gerichtet ist (RG Warn 09 Nr 183); ein Vertrag mit einem Geistesschwachen, wenn die Geistesschwäche zur Erlangung ungewöhnlicher Vorteile ausgebeutet werden sollte (RG 67, 393; 72, 68; JW 1913, 392[2]; Warn 1918 Nr 49; über die Benutzung der Angst eines andern vgl. RG JW 1910, 142[1]); ein Abkommen zwischen Verkäufer und Käufer, die Ware zur Erzielung höherer Preise unter fälschlicher Bezeichnung (französischer Sekt statt deutscher Schaumwein) in Verkehr zu bringen (RG 29. 11. 07 II 223/07); das Übereinkommen zwischen den Vertragsparteien, die gegenseitigen Verpflichtungen zum Schaden anderer nicht zu erfüllen (RG JW 1912, 789[2]); Abschluß des Vertrags durch den Bevollmächtigten im Einverständnisse mit dem Vertragsgegner zum Schaden des Vollmachtgebers, wenn der Bevollmächtigte dafür ein Geschenk erhalten hat (RG 26. 10. 06 II 107/06; 6. 2. 19 V 318/18; vgl. Warn 09 Nr 481); die Vereinbarung zwischen zwei Hypothekaren, sich der Ersteigerung des Grundstücks zu enthalten, um so planmäßig zum Schaden anderer einen Teil des Wertes des Grundstücks an sich zu bringen (RG JW 07, 201[5]); das Versprechen dessen, der ein Grundstück meistbietend erstehen will, an einen andern Kauflustigen, ihn für den Fall der Abstandnahme vom Mitbieten zu entschädigen (RG 58, 399; 60, 273); der Verkauf der ärztlichen Praxis an einen andern Arzt; zwar nicht an sich (RG Warn 1912 Nr 150), aber unter so schweren Bedingungen, daß der Käufer genötigt sein könnte, sein Augenmerk vor allem auf Erzielung möglichst hoher Einnahmen zu richten (RG 66, 139; vgl. weiter RG 75, 120; JW 1911, 276[1]; Warn 1915 Nr 162); Vereinbarungen eines Arztes, die auf eine hauptsächliche oder vorwiegende Ausnutzung seines Berufes als Erwerbsquelle abzielen, da sein Beruf kein freies Gewerbe darstellt (RG Warn 1915 Nr 162); ein geheim zu haltendes Abkommen zwischen Ärzten, wonach der eine als Krankenhausleiter sich von dem andern als seinem Nachfolger für dessen Empfehlung eine Vergütung versprechen läßt (RG JW 1916, 252[1]); das Konkurrenzverbot zwischen Ärzten (RG 66, 143; 90, 437); die entgeltliche Übernahme der Verpflichtung zum Schweigen über eine unerlaubte Handlung des andern (RG 58, 204; 62, 273); Darleihung hoher Beträge an einen jungen Menschen, um ihm die Teilnahme an Gewinnspielen zu ermöglichen, aus eigennütziger Absicht (RG 70, 1); die Gewährung eines Darlehns aus der Kasse eines Spielklubs (mit hohen Einsätzen, um die Fortsetzung des Spieles zu ermöglichen (RG JW 1914, 296[3]); unter Umständen die Ausbedingung eines der Angemessenheit übersteigenden Honorars durch einen Rechtsanwalt (RG 83, 113); die Machenschaften von Unternehmerverbänden, namentlich durch planmäßige Irreführung des Bestellers, zum Zwecke der Erzielung übermäßiger Preise (RG JW 1914, 976[1]; 1913, 734[2]; Gruch 60, 484); das Streben nach übermäßigem Gewinn verstößt dann (aber auch nur dann) gegen die guten Sitten, wenn zur Erzielung solchen Gewinns unlautere Mittel benutzt oder durch unlautere Machenschaften eine außerordentliche Preissteigerung bewußt ausgeübt wird (RG Warn 1919 Nr 3); insbesondere in der Zeit der Kriegsnot, bei einem Handeln auf Kosten des einzelnen oder der Gesamtheit, zumal wenn es sich um Gegenstände des Kriegsbedarfs handelt (RG 90, 401; 93, 208, betreffend unter Umständen auch unverhältnismäßig hohen Mäklerlohn für die Vermittlung von Kriegslieferungen). Eine sittenwidrige Handlungsweise kann auch darin liegen, daß ein Gläubiger von seinem Schuldner sich aus Mitteln befriedigen läßt, von denen er weiß, daß sich der Schuldner sie durch Betrug verschafft hat (RG 94, 193). Vgl. auch Gruch 60, 487.

c) **Mit Rücksicht auf den Gegenstand des Rechtsgeschäfts.**

Das Versprechen oder die Gewährung von Vermögensvorteilen, um jemand zum Glaubenswechsel zu bestimmen, es sei denn, daß jener ohnehin dazu entschlossen gewesen wäre und ihm der Übertritt nur erleichtert werden sollte (RG JW 1913, 1100[1]); oder um jemand zu bestimmen, von seinem Zeugnisverweigerungsrechte keinen Gebrauch zu machen (RG 79, 373); eine letztwillige Verfügung, durch die mittels vermögensrechtlicher Anordnungen auf die freie Entschließung des Bedachten in der Wahl des religiösen Bekenntnisses eingewirkt werden soll (RG SeuffA 1914 Nr 48); das entgeltliche Versprechen zur Beschaffung einer staatlichen Aus-

zeichnung (RG 86, 98); Abmachungen, die geeignet sind, die Zwecke der Ehe zu vereiteln: die Vereinbarung im Verlöbnisse wegen Beschränkung der Kinderzahl (RG JW 08, 28[2]); die Vereinbarung, die Lebensgemeinschaft auszuschließen (RG 22. 12. 10 IV 48/10); oder getrennt zu leben falls dieses auf an sich unerlaubte Weise befördert oder erleichtert werden soll (RG 68, 322; Gruch 50, 378; Warn 1911 Nr 224 und 1913 Nr 188); der für alle Zeit bestimmte Verzicht der Eheleute auf gegenseitige Unterstützung und Beihilfe zur Lebensführung (RG 15. 11. 07 III 142/07); unter dieser Voraussetzung auch eine vor der Scheidung vorgenommene Regelung der Unterhaltsansprüche (RG JW 1916, 573[2]); Vereinbarungen zur Erleichterung der Scheidung (RG Warn 1906 Nr 9); ein Prozeßvergleich, wonach der Ehemann der Ehefrau für den Fall der Scheidung aus beiderseitigem Verschulden eine Unterhaltsrente verspricht, sofern damit mittelbar zugleich ein Verzicht auf Einlegung des Rechtsmittels verbunden worden ist (RG Gruch 60, 657); das Versprechen eines Vermögensvorteils dafür, daß der eine Ehegatte die Ehescheidungsklage erhebt (RG Warn 1913 Nr 3 und 1914 Nr 273; JW 1913, 321[6]), und zwar auch dann, wenn zur Erleichterung der Scheidung Abmachungen über das Recht zur Erziehung der Kinder getroffen werden (RG Gruch 49, 1175); oder wenn vereinbart wird, an Stelle des wirklichen Scheidungsgrundes einen andern geltend zu machen (RG SeuffA 67 Nr 193); ein Übereinkommen, wonach die Berufung gegen das künftige Scheidungsurteil unzulässig sein soll (RG 70, 60; 71, 88); der Verzicht auf die Revision (RG JW 1911, 398[3]); Verträge zwischen Eheleuten, wonach die Sorge für die gemeinschaftlichen Kinder in einer den gesetzlichen Vorschriften widersprechenden Weise geregelt wird (RG Warn 1912 Nr 115); der Verzicht des Vaters auf das Erziehungsrecht (RG 68, 322); ein Geldversprechen, das sich ein Mann von seiner Geliebten als Entschädigung für verpaßte Heiratsgelegenheiten geben läßt (RG JW 1913, 855[2]); das Versprechen, das sich ein Zeuge zur Vergütung der Abgabe seiner Aussage geben läßt (RG 79, 371; 88, 374); die Vereinbarung der Bestellung eines Schiedsgerichts zur Entscheidung über eine Spielschuld (RG 68, 9); der Ausschluß eines Arztes vom beruflichen Verkehr durch den ärztlichen Verein (vgl. RG 79, 17); ein Vertrag, durch den ein Gewerbtreibender einen Handlungsgehilfen, dem von seinem früheren Dienstherrn für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine Beschränkung gemäß § 74 HGB auferlegt war, dazu bestimmt, gegen diese Unterlassungspflicht zu verstoßen und in seinen Dienst zu treten (RG 81, 86); der Abschluß eines Dienstvertrags mit dem vertragsbrüchig gewordenen vormaligen Angestellten eines Konkurrenten dann (vgl. RG 78, 17; JW 1910, 705, wonach der Vertragsabschluß gegebenenfalls nicht immer sittenwidrig ist), wenn der Angestellte durch unlautere Mittel zum Vertragsbruche verleitet wird, oder wenn letzteres zum Vorteile des Verleitenden und anderseits unter Schädigung des Konkurrenten erfolgt (RG Warn 1913 Nr 322). Das Versprechen einer Leistung, oder einer Leistung (Errichtung einer Stiftung) unter der Bedingung, daß der Empfänger dem Leistenden eine Titel- oder Ordensauszeichnung verschaffe, verstößt wider die guten Sitten und die Rückforderung ist nach § 817 Abs 2 unstatthaft (RG Warn 1919 Nr 52). Ein Vertrag, der in bewußtem Zusammenwirken zur Umgehung und Schädigung fremder, auch nur obligatorischer, Rechte abgeschlossen wird, ist auch dann als sittenwidrig nichtig, wenn der entferntere Zweck der war, einen gemeinen Nutzen zu fördern (RG 88, 365).

d) **Wegen Beschränkung der Willensfreiheit oder der Bewegungsfreiheit eines andern oder der Möglichkeit, sein Fortkommen zu befördern:**
Die zeitlich unbeschränkte Verpflichtung, an einem bestimmten Orte nicht zu wohnen (RG Warn 1915 Nr 8); die sog. Knebelungsverträge (RG 63 S. 297, 336 u. 390; 76, 78; JW 09, 412[7] und 1910, 62[5]; RG 67, 102, wonach es auf die Gesamtwirkung aller Umstände ankommt; Warn 1912 Nr 142, wonach eine übermäßig harte und drückende Beschränkung in der persönlichen Freiheit und in der wirtschaftlichen Freiheit erforderlich ist; die gegenseitige Verpflichtung zwischen den Mitgliedern einer Gesellschaft m. b. H., bei der Wahl des Aufsichtsrats für einen bestimmten Gesellschafter nicht zu stimmen, oder eine Wahl selbst nicht anzunehmen (RG 57, 205); die Vereinbarung, daß das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft nur bei Begehung einer den Verlust der Ehrenrechte nach sich ziehenden Handlung solle entlassen werden können (RG 75, 234); die Vereinbarung zwischen den Beteiligten eines Geschäfts, den Vertrag auch trotz aller künftigen etwaigen Vertragsverletzungen fortzusetzen und sich mit einer geringen Vertragsstrafe zu begnügen (RG 78, 298); ein Abkommen bei Verträgen auf fortdauernde Leistungen, durch das sich der eine Teil (der Verkäufer) ganz in die Hand des andern Teiles gibt (RG 82, 308); das Versprechen eines Gesellschafters an einen Dritten, dem er sein Anteilsrecht veräußert, falls die Veräußerung vom Aufsichtsrate nicht genehmigt wird, der Gesellschaft gegenüber Mitglied zu bleiben, aber seine Rechte nach dem Willen des Dritten auszuüben (RG 69, 137); der Vertrag, durch den sich ein Bühnenmitglied dem Unternehmer gegenüber auf eine lange Reihe von Jahren (9) wirtschaftlich völlig abhängig macht (RG Warn 1913 Nr 187); die Abtretung aller künftigen Forderungen, die der Abtretende jemals erwerben wird (RG

JW 1907, 707[11]; SeuffA 67 Nr 103); der Verzicht auf die Unpfändbarkeit gemäß § 811 Nr 1 ZPO (RG 72, 183); die übermäßige Beschränkung der Koalitionsfreiheit (RG 57, 154); vertragliche Beschränkungen der Freizügigkeit eines Arztes (RG 68, 190); die Benutzung der Aussperrung, um die einem Schutzverbande von Betriebsunternehmern nicht zugehörigen Inhaber gleichartiger Betriebe zum Beitritte zu bestimmen (RG Warn 1913 Nr 82); im Lohn- und Klassenkampfe zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind zwar weder der Boykott noch anderseits die Aussperrung schon an sich unerlaubte Kampfmittel, aber sie sind dies gegebenenfalls vermöge der Art, wie das Kampfmittel gebraucht wird, wobei jedoch die Benutzung der Presse oder sonstiger Druckschriften noch nicht als unstatthaft gelten kann (RG 64, 55; 66, 383); über einen Bauunternehmerring vgl. RG JW 1908, 296[2]; 1911, 642[5]; ein Vertrag mit ehrenwörtlicher Bestärkung der Vertragspflichten, wenn die dadurch begründete Bindung geeignet ist, die bürgerliche Stellung und das Fortkommen zu gefährden (RG 82, 222, betreffend ehrenwörtliches Versprechen eines Zahnarztes zur Einhaltung von Mindestgebührsätzen); die Verpfändung des Ehrenworts für eine vermögensrechtliche Leistung, die jedoch dann zulässig sein kann, wenn der Gewissenszwang nur zum Schutze wichtiger (anerkennenswerter) Interessen ausgeübt und durch ihn einer ehrlosen Handlung vorgebeugt werden soll (RG 78, 258; Warn 1915 Nr 227). — Ein Vertrag unter mehreren Brauereien, der den gegenseitigen Wettbewerb ausschließen und den derzeitigen Besitzstand jeder Brauerei sichern soll, ist an sich statthaft; wider die guten Sitten verstößt es jedoch, wenn der Vertrag auch gegen Dritte derart ausgenutzt wird, daß diese gezwungen werden sollen, sich ihm zu eigenem Schaden zu unterwerfen (RG 93, 19; hier hatte eine Brauerei eine Wirtschaft gepachtet, dies Pachtverhältnis gekündigt und daraufhin die andern Brauereien auf Grund des Vertrags gehindert, sich ihrerseits um die Pachtung zu bewerben). — Die sog. Knebelungsverträge, vermöge deren ein Schuldner sich zugunsten des Gläubigers der wirtschaftlichen Freiheit und Unabhängigkeit gänzlich beraubt (RG Warn 1918 Nr 1); und zwar ungeachtet dessen, daß der wirtschaftlich Stärkere nicht in der Absicht gehandelt hat, den andern Teil zu schädigen, es ist vielmehr die Herbeiführung der wirtschaftlichen Unfreiheit des andern schon an sich widersittlich (RG JW 19, 443[1] und das dort angeführte Urteil). Der Vertrag, wodurch sich ein Arzt dem Inhaber einer Heilanstalt, der nicht Arzt ist, zur Unterlassung des Wettbewerbs verpflichtet (RG JW 17, 536[1]). Nichtig ist der Beschluß einer Gesellschaft m. b. H., wonach die Gesellschafter, die bei einem Konkurrenzunternehmen tätig sind, ihre Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnisse vertragsweise durch andere Gesellschafter wahrnehmen lassen können (RG 88, 220). Nichtig ist ein Vertrag, durch den sich eine Tochter zugunsten ihres Vaters der Verfügung über ihr Vermögen durch Einräumung eines lebenslänglichen Nießbrauchsrechts und Erteilung einer langjährigen unwiderruflichen Vollmacht begibt (RG LZ 1919, 1131[3]).

e) **Im Falle von Wettbewerbsverboten:**

Bei Ärzten, Zahnärzten, Rechtsanwälten schlechthin (RG 66, 146; 68, 186; 90, 35; Warn 1913 Nr 217); desgl. bei Patentanwälten (RG Warn 1913 Nr 218) — anders bei amerikanischen Zahntechnikern (RG 70, 339) —; Wettbewerbsverbote, die den Verpflichteten, sei es zeitlich, sei es örtlich, sei es gegenständlich, übermäßig in seiner wirtschaftlichen Freiheit beschränken (RG 53, 156; 68, 229; JW 1907, 494[37]), wobei auch die auferlegte Schweigepflicht in Hinsicht auf Fabrikationsgeheimnisse eine übermäßige Beschränkung enthalten kann, RG Gruch 47, 1002); oder Rechtsgeschäfte, bei denen nach der Gesamtheit der Bestimmungen nur das Interesse des einen Teils ganz einseitig berücksichtigt, dem andern Teile (einem Angestellten) dagegen in seiner Bewegungsfreiheit eine übermäßige Schranke gesetzt wird (RG JW 1913, 592[2]; 1914, 83[15]; 1915, 191[2]); oder wenn bestimmt ist, daß das Wettbewerbsverbot auch dann gelten soll, wenn der Angestellte wegen vertragswidrigen oder unehrbaren Verhaltens des Dienstherrn zu kündigen berechtigt ist (RG JW 07, 707[11] zu § 75 HGB, dessen Grundsatz auch auf Gewerbegehilfen nach RG 59, 76 und Warn 1913 Nr 275 zu erstrecken ist); ein Wettbewerbsverbot, das den Verpflichteten mittels Ehrenworts bindet und ihn im Falle der Zuwiderhandlung eine unverhältnismäßig hohe Vertragsstrafe auflegt, so daß seine Vermögensstellung auf Lebenszeit gefährdet bleibt (RG 68, 229); unter besondern Umständen die Bestimmung in der Satzung einer Gesellschaft m. b. H., daß das einen Wettbewerb betreibende Mitglied sich in Versammlungen durch einen andern Gesellschafter vertreten lassen muß (RG 88, 290; vgl. anderseits RG 80, 385).

f) **Wegen übermäßiger Ausnutzung der Lage des wirtschaftlich Schwächeren durch den wirtschaftlich Stärkeren zum Schaden des ersteren selbst oder Dritter:**

Die Übernahme der Verpflichtung durch einen im übrigen vermögenslosen Geschäftsinhaber, alle gegenwärtigen und alle zukünftigen Außenstände ohne Beschränkung auf einen bestimmten Zeitraum (1 Jahr) oder auf Forderungen für Waren, die dem Geschäftsinhaber zum Zwecke des Verkaufs geliefert waren (RG Warn 1914 Nr 316), einem andern zur Sicherheit zu übereignen (RG Gruch 55, 883); die Sicherheitsübereignung, wenn die Verwendung in den Verhältnissen des Schuldners nach außen hin verdeckt und dadurch wissentlich die Schädigung der Gläubiger des Übereignenden herbeigeführt wird (RG 77, 210;

Gruch 58, 825; vgl. auch RG 85, 345 und Warn 1915 Nr 134); die Übertragung aller gegenwärtigen wie zukünftigen Forderungen eines Kaufmanns gegen seine Kunden an einen einzigen Gläubiger, so daß den übrigen Gläubigern die sämtlichen Werte, die zu ihrer Befriedigung dienen könnten, entzogen werden (RG 67, 166; JW 1911, 576[10]; Warn 1919 Nr 189); die Übertragung aller ausstehenden Forderungen und die Übereignung aller sonstigen Vermögensstücke des Schuldners zur Sicherheit nur einzelner Gläubiger, während äußerlich dem tatsächlich in seiner Freiheit übermäßig beschränkten Schuldner der Schein der Freiheit belassen wird (RG Warn 1916 Nr 271; JW 1917, 282[1]); die Übertragung aller künftigen Guthaben eines kaufmännischen Geschäfts an einen einzelnen Gläubiger, während das Geschäft unter Aufrechterhaltung des Anscheins eigener Kreditwürdigkeit im Interesse des einen Gläubigers auf den Namen des Übertragenden fortgeführt wird (RG Warn 1913 Nr 129, während die Sicherheitsübereignung eines ganzen Warenlagers mit Einschluß der künftig dazu kommenden Bestandteile an sich für zulässig erklärt ist (vgl. auch JW 1911, 576[10]; 1914, 83[15]; Warn 1913 Nr 400; 1917 Nr 235); ein Gesellschaftsvertrag, mittels dessen der eine Teil in seiner ganzen wirtschaftlichen Lage durch die Entschließungen des andern Gesellschafters „geknebelt" wird (RG JW 1912, 457[3]); Beschlüsse von Gesellschaften m. b. H. (und Aktiengesellschaften), durch die die Mehrheit ihren eigenen Vorteil zum Nachteile der Minderheit empfindlich schmälert (RG JW 1916, 575[3]); ein Abkommen zwischen dem Dienstherrn und dem vermögenslosen Angestellten, daß dieser ein bestimmtes Gehalt überhaupt nicht erhält und anderseits noch an dem Geschäftsverlust beteiligt sein soll (RG JW 1910, 5[5]); der Verzicht des Arbeitnehmers auf das Gehalt des ganzen Jahres für den Fall, daß er bis zu dem vorgesehenen Zeitpunkte kündige oder ihm gekündigt werde (RG JW 1904, 481[2]); die Bindung eines Angestellten auf Ehrenwort zur Geheimhaltung des Geschäftsgeheimnisses sowie auf Einhaltung der im etwaigen Wettbewerbsverbote enthaltenen Verpflichtungen (RG 68, 229; 74, 332; 78, 258); Verträge, durch die ein Wirt zum Bierbezuge auf 10 oder 12 Jahre unter solchen Umständen verpflichtet wird, daß „nach der Gesamtwirkung aller Umstände" eine übermäßige Beschränkung in seiner wirtschaftlichen Freiheit entsteht (RG 63 S. 297, 336, 390; 67, 102; 76, 78; JW 09, 412[7]; 1910, 62[5]; Warn 1912 Nr 242); solche langfristigen Verträge sind jedoch nicht schon an sich widersittlich, sondern nur dann, wenn nach Lage des Falles in der Länge der Gebundenheit eine unbillig drückende Härte, eine Knebelung, sei es schon allein für sich, sei es in Zusammenhang mit andern Bedingungen, gefunden werden muß (RG JW 09, 412[7]; Warn 18 N 223; das Übereinkommen zwischen Brauereien, den Wirten „unbekümmert um bestehende Verträge" so lange kein Bier zu verabfolgen, bis sie sich der vom Verbande der Brauereien angestrebten Preissteigerung unterworfen haben, oder den Wirten Bier nur zu einem festgesetzten Mindestpreise zu liefern (RG 79, 279); der Mißbrauch eines Monopols oder der Wettbewerbsmöglichkeit derart, daß dem Verkehr unbillige, unverhältnismäßig große Opfer auferlegt werden (RG 62, 364; 15. 11. 04 II 226/04); ein Vertrag, durch den sich ein Angestellter, der nur durch eine Beteiligung am Gewinne entlohnt werden soll und überdies eine Geschäftseinlage zu machen hat, aller seiner Ansprüche bei Zuwiderhandlung gegen eine seiner Vertragspflichten zur Strafe verlustig gehen soll (RG 90, 181).

g) **Mit Rücksicht auf die Beschaffenheit des Geschäftsgegners:**

Der mit einem Geistesschwachen abgeschlossene Vertrag ist nichtig, wenn ein Ausbeuten der Geistesschwäche zur Erlangung außergewöhnlicher Vorteile beabsichtigt wurde (RG 67, 393; 72, 68; JW 15, 392[2]). Über die Benutzung der Angst eines andern (RG JW 10, 142[1]). Wider die guten Sitten verstößt es, wenn der Vertreter einer Haftpflichtversicherungsgesellschaft die gänzliche Unerfahrenheit des hinterbliebenen Erben veranlaßt, gegen eine geringfügige Abfindung auf die Versicherungssumme zu verzichten (RG 96, 92). Ein Vater, der die Unerfahrenheit seiner Tochter benutzt, um mit ihr zu seinem Vorteile einen ihr nachteiligen, sie in der Verfügung über ihr Vermögen knebelnden Vertrag abzuschließen, handelt wider die guten Sitten gemäß § 138 (RG LZ 1919, 1131[3]).

Rechtsgeschäfte folgender Art sind (an und für sich) als zulässig erachtet worden:

Zu a. Das Versprechen, einen Strafantrag zurückzunehmen (RG 23. 2. 07 I 185/06), oder einen Strafantrag zu unterlassen, falls sich der Geschädigte nur den durch die Straftat ihm zugefügten Schaden wenigstens zum Teil ersetzen läßt (RG 12. 6. 06 III 574/05; Warn 1910 Nr 370; vgl. auch JW 09, 487[3]).

Zu b. Die Gewährung eines Darlehns zum Glückspiel (RG 67, 355; RG JW 1914, 296[3]); der Erwerb des Eigentums an einer Sache trotz Kenntnis des älteren Rechtes eines andern (RG 83, 240); fraudulöse Geschäfte (RG 69, 143; 74, 226), sie sind vielmehr nur anfechtbar, können aber unter § 817 fallen (RG Gruch 58, 891); ein Vertrag, durch den mehrere Personen einem andern bei einer Ausbietung das Alleinrecht zur Abgabe von Geboten auf ein bestimmtes Los einräumen, während der andere sich verpflichtet, auf weitere Lose nicht mit zu bieten (JW 1915, 1258[2]).

Zu c. Das Versprechen des wegen Ehebruchs des andern Teiles geschiedenen Ehegatten, niemals Strafantrag zu stellen, falls ihm dafür nur der gesetzliche Unterhalt versprochen wird (RG Warn 08 Nr 126); die Einigung zwischen Eheleuten über die im Falle des § 1361 während der Zeit des Getrenntlebens zu gewährenden Unterstützungen (RG Warn 1911 Nr 223); ein Vertrag, durch den sich die Frau die Möglichkeit des Getrenntlebens aus sittlich zu billigenden Gründen sichert (RG Warn 1913 Nr 188); Vereinbarungen zwischen Eheleuten vor erfolgter Scheidung zur Regelung der Unterhaltsansprüche, falls nicht die Regelung zur Erleichterung der Scheidung getroffen worden ist (RG JW 16, 573²); Vereinbarungen zwischen Eheleuten für die Zeit nach der Scheidung zur Vorsorge für ihr Kind oder über ihre Vermögensverhältnisse (RG Warn 1913 Nr 3), oder über die Abkürzung des Scheidungsverfahrens, falls ein wirklich stichhaltiger Scheidungsgrund gegeben ist (RG Gruch 58, 898); Vereinbarungen über die Kindererziehung (RG 20. 3. 05 IV 244/64); die Abfindung einer verlassenen Braut (RG 9. 5. 11 VII 472/10); der Vercicht auf Schadensersatzansprüche gegenüber dem behandelnden Heilgehilfen (RG Warn 1910 Nr 411); der Ausschluß eines Arztes von kollegialem Verkehre, falls der Arzt nach seinem Verhalten das verdient (RG JW 1914, 35⁵); die unentgeltliche Dienstleistung des Schuldners nach Aufgabe seines Geschäfts in dem alsdann neu begründeten Geschäfte seiner Frau (RG 67, 169); die Übernahme der Verpflichtung von seiten des Arbeitgebers, einen Teil der seinem Angestellten zukommenden Vergütung nicht an diesen, sondern an seine Frau zu zahlen, falls nur bezweckt war, der Familie des Angestellten den notdürftigen Unterhalt zu sichern, nicht aber den Gläubigern die Befriedigungsmittel zu entziehen (RG 81, 14; JW 1912, 689¹³); die Übernahme der Verpflichtung zur Sperre von Wertpapieren (RG JW 1911, 31⁹); das pactum de non licitando (RG 58, 893; 60, 273; Warn 1912 Nr 368; vgl. noch § 134 A 4); die Inanspruchnahme des Bürgen, wenn die Hauptschuld nichtig ist (RG 78, 354); die Verständigung unter den mehreren Wettbewerbern über ihr Verhalten, selbst wenn sie dann dem Veranstalter nicht Kenntnis geben (RG 24. 11. 03 III 121/03); ein Vertrag unter mehreren Bauunternehmern zum Zwecke der Erhöhung der üblich gewordenen niedrigen Preise bei Ausbietungen (RG JW 08, 296²); der Verkauf der ärztlichen Praxis (RG 1912 Nr 150); die Gewährung eines Darlehns zur freiwilligen Erfüllung verbotener Termingeschäfte (RG Gruch 54, 613); die Übernahme der Verpflichtung, ein Grundstück nur an Käufer deutscher Nationalität zu verkaufen (RG 75, 78; 73, 16), oder an keinen Nationalpolen zu verkaufen (RG 53, 71; 73, 21), oder das Versprechen eines Nationalpolen, das ihm verkaufte, in der Provinz Posen belegene Gut, wenn überhaupt, dann nur an einen Nationalpolen zu verkaufen (RG 77, 419; vgl. auch Warn 1910 Nr 371 und 1911 Nr 8); rechtsgeschäftliche Maßregeln zur Erhaltung deutschen Besitztums in deutscher Hand (RG Warn 1914 Nr 110); Übermäßigkeit der Vertragsstrafe (RG 68, 229; JW 09, 988⁹; 1913, 319⁵); eine Zession lediglich in der Absicht, den Zedenten als Zeugen auftreten zu lassen (RG 81, 160; JW 09, 270³); die Vereinbarung eines an sich unzuständigen Gerichts (RG 86, 7).

Zu d, e und f. Das Versprechen einer Leistung, die zur Gegenleistung in einem auffälligen Mißverhältnisse steht (RG 83, 112; es muß zur Sittenwidrigkeit noch etwas Weiteres dazu kommen, was dem Geschäfte das Gepräge eines widersittlichen verleiht, wie etwa die Ausbeutung); die Annahme eines Schenkungsversprechens in dem Bewußtsein, daß die Mittel zur Erfüllung der Schenkung aus unlauteren Quellen fließen würden, wie aus einem Bordellbetriebe (RG 19. 1. 18 V 283/17); das Versprechen einer lebenslänglichen Unterstützung gegen die Verpflichtung des andern, den Wohnsitz dauernd zu verlegen (RG Warn 1910 Nr 412); Verzicht auf die Wohltat des § 811 ZPO (RG SeuffA 65 Nr 478); die Bestimmung im Vertrage einer Gesellschaft m. b. H., daß diejenigen Gesellschafter, welche mit der Gesellschaft in Wettbewerb stehen, sich in den Versammlungen durch Mitglieder der Geschäftsführung oder des Aufsichtsrats vertreten lassen müssen (RG 80, 390); die Vereinigung von Gewerbetreibenden gleichartiger oder verwandter Betriebe zur Ausschaltung oder Verminderung des Wettbewerbs unter den Mitgliedern, oder zum Schutze des Gewerbebetriebes gegen Entwertung oder Preisunterbietungen, soweit nicht als Mittel zur Hereinziehung in das Kartell gegen Außenseiter die Aussperrung benutzt wird (RG Warn 1913 Nr 82); die Vereinigung von Gewerbetreibenden zur Verhängung von Maßregeln gegen Gewerbegenossen, um das Gewerbe (Buchhandel) gegen Schleuderpreise zu schützen, sofern nicht durch das gewählte Mittel in die Rechtssphäre Dritter eingegriffen wird (RG 56, 274); die Aussperrung eines Arbeitnehmers durch einen Arbeitgeberverband durch Versagung eines „Handzettels" der Arbeitsnachweisstelle, falls ein triftiger Grund gegeben ist, den Arbeitnehmer wegen seiner körperlichen oder geistigen Beschaffenheit von den zum Vereine gehörigen Betrieben fernzuhalten (RG 65, 423; 71, 108); Verträge, durch welche ein Komponist sich einem Verleger gegenüber verpflichtet, die künftigen Werke zunächst ihm vorzulegen und bei gleich günstigen Bedingungen ihm auch den Vorzug zu geben (RG 79, 156); oder Verträge, durch welche die Entfaltung der künstlerischen Tätigkeit mittels Konkurrenzverbots eingeengt wird (RG 80, 219); oder vereinbart wird, daß eine Schauspielerin im Falle ihrer Verheiratung dieserhalb kein Recht zur Vertragsauflösung haben, vielmehr bei einer auf Geheiß ihres Ehemanns erfolgenden Auflösung in eine Geldstrafe verfallen

soll (RG Gruch 54, 934); der Vertrag, durch den ein Ausländer sich verpflichtet, in einer Stadt, in der sich eine Berlitz-school befindet, während einer Frist von 10 Jahren nicht eine Sprachschule zu gründen (RG Gruch 54, 892); oder ein Kleinhändler sich zur Gewährung von Sonderrabatt an Mitglieder wirtschaftlicher Vereinigungen verpflichtet (RG 78, 194); oder durch den von einer Gemeinde einem Gastwirt Beschränkungen zum Besten der Gemeindemitglieder auferlegt werden; oder in dem sich der eine Teil verpflichtet, für den andern Teil Waren herzustellen und zu liefern, die der andere Teil in eigenem Namen verkaufen soll (RG Gruch 59, 467, wo zugleich ein Verstoß gegen § 310 verneint ist); die Bestimmung in der Satzung einer Gesellschaft m. b. H., daß sich das einen Wettbewerb betreibende Mitglied in den Versammlungen durch einen Mitgesellschafter vertreten lassen muß (RG 80, 385; vgl. anderseits RG 88, 220).

Ein widersittlicher Knebelungsvertrag liegt nicht vor, wenn der Schuldner trotz aller dem Gläubiger eingeräumten Vorteile noch imstande bleibt, sich anderweit wirtschaftlich zu betätigen (RG Warn 1918 Nr 14); ebensowenig unter entsprechenden Umständen ein widersittliches Wettbewerbsverbot. Ein Abkommen, dessen Hauptzweck ist, das notleidende Unternehmen des Schuldners durch weitgehende Kreditsicherung zu retten, ist nicht unzulässig, falls eine wirtschaftliche Selbständigkeit des Schuldners gewahrt bleibt, mag der einzelne Gläubiger eine besonders hohe Sicherheit erhalten haben und mag auch das Abkommen geheimgehalten werden (RG JW 16, 476[1]). — Es verstößt nicht gegen die guten Sitten, wenn sich der Staat in einem Rentengutsvertrage ausbedingt, daß er im Falle seines berechtigten Rücktritts vom Vertrage über die Erstattungsfähigkeit von baulichen, durch den Käufer gemachten Aufwendungen mit Ausschluß eines Rechtsanspruchs selbst entscheiden darf (RG Gruch 63, 327). Rechtsgeschäfte, die gegen die Höchstpreisverordnung v. 4. 8. 14 oder gegen § 11 der VO v. 24. 6. 16., betreffend den Verbot des Kettenhandels, verstoßen, sind nicht nichtig (RG 88, 250 und 96, 244). Vgl. § 134 A 2 a. E.

2. Das Wuchergeschäft. Wie das Wort „insbesondere" zeigt, soll das Wuchergeschäft einen Sonderfall des unsittlichen Rechtsgeschäfts überhaupt darstellen und mithin nur einen besondern Anwendungsfall der Bestimmung des Abs 1 bezeichnen. Sofern eines der Merkmale des Wuchers fehlt, kann nur in Frage kommen, ob sich das Geschäft aus andern Gründen als ein widersittliches darstellt (RG 64, 181; 72, 61; Warn 09 Nr 494). Dazu reicht jedoch das Vorhandensein des gröbsten Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung allein noch nicht aus; es muß vielmehr noch ein anderer Umstand dazu kommen, der außerhalb des Tatbestandes des § 138 Abs 2 die Anwendbarkeit des Abs 1 zuläßt, so etwa die unerlaubte, sittenwidrige Ausnutzung der Schwierigkeiten des Geld- und Arbeitsmarktes infolge eines Krieges (RG 90, 400; 93 S. 28 u. 107; Warn 1916 Nr 2). Ist anderseits der Tatbestand des § 138 Abs 2 festgestellt, dann bedarf es nicht noch der Prüfung, ob das Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt (RG 72, 69).

In welcher Form der Wucher äußerlich in die Erscheinung tritt, ist nach dem Gesetze unwesentlich. Es unterscheidet insbesondere nicht mehr zwischen Sachwucher und Kreditwucher (vgl. die Gesetze, betr. den Wucher v. 2. 5. 80 u. 19. 6. 93), so daß nach der gegenwärtigen Rechtslage jedes lästige Vermögensgeschäft ein wucherliches sein kann, namentlich: das Darlehn, der Kauf, das Pfandleihgeschäft, der Mietvertrag, Gesellschaftsvertrag (vgl. RG 46, 112; Warn 09 Nr 387; 1911 Nr 9), der Dienstvertrag, das Vermittlungsgeschäft. Die Rechtsfolge des Wuchers ist die **Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts** (§ 125 A 1). Hinzuzufügen ist hier nur noch: Auch das wucherliche Rechtsgeschäft stellt im Zweifel insgesamt ein einheitliches dar, so daß, wenn auch nur ein Teil des Geschäfts die wucherische Ausbeutung enthält, das Geschäft im ganzen nichtig ist (RG Warn 08 Nr 280; RG 72, 63). Die Nichtigkeit des obligatorischen Rechtsgeschäfts ergreift zugleich auch das dingliche Erfüllungsgeschäft. Denn die Bestimmung des Abs 2 umfaßt, wie das Versprechen, so auch das Gewähren wucherischer Vorteile (RG 57, 95 ff.; 75, 76; 93, 75). Aber das Erfüllungsgeschäft ist nicht nichtig, wenn zur Zeit der Erfüllung die Voraussetzungen des Wuchers nicht mehr vorliegen (RG Warn 09 Nr 295).

Subjektiv erfordert der Wucher **vorsätzliches Handeln.** Dies Erfordernis **der Ausbeutung** ist erfüllt, wenn der Wucherer bewußt, sei es die Notlage, sei es den Leichtsinn, sei es die Unerfahrenheit eines andern ausnützt. Daß indes auch seine Absicht hierauf gerichtet war, ist nicht erforderlich (RG 60, 9; 86, 300; JW 07, 167[4]), wie es auch des Nachweises der Arglist nicht bedarf (RG JW 05, 366[3]). Die **Ausbeutung** verlangt auch nicht einmal ein angriffsweises Vorgehen; es genügt die Benutzung einer zufällig gegebenen Gelegenheit (RG JW 05, 366[3]). Das Erfordernis der Ausbeutung ist aber nicht erfüllt, wenn sich der Gläubiger des Vorhandensein eines Mißverhältnisses nicht bewußt war (RG 11. 10. 11 V 602/10). — Ein **anderer,** dessen Notlage ausgebeutet werden soll, kann auch ein anderer sein als der Vertragsgegner des Wucherers, sofern nur die Notlage dieses andern für das Geschäft wirtschaftlich bestimmend war; insbesondere dann, wenn der wucherische Vertrag im wirtschaftlichen Interesse eines Dritten abgeschlossen wird und der Wucherer im Bewußtsein dessen die Notlage des Dritten ausbeutet (RG

JW 15, 574[6]; 20. 3. 18 V 338/17). Verpflichten sich in einem einheitlichen Vertrage mehrere Personen dem Wucherer, sei es als Hauptschuldner, sei es als Bürge, dann reicht es zur Geltendmachung des Einwandes des Wuchers aus, wenn auch nur einem von den mehreren gegenüber Wucher vorliegt (RG 72, 218; Gruch 54, 886; RGSt 28, 115; 39, 125). Als der Wucherer dagegen kann nur der Vertragsgegner in Betracht kommen, der der Empfänger des Versprechens war. — Die Tatbestandsmerkmale „Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit" bedeuten im Sinne des Gesetzes verschiedene mögliche Besonderheiten der gleichen Begehungsart (RGSt 17, 442). Der Begriff **„Notlage"** erfordert eine dringende Not, welche die wirtschaftliche Existenz bedroht. Eine Notlage anderer Art kommt nicht in Betracht (RG JW 05, 75[8] u. 1911, 576[9]). Ein Zustand der Vermögenslosigkeit und Unpfändbarkeit ist jedoch noch nicht identisch mit dem Zustande eines dringenden Geldbedarfs zur Abwendung einer die wirtschaftliche Existenz bedrohenden Gefahr (RG Warn 1919 Nr 92). Für das Vorhandensein einer solchen Gefahr reicht es aber aus, wenn eine wesentliche Verschlimmerung der derzeitigen wirtschaftlichen Lage droht (RG 16. 10. 18 V 41/18). Nach alledem kann nur bei Vermögensgeschäften von Wucher die Rede sein, auch bei einem Erbschaftsentsagungsvertrage mithin lediglich unter ganz besondern Umständen (RG JW 07, 167[4]). Völlige Vermögenslosigkeit, unbedingter Mangel an Kredit und Zahlungsmitteln ist kein Erfordernis, vielmehr genügt eine finanzielle Bedrängnis, ein unabweisliches Kreditbedürfnis, eine augenblickliche, anders nicht zu beseitigende Geldverlegenheit (RG JW 1911, 576[9]). Die Notlage muß tatsächlich vorhanden sein; eine nur eingebildete Notlage reicht nicht aus (RGSt 28, 290). Das Vorhandensein einer augenblicklich drängenden Not reicht aus (RG SeuffA 64 Nr 180). Steht nur die Beschaffung oder Erhaltung von Gewinn in Frage, handelt es sich somit nur um Spekulationszwecke, so liegt keine Notlage vor. Wohl aber ist sie denkbar, auch wenn jemand Mittel zu Erwerbszwecken braucht, sofern nur von deren Erfüllung seine wirtschaftliche Existenz abhängt (RGSt 4, 390 ff.), und es muß sich auch um die Erhaltung eines bereits bestehenden, nunmehr gefährdeten Betriebs handeln (RG JW 1919, 102[1]). Es muß auch das wirtschaftliche Dasein überhaupt und nicht nur die Erfüllbarkeit der Aussicht auf Erwerb bedroht sein. Bei Spekulationsgeschäften ist auch ein auffälliges Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen nicht schon aus der objektiven Ungleichheit herzuleiten (RG JW 09, 215[2]). Auch bei Stundungen kann eine Notlage in Frage stehen (RGSt 4, 390). Möglich ist es endlich, daß sich auch eine wohlhabende Persönlichkeit im entscheidenden Zeitpunkte im Notstande befand. Notlage ist auch nicht deswegen ausgeschlossen, weil der Bewucherte noch Sachen hat, die er zur Befriedigung des Gläubigers verwenden kann; es kommt darauf an, ob ihm die Sachen nach den für seine Zukunft gefaßten Plänen unentbehrlich sind (RG JW 08, 142[13]). Besaß aber der angeblich Bewucherte Vermögensstücke, durch deren Verwertung (Verpfändung) er sich möglicherweise hätte Geldmittel verschaffen können, dann gehört zum Nachweise der Notlage die Darlegung der Bemühungen, die er zur Beschaffung des Kapitals vergeblich angestellt hat (RG SeuffA 69 Nr 232). Auch bei einer Personenmehrheit (Gesellschaft oder juristischen Person) kann eine Notlage bestehen und sich dahin äußern, daß die dringende Gefahr der Liquidation und somit die Aufgabe der unwirtschaftlichen Existenz obwaltet (RG 93, 28). Notlage ist kein der Eideszuschiebung zugänglicher Rechtsbegriff (RG JW 09, 45[3]). Der **„Leichtsinn"** zeigt sich darin, daß der Handelnde den Folgen seines Tuns aus Sorglosigkeit oder aus Mangel an genügender Überlegung die ihnen zukommende Bedeutung nicht beilegt. Er muß bei dem besondern gegebenen Geschäfte hervorgetreten sein, während es auf die sonstige Lebensweise des Betreffenden nicht ankommt (RGSt 27, 18; Warn 1916 Nr 128). Auch schon der Beweggrund kann auf Leichtsinn beruhen (RG JW 08, 142[13]; SeuffA 64 Nr 2). Der Leichtsinn kann sich auch gerade darin zeigen, daß der Schuldner den Vertrag ohne Kenntnis seiner Einzelheiten oder der Wertverhältnisse zwischen den Vertragsgegenständen eingeht. Die Tatsache, daß sich das Geschäft in der Folge als sehr nachteilich erweist und diese Folgen bei ruhiger Überlegung auch voraussehbar gewesen wären, reicht zur Feststellung des Leichtsinns nicht aus, zumal bei Spekulationsgeschäften (RG Warn 1916 Nr 195). Ist das Geschäft durch einen Bevollmächtigten abgeschlossen worden, dann ist gegebenenfalls dessen Leichtsinn entscheidend; anders im Falle auftragsloser Geschäftsführung, weil hier die Wirksamkeit des Geschäftes erst von der Entschließung und Genehmigung des Geschäftsherrn abhängt (RG 9. 10. 15 V 130/15). — **Unerfahrenheit** bedeutet Mangel an Geschäftskenntnis, und zwar an Geschäftskenntnis jeder Art, also etwa auch nur in landwirtschaftlichen Dingen (RG 60, 10; Warn 1914 Nr 111). Die Unerfahrenheit ist eine Eigenschaft, sie setzt eine allgemeine Geschäftsunkenntnis voraus, und es genügt daher nicht eine Unkenntnis im besondern Falle (RG Warn 1918 Nr 157). Auf ihr Vorhandensein kann daraus geschlossen werden, daß der Handelnde die vorhandene und naheliegende Möglichkeit, sich Mittel auf andere, weit günstigere Art zu verschaffen, infolge mangelnder Geschäftskenntnis und Lebenserfahrung nicht benutzt hat (RGSt 25, 319; RG 60, 9; 64, 181; JW 1913, 483[3]). — Die Ausbeutung eines geistig Minderwertigen verstößt noch mehr gegen die guten Sitten als die Ausbeutung der Unerfahrenheit (RG 67, 393).

Die **objektive Voraussetzung** des Wuchergeschäfts bildet das **Mißverhältnis** zwischen dem Vermögensvorteile und der Leistung. Das Merkmal des Mißverhältnisses ist lediglich ein objektives, unabhängig von den Vorstellungen des Wucherers; das Bewußtsein der Ausbeutung gehört allein zu den subjektiven Erfordernissen des Tatbestandes (RG 60, 11; 86, 300; Warn 1918 Nr 23). Objektiv kommen neben dem Verkehrsüblichen anderseits auch die besondern Umstände (Risiko, Sanierungszweck) in Betracht (RG JW 09, 215[5]). Eine lex commissoria im Sinne des § 1229 kann, da sie an sich nichtig ist, zur Begründung des Wuchers nicht dienen (RG JW 09, 719[6]). Als Vermögensvorteil kann auch die Möglichkeit, über fremdes Vermögen zu eigenem Nutzen zu verfügen, angesehen werden (RG Warn 1919 Nr 108). Es kommen außer dem objektiven Werte der beiderseitigen Leistungen auch die subjektiven Verhältnisse auf seiten des Bewucherten in Betracht (RG JW 05, 366[3]); beispielsweise der Umstand, daß der Bewucherte, um vom Wucherer überhaupt Geld zu erlangen, genötigt wird, Sachen käuflich zu übernehmen, die für ihn unverwertbar sind (RG 28. 11. 06 V 134/06). Die Höhe des Vermögensvorteils ist regelmäßig nach dem allgemeinen Verkehrswerte des dem Wucherer versprochenen oder gewährten Leistungsgegenstandes zu berechnen (RG 19. 10. 04 V 145/04), während als Maßstab für den Wert der Leistungen des Bewucherten die übliche Vergütung anzusehen ist, die für eine solche Leistung im allgemeinen gewährt zu werden pflegt (RG Gruch 46, 897). Dieser Maßstab wird aber bei Geschäften gewagter Natur (bei denen Bewucherung ebenfalls an sich möglich ist) häufig versagen (vgl. RG JW 09, 215[2]). Bei der Frage, ob ein Mißverhältnis vorliegt, kommt es auf den Wert der versprochenen Gegenleistung, nicht aber darauf an, wie sich das Ergebnis bei der demnächst erfolgten Verwertung der beiderseitigen Leistungen gestellt hat (RG JW 1918, 424[1]). Entscheidend ist auch nicht allein der Nennwert der Leistung des Bewucherten; bei Bemessung des Wertes seiner Leistung sind vielmehr auch seine Vermögensverhältnisse maßgeblich, so daß seine Leistung gegebenenfalls gar keinen Wert haben kann (RG Warn 1918 Nr 26; 28. 11. 17 V 318/17) und dieserhalb ein Mißverhältnis nicht besteht. Bei Abwägung des Mißverhältnisses sind im übrigen die im Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses vorhandenen Verhältnisse ins Auge zu fassen, und es kann sich daher der Wucherer nicht darauf berufen, wenn die empfangene Leistung nachträglich an Wert verliert, wie anderseits auch der angeblich Bewucherte nicht geltend machen kann, daß die von ihm hingegebenen Vermögensstücke eine unerwartete Wertsteigerung erfahren hätten (RG 86, 296). — Ob das Mißverhältnis ein **auffälliges,** ist von Fall zu Fall zu beurteilen, und zwar nach den Umständen, die zur Zeit der Eingehung des Geschäfts bestanden. Das Vorhandensein des Merkmals wird auch dadurch nicht nachträglich wieder beseitigt, daß in der Folge Ereignisse eintreten, die das Verhältnis zwischen dem Werte der beiderseitigen Leistung nunmehr anders gestalten (RG 13. 6. 06 I 50/06).

Folgende Rechtsmittel stehen dem Bewucherten, nachdem durch Art 47 EG der Art 3 des Wuchergesetzes vom 24. V. 80 aufgehoben worden ist, zur Seite; jedoch nur nach Maßgabe der bei § 125 unter A 1 näher dargelegten Regeln (wobei zu beachten, daß — vgl. oben A 1 Abs 1 — im Falle des Wuchers die Nichtigkeit regelmäßig auch das Leistungsgeschäft umfaßt, und eine Vermögensverschiebung mithin nicht eintritt): a) Die Bereicherungsklage aus § 812 auf Rückgewährung dessen, was der Wucherer auf Kosten des Bewucherten erlangt hat, auf das mithin, was der letztere mehr empfangen hat, als er gegeben (RG Warn 1911 Nr 325; 1915 Nr 199), da die Leistung des Bewucherten (regelmäßig) nicht eine Sittenwidrigkeit darstellt, und ihm daher auch nicht der Ausnahmefall des § 817 Satz 2 entgegensteht (RG SeuffA 70 Nr 120); b) gegebenenfalls die dingliche Klage aus § 985 (RG 63, 184; 72, 63; 75, 76); c) die Klage auf Schadensersatz aus § 826. Ist der Wucherer zur Herausgabe der empfangenen Sache außerstande, so haftet er auf Ersatz des Wertes gemäß §§ 818, 819, 989, und für die Berechnung des Ersatzes ist der Wert der Sache zur Zeit der Annahme der Leistung maßgebend (RG 21. 12. 06 II 254/06). Der Wucherer kann ebenfalls das zurückverlangen, was er gewährt hat (JW 00, 347, für altes Recht), allerdings nicht mit der Vertragsklage, aber mittels des Bereicherungsanspruchs aus § 812. Die entgegengesetzte Ansicht (Dernburg I § 127 II Abs 4) stützt sich zu Unrecht auf § 817 Satz 2, denn die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts zeigt sich allein darin, daß der Wucherer sich übermäßige Vorteile versprechen läßt, nicht aber darin, daß der Wucherer die seinesteils dem Bewucherten geschuldete Leistung bewirkt. Auch ihm gegenüber greift also § 817 Abs 2 (wenigstens regelmäßig) nicht Platz. Versagt ist dem Wucherer die Aufrechnung mit seiner Forderung gemäß § 393 (RG 21. 12. 06 II 254/06). Über die Bestätigung eines wucherischen Geschäfts vgl. § 141 Abs 2.

3. **Revisibilität.** Die Frage, ob ein Vertrag gegen die guten Sitten verstößt, ist insofern eine Rechtsfrage, als auch vom Revisionsgerichte nachgeprüft werden kann und muß, ob die festgestellten tatsächlichen Umstände dem Maß an Anstands- und Sittlichkeitspflicht widersprechen, welches im Geschäftsleben noch von einem Durchschnittsmenschen verlangt werden kann (RG 67, 101). Auch der Begriff Notlage ist ein Rechtsbegriff (RG JW 05, 75[8]; 09, 45[3]).

Das rechtskräftige Urteil hindert zwar die nachträgliche Erhebung des Einwandes aus § 138 (§ 767 ZPO). Es vermag jedoch keinesfalls das an sich widersittliche Rechtsgeschäft umzugestalten und zu einem statthaften zu machen, und daher steht es Dritten, insbesondere dem Bürgen, nicht entgegen (§§ 767, 686, vgl. RG 56, 109 und Gruch 53, 908, betreffend ein Anerkenntnisurteil). Ist das Urteil selbst in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise herbeigeführt worden, dann steht dem Verurteilten der Rechtsbehelf aus §§ 826, 249 zu, wonach er die materielle Wirksamkeit des Urteils beseitigen kann (RG 61, 359; 59, 257). Vgl. Vorbem 8 vor § 104.

4. Der § 138 hat rückwirkende Kraft insofern, als den betreffenden Ansprüchen keinerlei Rechtsschutz gewährt werden kann (RG JW 1910, 62; 07, 167[4]); ob aber die rückwirkende Kraft so weit geht, daß auf Grund ihrer auch die Beseitigung des vor dem Inkrafttreten des Gesetzes bereits eingetretenen Rechtszustandes verlangt werden kann, ist zweifelhaft (RG 47, 103; JW 07, 167[4]; 1910, 62[5]). Die Frage dürfte zu verneinen sein.

§ 139

Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig[1]), wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde[2]).

E I 114 II 112; M 1 222; P 1 134

1. **Teilweise Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts.** Das Gebiet dieser Bestimmung ist keineswegs gewiß. Folgendes kommt in Betracht: Zunächst setzt § 139 voraus, daß ein Rechtsgeschäft überhaupt zur Entstehung gelangt ist, da andernfalls von der Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts noch gar keine Rede sein könnte (RG 79, 78). Unanwendbar ist daher § 139, falls der Mangel fehlender Willenseinigung (§§ 154, 155) in Frage steht. Auszuscheiden aus dem eigentlichen Gebiete des § 139 sind sodann auch alle diejenigen Fälle, in denen der Nichtigkeitsgrund einen wesentlichen Bestandteil des Rechtsgeschäfts trifft, einen Teil also, ohne den das Geschäft so, wie es gewollt war, überhaupt nicht bestehen kann. Denn unter diesen Umständen hat die Nichtigkeit des einen Teiles die Nichtigkeit des gesamten Geschäfts ohnehin mit Notwendigkeit zur Folge; der mangellose Teil allein für sich würde niemals ein Rechtsgeschäft der beabsichtigten Art darstellen können. Ist beispielsweise bei einem Grundstücksveräußerungsvertrage zwar das Verkaufsangebot, nicht aber auch die Annahmeerklärung formgerecht (§ 313) beurkundet worden, dann ist ein rechtsbeständiger Vertrag nicht zustande gekommen; die Möglichkeit, das Geschäft im ganzen aufrechtzuerhalten, scheitert (abgesehen von der Heilung gemäß § 313 Abs 2) an der unbedingt zwingenden Kraft des Formerfordernisses, und wollte man auch den Verkaufsantrag als solchen unter Anwendung des § 140 (vgl. dort A 1) als verbindlich gelten lassen, so würde dieses Rechtsgeschäft auch nicht einmal teilweise dem beabsichtigten Geschäfte entsprechen, es wäre vielmehr im Wege der Umgestaltung (Konversion) ein Rechtsgeschäft von anderm Inhalte unterstellt worden. Wäre ferner im gegebenen Falle die Leistung oder die Gegenleistung im Einverständnisse der Parteien zum Scheine unrichtig angegeben worden, dann ergriffe dieser Nichtigkeitsgrund wiederum notwendig das gesamte Geschäft, und für die Erhaltung nur eines Teiles bestünde auch hier keine Möglichkeit (RG 78, 119). Unmittelbar ist der § 139 endlich auch insoweit nicht anwendbar, als die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung durchgreifen. Wäre das Rechtsgeschäft aus dem Grunde überhaupt unteilbar, weil der Leistungsgegenstand unteilbar ist, dann verbietet sich die Anwendbarkeit des § 139 von selbst. Ist anderseits der Leistungsgegenstand teilbar, dann besteht im Falle nachträglicher Unmöglichkeit für § 139 deswegen kein Raum, weil hier der erfüllbare Teil des Rechtsgeschäfts — sofern nicht gegebenenfalls die nur teilweise Unmöglichkeit der völligen Unmöglichkeit gleichzustellen ist — nach der Bestimmung des § 275 oder der §§ 323—325 erhalten bleibt. Bei der anfänglichen Unmöglichkeit liegt die Sache freilich anders. In § 306 ist der Fall anfänglicher, nur teilweiser Unmöglichkeit überhaupt nicht vorgesehen. Diese Lücke muß daher der § 139 ausfüllen, und er ist dazu auch geeignet (vgl. RG 51, 94). Vgl. auch RG 68, 293; 78, 12. Allerdings muß man sich dabei dessen bewußt bleiben, daß hier ein eigentlicher Fall des § 139 nicht vorliegt. Ist beispielsweise eine Sache verkauft worden, für die ein Gebrauchsmuster eingetragen war, und erweist sich dieses als gesetzlich untauglich, dann tritt zwar Nichtigkeit des ganzen Geschäfts wegen teilweiser Unmöglichkeit der ganzen Leistung ein, aber die Voraussetzung eines zusammengesetzten Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 (s. weiter unten) trifft nicht zu; denn die Bestimmung, daß die Kaufsache mit einem Musterschutze versehen sei, diente nur zur Bestimmung der Art der Kaufsache, das Geschäft war jedoch notwendig ein einheitliches. Darüber, wann gänzliche oder nur teilweise Unmöglichkeit vorliegt, vgl. § 275 A 4. Wenn Oertmann für die Anwendbarkeit des § 139 wegen teilweiser Unmöglichkeit als Beispiel auch den Fall anführt, daß von zwei

verkauften Pferden das eine (schon zur Zeit des Vertragsabschlusses) krepiert gewesen wäre, ohne hinzuzufügen, daß für jedes der beiden Pferde ein besonderer Preis verabredet worden sei, so ist das bedenklich. Wenn beide Pferde zusammen für einen Einheitspreis gekauft worden, dann ließe sich dieses einheitliche Kaufgeschäft keineswegs in zwei Teile zerlegen. Der Kauf des einen Pferdes würde sich nicht nur teilweise, sondern im ganzen als etwas anderes darstellen als der die beiden Pferde einheitlich umfassende Kauf. — Faßt man alles bisher Erwogene ins Auge, so ergibt sich: Für die unmittelbare Anwendung des § 139 besteht nur dann Raum, wenn das gegebene Rechtsgeschäft sich überhaupt in mehrere Teile zerlegen läßt und von diesen zum mindesten der eine (der vom Nichtigkeitsgrund nicht betroffene), unabhängig von dem andern, nichtigen Teile, selbständig für sich bestehen könnte; wenn ferner der dem einen Teile anhaftende Nichtigkeitsgrund nicht ohne weiteres notwendig das gesamte gewollte Rechtsgeschäft vernichtet, und wenn endlich nicht schon die Bestimmungen der §§ 275, 323—325 durchgreifen. Wird das gewollte Rechtsgeschäft auch nicht einmal teilweise aufrechterhalten, sondern durch ein anderes, unterstelltes ersetzt, dann liegt Konversion gemäß § 140 vor. Entsteht ein Vertrag erst dadurch, daß der Mangel voller Willenseinigung durch die Unterstellung einer solchen beseitigt wird, dann ist der Fall des § 155 gegeben. Allen drei Bestimmungen, §§ 139, 140, 155, liegt nur der gemeinsame Rechtsgedank zugrunde, daß vorgenommene Rechtsgeschäfte so lange nach Möglichkeit zu schützen sind, als das mit der Parteiabsicht vereinbar ist.

Da der § 139 von dem Gedanken der Teilbarkeit des Rechtsgeschäfts ausgeht und für seine Anwendbarkeit die Möglichkeit der Teilung voraussetzt, so ist es in diesem Sinne richtig, die der Bestimmung unterfallenden **Rechtsgeschäfte als zusammengesetzte** zu bezeichnen, oder aber die unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschrift auf derartige Rechtsgeschäfte zu beschränken (**RG** 62, 168; 78 S. 43 u. 120). Bei dem Ausdrucke „zusammengesetzt" ist hier indes nicht zu denken an Rechtsgeschäfte mit schon begrifflich notwendig zusammengesetztem Tatbestande (vgl. Vorbem 4 vor § 104), sondern an die gewillkürte Verbindung einer Mehrheit von Rechtsgeschäften, gleichgültig ob von dem gleichen oder ob je von einem verschiedenen juristischen Typus (**RG** 78, 43; 79, 436; 88, 413). Die Zusammensetzung läßt sich zunächst so denken, daß einem Rechtsgeschäfte eine für seinen Bestand an sich nicht wesentliche Nebenbestimmung beigefügt wird (Erfüllungsart, Bedingung, Befristung, Zusicherung). Auch dieser Fall gehört jedoch strenggenommen nicht unter § 139, weil bei einer bedingten oder befristeten Erklärung, oder bei der Zusage einer Eigenschaft trotz solcher Hinzufügungen begrifflich doch nur eine einheitliche Willenserklärung vorliegt und mithin die Nichtigkeit der Hinzufügung (etwa die einer unsittlichen Bedingung) schon dieserhalb die gesamte Erklärung nichtig machen muß. Aber es ist auch nicht ausgeschlossen, daß die Nebenbestimmung in Form eines besondern Nebengeschäfts dem Hauptgeschäfte hinzugefügt wird, und dann läge der wirkliche Tatbestand des zusammengesetzten Rechtsgeschäfts vor. Vgl. **RG** Warn 08 Nr 24 und § 125 A 6. **Der eigentliche Fall der Zusammensetzung** ist der, daß mehrere Geschäfte, die je für sich als ein besonderes, selbständiges Rechtsgeschäft in Betracht kommen könnten, durch den Willen der Parteien insgesamt zu nur einem Geschäfte miteinander verbunden werden, so daß der Parteiabsicht nach die Gültigkeit des einen Rechtsgeschäfts von dem des andern abhängen soll (**RG** 62, 185; 79, 436); selbst wenn an den mehreren Verträgen nicht durchweg dieselben Personen teilgenommen haben (**RG** 67, 104; vgl. ferner § 305 A 2); beispielsweise ein Grundstücksveräußerungsvertrag, verbunden mit Vermögensübertragung (**RG** 61, 284); ein in zwei Kaufverträge zerlegbarer Tauschvertrag (**RG** 78, 44); Grundstücksveräußerungsvertrag, verbunden mit Miete (**RG** 16. 1. 07 I 251/06); Übernahme der Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung, verbunden mit Vollmachtserteilung (**RG** 50, 169; 54, 79; 62, 337; 78, 41; 79, 212; 81, 51; 94, 147; 10. 12. 19 V 249/19); kaufmännisches Lombardgeschäft, verbunden mit Bürgschaft (**RG** 87, 159); ein Grundstücksveräußerungsvertrag, verbunden mit einem Mietvertrage (**RG** 97, 219). Immer aber muß das Ergebnis sein, daß sich das gesamte Rechtsgeschäft nach dem Willen der Parteien nur als ein einheitliches darstellt. Es genügt auch schon die wirtschaftliche Einheit (**RG** 78, 43; 79, 434). Notwendig ist auch nicht, daß schon äußerlich nur ein Vertrag vorliegt, es können vielmehr auch mehrere, äußerlich getrennte Verträge in Frage stehen, falls diese sich nur aus wirtschaftlichen oder aus sonstigen Gründen zusammen als ein gewolltes Ganzes darstellen (**RG** 79, 436; 81, 57). Die Beweislast für den entsprechenden Parteiwillen hat der ihn Behauptende. Die Anwendbarkeit des § 139 ist anderseits aber ausgeschlossen, wenn die Vereinheitlichung der mehreren Geschäfte nur eine äußerliche, nur scheinbare ist; so beispielsweise, wenn mehrere Personen sich für die nämliche Schuld in einer Urkunde als Bürgen verpflichten, sofern jede Bürgschaftsverpflichtung selbständig für sich bestehen soll (**RG** 86, 324; 88, 415). — Die Voraussetzung eines zusammengesetzten Rechtsgeschäfts im Sinne des § 139 kann endlich sowohl in objektiver wie in subjektiver Hinsicht erfüllt sein, insbesondere also auch dann, wenn sich

am Vertragsschlusse auf der einen oder der andern Seite eine Mehrheit von Personen beteiligt, und nunmehr die Nichtigkeit nur gegenüber einem von den mehreren Beteiligten gegeben ist (RG 62, 184; 71, 201; 72, 218, betreffend mehrere Wechselschuldner; JW 1912, 189[4]). Vgl. SeuffA 65 Nr 434, betreffend eine von Miteigentümern bestellte Hypothek. So kann beispielsweise ein „von beiden Eheleuten" geschlossener Kaufvertrag für die Ehefrau gültig sein, wiewohl er etwa dem geschäftsunfähigen Manne gegenüber nichtig ist, falls nämlich die Frau den Vertrag erweislich auch ohne Beteiligung des Mannes geschlossen haben würde (RG 59, 174; 62, 186). Ein wirtschaftlich einheitlich aufzufassender Kaufvertrag wird durch Anfechtung im ganzen nichtig, wenn nur einer der mehreren Verkäufer sich des Betrugs schuldig gemacht hat (RG JW 06, 83[2]; Warn 1912 Nr 360; SeuffA 67 Nr 105). Nichtigkeit des gesamten Vertrags (im Zweifel) auch dann, wenn das Rechtsgeschäft gegenüber einem von den mehreren Mitbeteiligten wegen Minderjährigkeit (RG 51, 34) oder wegen Wuchers (RG 72, 218) nichtig ist. Darauf, ob ein Gesamtschuldverhältnis vorliegt, kommt es bei § 139 nicht an (RG JW 05, 684[5]).

Unanwendbar ist der § 139 grundsätzlich dann, wenn die mehreren Rechtsgeschäfte voneinander schon an und für sich unabhängig sind; so ist die abstrakte Vollmacht nicht schon deshalb nichtig, weil der ihr zugrunde liegende Vertrag nichtig ist (RG 69, 234). Vgl. jedoch A 2 a. E. und namentlich § 313 A 1 γ. Selbständig stehen einander gegenüber auch die Aufrechnung in Kontokorrent und die Saldofeststellung (RG 56, 24). Weiter ist für § 139 dann kein Raum, wenn eine rechtsgeschäftliche Abrede mit einer nichtrechtsgeschäftlichen in Verbindung gebracht ist, die nach der Parteiabsicht überhaupt keine Rechtswirksamkeit haben sollte (RG 68, 322), oder wenn sich die Beteiligten beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts seiner teilweisen Nichtigkeit von vornherein bewußt waren, weil es alsdann insoweit bei ihnen an dem Erfordernisse eines Geschäftswillens überhaupt fehlte, und sie daher von vornherein nur dem übrigen Teile ihrer Vereinbarungen rechtsgeschäftliche Bedeutung beigemessen hätten (RG 68, 325; 79, 437). Demgemäß ist aber für § 139 auch dann kein Raum, wenn nur der eine Teil des Rechtsgeschäfts wirklich gewollt, der andere dagegen nur zum Schein erklärt war (RG JW 1910, 388[2]). Auch dann nicht, wenn zu einem schriftlichen und der Schriftform bedürfenden Vertrage (Bürgschaft) eine bloß mündliche Nebenabrede getroffen ist und diese einen selbständigen Nebenvertrag darstellte oder auch formlos gültig war (RG LZ 1919, 590[4]). — Betreffs des Falles der Anfechtung eines Vertrags, bei dem auf der einen oder der andern Seite mehrere Personen beteiligt sind, vgl. § 143 A 1 u. 2. — Ist die Nichtigkeit von Rechtsgeschäften für ein Rechtsgebiet besonders geregelt, so durch § 75 GmbHG die Nichtigkeit von G. m. b. H., dann greifen allein diese Regeln Platz, dagegen nicht auch der Grundsatz des § 139 von der teilweisen Nichtigkeit (RG 73, 429, wo die einem derartigen Gesellschaftsvertrage beigefügte Schiedsgerichtsklausel für nichtig erklärt, die Anwendbarkeit des § 139 aus den angeführten Gründen aber verneint worden ist). Vgl. ferner RG Warn 1916 Nr 147. — Unanwendbar ist § 139 ferner da, wo das Gesetz selbst nur die teilweise Nichtigkeit vorsieht. So tritt im Falle der §§ 443, 476 (Ausschließung der Gewährleistung) die Nichtigkeit nur so weit ein, als die Arglist reicht (RG 62, 125; Warn 1914 Nr 115). So fällt gemäß § 67 Abs 4 HGB nur das gesetzwidrige Abkommen über die Kündigungsfrist fort (RG 17. 9. 07 III 72/07). — Sonderbestimmungen bei der Wahlschuld gemäß § 265 und die letztwilligen Verfügungen nach §§ 2085, 2298 (Beschränkung der Unwirksamkeit). In entsprechender Anwendung des § 139 ist auch nur teilweiser Rücktritt von einem einheitlichen Vertrage ausgeschlossen (RG 67, 103; SeuffA 74 Nr 28).

Der Paragraph greift im übrigen Platz, gleichgültig, ob die teilweise Nichtigkeit von Anfang an vorlag, oder ob sie erst nachträglich durch Anfechtung herbeigeführt wurde (RG 62, 186). Unwesentlich ist ferner die Art des Nichtigkeitsgrundes (vgl. § 125 A 1 a; vgl. RG 52, 4; 59, 133; 64, 40; 65, 393; 68 S. 192, 232, 293; 71, 388).

Nichtigkeit des ganzen Geschäfts gegebenenfalls die **Regel,** gleichviel, worin die Nichtigkeit ihren Grund hat (RG 62, 186). Es entspricht das der Anschauung des Gesetzes (vgl. die §§ 139, 154, 155, 320, 323), daß im Zweifel alle Bestimmungen eines Vertrags nach der Parteiabsicht als ein zusammengehöriges einheitliches Ganzes zu betrachten sind (RG 72, 218), und daß besondere Umstände vorliegen müssen, um eine Ausnahme hiervon zu begründen (RG 57, 165; 71, 388). Aus § 139 kann auch nicht ein Recht des Richters abgeleitet werden, den nämlichen Vertrag in der Weise aufrechtzuerhalten, daß er unterstellt, die Parteien hätten nur das vereinbart, was an sich zulässig gewesen wäre. Ist beispielsweise ein Bierabnahmevertrag wegen zu langer Bindung nach § 138 Abs 1 nichtig, so ist es unzulässig, die Bindungsdauer auf eine angemessene Frist in der Annahme herabzusetzen, daß die Einigung auf eine zu lange Zeit die auf eine angemessene mit umfasse (RG 76, 78). Auch der Partei steht es nicht frei, die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts aus § 139 dadurch abzuwenden, daß sie auf die Rechtsgültigkeit desjenigen Vertragsbestandteils des Vertrags, der nur ihr einen Vorteil bringt, der aber nichtig ist, Verzicht leisten zu wollen erklärt; auch

die exceptio doli generalis kann die Partei dem Vertragsgegner gegenüber, der die Nichtigkeit des ganzen Vertrags einwendet, nicht entgegenhalten (RG 91, 361). Nichtig ist aber nicht eine mit dem Hauptvertrage etwa verbundene Vereinbarung eines an sich unzuständigen Gerichts wegen Nichtigkeit des sonstigen Rechtsgeschäfts, da die Vereinbarung auch für den Fall als getroffen zu gelten hat, daß über die Rechtsbeständigkeit des Vertrags zu entscheiden wäre und sie somit von der Rechtsbeständigkeit des sonstigen Rechtsgeschäfts unabhängig ist (RG 87, 9). Anders der Fall einer Umgestaltung des Rechtsgeschäfts durch Unterstellung eines Geschäfts von anderer Art (vgl. A 1 Abs 1 und § 140 A 1). Ist eine Hauptforderung wegen Nichtigkeit des Vertrags nicht entstanden (wegen Formmangels), so besteht auch nicht die Nebenforderung, etwa der Zinsanspruch (RG 74, 342). Verstößt die Übernahme einer Verpflichtung auf Ehrenwort gegen die guten Sitten, so ist auch die ehrenwörtlich übernommene Verpflichtung nichtig (RG SeuffA 67 Nr 104).

2. Die **Ausnahmebestimmung**, wonach gegebenenfalls nur der von der Nichtigkeit betroffene **Teil** des gesamten Rechtsgeschäfts nichtig sein soll, erklärt sich grundsätzlich aus der Neigung des Gesetzes, einmal abgeschlossene Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit zu schützen und zu erhalten (vgl. §§ 140, 155). Es befolgt dabei den Grundsatz pacta servantur und entnimmt die Rechtfertigung hierfür dem Satze utile non debet per inutile vitiari. Die Frage, ob der Regelfall oder der Ausnahmefall als gegeben anzusehen, ist auch hier nach der vermutlichen Parteiabsicht zu entscheiden, und zwar nach der Absicht, wie sie zur Zeit der Vornahme des Geschäfts nach den damaligen Verhältnissen erweislich bestanden haben würde (RG Warn 1912 Nr 411). Der Richter hat also durch Auslegung zu ermitteln, was die Parteien verständigerweise gewollt haben (RG 91, 361). Haben die Parteien im Prozesse die teilweise Nichtigkeit nicht geltend gemacht, dann ist der Schluß zulässig, daß sie diesen Teil des Vertrags nicht als wesentlich angesehen haben (RG 13. 12. 16 V 262/16). Ähnliche Regelung im Falle der §§ 140, 155. Die Probe liegt in der Frage des Gesetzes, ob anzunehmen, daß der Urheber des Geschäfts dieses vormals auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen haben würde (RG 52, 4; 59, 174; 64, 40; 65, 393; Warn 08 Nr 352), was beispielsweise zu bejahen wäre, wenn feststünde, daß sich die Parteien bei Abschluß des Vertrags der Nichtigkeit eines Teiles desselben bewußt gewesen seien, zumal wenn sie sich das gegenseitig zu erkennen gegeben haben und davon ausgingen, daß das nicht eintreten werde, was rechtlich (wegen Nichtigkeit des betroffenen Vertragsteils) nicht erzwungen werden könne (RG 68, 325; 79, 305; 86, 324; Warn 1914 Nr 209; 1919 Nr 155). Diese Regelung entspricht der Billigkeit und dem Verkehrsbedürfnisse. Ist ein Darlehn gegen eine gemäß § 138 sittenwidrige ehrenwörtliche Übernahme gewisser Verpflichtungen von seiten des Schuldners und unter Ausbedingung einer Vertragsstrafe für den Zuwiderhandlungsfall gewährt worden, dann ergreift die Nichtigkeit nur die Übernahme der bezeichneten Verpflichtungen und die Vertragsstrafe, dagegen nicht auch das Darlehn, das durch die Hingabe entstanden ist, wofern anzunehmen ist, daß beide Teile die Wirksamkeit dieses Geschäfts auch für den Fall der Nichtigkeit der sonstigen Abreden gewollt haben (RG Warn 1915 Nr 226). Desgleichen bleibt eine für die Darlehnsschuld geleistete Bürgschaft von der Nichtigkeit einer ebenfalls erfolgten Pfandbestellung unberührt (RG 86, 323); desgleichen die Vereinbarung eines Schiedsgerichts von der Nichtigkeit desjenigen Rechtsgeschäfts, betreffs dessen das Schiedsgericht vereinbart worden ist (RG 87, 7). Ist das Hauptgeschäft (Kauf, Darlehn) rechtsgültig zustande gekommen, und ist nur das Nebengeschäft (die Bestellung einer Sicherheit für die Schuld) nichtig, dann darf der Verpflichtete, der das Empfangene behalten will, nicht aus § 139 die Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts geltend machen, um sich seiner Verpflichtung zu entziehen, weil dem die Einrede der Arglist entgegenstünde (RG 86, 323; JW 1916, 390[8]; vgl. dazu auch RG 91, 362; 71, 436; 78, 354). Ist derjenige Teil des Vertrags, der sich als sittenwidrig darstellt, nur für einen bestimmten, aber nicht eingetretenen Fall berechnet worden (Abrede zwischen Eheleuten für den Fall der Scheidung), dann ist zu ermitteln, ob die andern, nicht sittenwidrigen Abreden von der Nichtigkeit trotzdem mitergriffen werden (RG Warn 1918 Nr 172). Es handelt sich in allen derartigen Fällen um Ausmittlung des mutmaßlichen Willens unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände (RG 79, 304; 86, 324).

Ein scheinbarer Ausnahmefall kann sich ergeben aus dem **Verhältnisse zwischen dem Grundgeschäfte und anderseits dem (abstrakten) Vollzugsgeschäfte** (§ 125 A 1c). Geht man davon aus, daß der Rechtsbestand des letzteren Geschäfts von der Nichtigkeit des ersteren unberührt bleibt, so würde beispielsweise, wenn in einem Grundstücksveräußerungsvertrage zur Berichtigung des Kaufgeldes vom Käufer auf den Verkäufer eine Hypothek übertragen und diese Übertragung im Vertrage beurkundet worden wäre, der Kaufvertrag alsdann aber mit Erfolg angefochten ist, derjenige Teil des Vertrags, der die Übertragung der Hypothek zum Gegenstande hat, dennoch wirksam bleiben, und der Käufer daher nur berechtigt sein, die Rückübertragung wegen grundloser Bereicherung des Verkäufers zu verlangen. Ein derartig unliebsames Ergebnis ist jedoch abzulehnen und ist auch bereits abgelehnt worden mit

der Annahme, daß die Anfechtung des Grundgeschäfts (Kauf) zugleich auch die im Vertrage erklärte Zession einer Forderung auf die Preisforderung mit vernichtet (RG 70, 89; Warn 1912 Nr 360, wo angenommen ist, daß die zur Berichtigung des Kaufpreises erfolgte Übertragung einer Hypothek auf einen Dritten [§ 328] von der durch Anfechtung herbeigeführten Nichtigkeit des Kaufvertrags um deswillen mitergriffen wird, weil die Verpflichtung zur Übertragung der Hypothek ein wesentlicher Teil des Vertrags gewesen und zweifellos von dem Bestehen des Kaufvertrags abhängig gemacht worden sei). Diese Entscheidungen werden demjenigen genehm sein, der nicht zu billigen vermag, daß im Falle der Anfechtung wegen eines dem Grundgeschäfte anhaftenden Willensfehlers stets nur dieses Rechtsgeschäft als hinfällig erachtet wird, vielmehr den Standpunkt vertritt, daß ein dem Grundgeschäfte anhaftender Willensfehler regelmäßig auch noch dem späteren Vollzugsgeschäfte anhaftet (vgl. § 125 A 1c a. E.). Es ist auch bereits in RG 58, 368 angenommen worden, daß die Nichtigkeit eines Kaufvertrags aus § 138 zugleich die Nichtigkeit der im Vertrage enthaltenen Schuldübernahme (also ebenfalls eines abstrakten Rechtsgeschäfts) nach sich zieht, und in RG 81, 51; 94, 147; 97, 273, daß die Nichtigkeit des Kaufvertrags auch die Nichtigkeit der in ihm erteilten Auflassungsvollmacht nach sich zieht, und in RG 87, 71 ist zutreffend ausgeführt worden, daß das in einem Kaufvertrage mitenthaltene, der Zession zugrunde liegende obligatorische Grundgeschäft als Bestandteil des Kaufvertrags von allen Mängeln des Kaufgeschäfts mitergriffen wird. — Anderseits läßt die teilweise Nichtigkeit des dinglichen Vollzugsgeschäftes — richtiger: die teilweise Nichtentstehung des Vollzugsgeschäftes, oben A 1 — (beispielsweise der Auflassung, weil etwa mehr aufgelassen worden, als nach dem beiderseitigen Willen aufgelassen werden sollte) das schuldrechtliche Grundgeschäft unberührt (RG 78, 375). Vgl. auch RG 79, 185. Sind lediglich mehrere abstrakte Rechtsgeschäfte zusammen vorgenommen, etwa in einer Urkunde mehrere Hypothekeneintragungen bewilligt worden, dann wird die Nichtigkeit der einen Hypothek nicht zugleich die der andern zur Folge haben, falls nicht die Einigung der Beteiligten nur unter der Bedingung der Rechtsbeständigkeit aller Hypotheken erzielt worden ist. — Bestellen die mehreren Miteigentümer eines Grundstücks zusammen eine Hypothek auf dem ganzen Grundstücke, und betrifft der gegebene Nichtigkeitsgrund nur das von einem der mehreren Miteigentümer abgeschlossene Rechtsgeschäft, dann kommt die Hypothek auf den Miteigentumsanteilen der andern Miteigentümer zur Entstehung, falls der Ausnahmefall des § 139 erweislich vorliegt. Denn die Hypotheken belasten jeden einzelnen Miteigentumsanteil selbständig (RG JW 1910, 473[12]). Besteht nur teilweise Nichtigkeit eines aus mehreren Rechtsgeschäften zusammengesetzten Rechtsgeschäfts, dann ist die Rückforderung der teilweisen Leistung nicht ausgeschlossen (RG 78, 41). Die **Beweislast** für das Vorhandensein des Ausnahmefalls des § 139 liegt dem Teile ob, der den Ausnahmefall geltend machen, also behaupten will, das Rechtsgeschäft wäre auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen worden (RG 61, 286). Es ist ein positiver Beweis zu erbringen (RG 74, 332).

§ 140

Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde[1])[2]).

E I 111; M 1 218; P 1 126 ff.

1. **Umgestaltung des Rechtsgeschäfts** (Konversion). Ein Rechtsgeschäft, das die mit ihm bezweckten Rechtsfolgen wegen Nichtigkeit nicht zu erzeugen vermag, kann denkbar noch die Bestandteile zu einem Rechtsgeschäfte von anderer Natur in sich schließen, das seinerseits, zur Entstehung gelangt, und von dem gegebenen Nichtigkeitsgrunde nicht mitbetroffen, dazu ausreichen würde, wenigstens in wirtschaftlicher Hinsicht gleichartige Wirkungen zu begründen wie das beabsichtigte nichtige Geschäft. Unter solchen Umständen will das Gesetz wiederum seinen Grundsatz (vgl. § 155 A 1; § 139 A 2), daß einmal vorgenommene Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit aufrechtzuerhalten sind, durchgreifen lassen, und das Mittel, das ihm dazu dienlich scheint, findet es hier in dem Rechtsbehelfe der Umgestaltung (Konversion), indem es vorsieht, daß gegebenenfalls das andere (nicht beabsichtigte) Rechtsgeschäft an die Stelle des beabsichtigten nichtigen zu setzen ist, nämlich das andere Geschäft, durch welches der gewollte wirtschaftliche Erfolg, sei es ganz, sei es auch nur zum Teil, erreicht wird (RG 48, 250; Gruch 61, 466). Wie aber in den andern, zuvor bezeichneten Fällen stellt das Gesetz auch hier die Verwendbarkeit des Mittels auf den vermutlichen Willen des Geschäftsurhebers ab, nämlich darauf, ob anzunehmen, daß der Genannte **bei Kenntnis der Nichtigkeit** des vorgenommenen Rechtsgeschäfts **das andere Geschäft gewollt haben würde.** Auf die Art des Nichtigkeitsgrundes (§ 125 A 1) sowie darauf, ob der Grund das gegebene Rechtsgeschäft durchweg, oder aber, ob er nur einen seiner

mehreren Bestandteile berührt (Formmangel; vgl. § 139 A 1), soll es im übrigen nicht ankommen. — Die Anwendbarkeit des § 140 beschränkt sich auf die Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft den von der Rechtsordnung aufgestellten objektiven Erfordernissen nicht entspricht; sie ist dagegen nicht zulässig, wo ein Rechtsgeschäft um deswillen nichtig ist, weil es von einem Nichtberechtigten vorgenommen wurde (RG Warn 08 Nr 441). Anderseits verlangt der § 140 wirkliche Nichtigkeit, so daß alle Fälle von ihm ausgeschlossen bleiben, wo es sich um eine bloße behebbare Unwirksamkeit handelt (RG 79, 308). Die Anwendbarkeit ist auch dahin einzuschränken, daß nicht im Wege der Umgestaltung einer Willenserklärung die Begründung eines andern Rechtes, oder eines Rechtes für eine andere Person herbeigeführt wird (RG 70, 358, wonach nicht eine Eigentümergrundschuld gemäß § 140 als entstanden gelten kann, wenn der Eigentümer zur Täuschung seiner Gläubiger für seine Kinder eine Hypothek ohne Einigung mit ihnen bestellt hat). Ob der a. a. O. ausgesprochene Grundsatz unbedingt zu billigen ist, kann fraglich sein, namentlich nach der Richtung, ob nicht unter Umständen die Entstehung eines andern Rechtes als gewollt unterstellt werden kann. — Bei Vorhandensein der erforderlichen Voraussetzungen ist die Regel des § 140 derart zwingend, daß ihre Anwendung zutreffendenfalls auch gegen den Willen der einen Partei erfolgen muß. Denn der Ausdruck „gilt" (= „hat Geltung") enthält hier ein unbedingtes Gebot. Ob der Geschäftsurheber oder bei einem Vertrage beide Teile das andere Geschäft bereits in Erwägung gezogen hatten, ist unerheblich (so daß die Sache in dieser Hinsicht grundsätzlich gerade wesentlich anders liegt als im Falle des verdeckten Geschäfts gemäß § 117 Abs 2). Die Entscheidung hängt hier vielmehr vom richterlichen Ermessen ab. Dieses wird vor allem den wirtschaftlichen Erfolg zu berücksichtigen haben, dem das beabsichtigte Rechtsgeschäft hat dienen sollen (Prot 1, 127), und schließlich wird also zu erwägen sein, ob die Parteien ehemals etwa auch die andere Geschäftsform zur Erreichung ihres Zweckes gewählt haben würden. Dieses andere Geschäft bedarf im gegebenen Falle der besondern Feststellung (RG 30. 5. 06 I 567/05). Dem Richter die Unterlagen für seine Feststellung zu verschaffen, ist Sache der Partei, die das Geschäft in einer andern Form aufrechterhalten wissen will.

2. Praktisch wichtige **Anwendungsfälle** sind: die Aufrechterhaltung eines formungültigen Wechsels als Schuldschein, oder gemäß § 363 HGB als kaufmännischer Verpflichtungsschein (RG 48, 223); Annahme eines rechtsgeschäftlichen, zwischen den Parteien nur persönlich wirkenden Zurückbehaltungsrechts, falls ein Pfandgeschäft beabsichtigt war, ein solches aber nicht zustande kommen konnte, weil der Pfandvertrag als solcher nichtig gewesen ist (RG 66, 24; 68, 386); weiter: Behandlung eines ungültigen, einseitigen Erbvertrags (§ 2275 A 1) als Testament; die Aufrechterhaltung eines formungültigen Rechtsgeschäfts unter Lebenden (nur schriftliches Schenkungsversprechen) als eigenhändiges Testament (RG JW 1910, 467[3]); die ungültige Abtretung eines Nießbrauchsrechts als bloße Überlassung seiner Ausübung (RG JW 1910, 801[8]); die Aufrechterhaltung eines formungültigen Vermögensübertragungsvertrags als Verpflichtung zur Übertragung einzelner Gegenstände (RG 76, 13; 82, 277); einer formungültigen Bürgschaft als Schuldübernahme (RG 65, 27; vgl. anderseits RG 78, 39); einer ungültigen Prokura als Handlungsvollmacht; der Fall eines nichtigen Indossaments als Eigentumsübertragung durch Abtretung des Herausgabeanspruchs (RG SeuffA 67 Nr 83, der indossierte Lagerschein rührte nicht von einem privilegierten Lagerhalter her); die Übertragung zum Nießbrauche als Übertragung zum Gebrauche (RG Warn 1910 Nr 317). Unvereinbar ist aber mit § 2265 die Aufrechterhaltung von letztwilligen Verfügungen, die von andern als Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente errichtet worden sind, als Einzeltestamente (RG 87, 33); unzulässig ist auch die Umgestaltung einer Verpfändung in eine Abtretung (RG 79, 308); ferner die Umwandlung einer Gewerkschaft in einen nichtrechtsfähigen Verein (RG Gruch 61, 463).

§ 141

Wird ein nichtiges Rechtsgeschäft von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, bestätigt¹), so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen²).

Wird ein nichtiger Vertrag von den Parteien bestätigt, so sind diese im Zweifel verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre³).

E I 110 II 110; M 1 217 ff.; P 1 126.

1. **Bestätigung** ist nach dem Sprachgebrauche des BGB dasjenige Rechtsgeschäft, durch welches der Erklärende einem von ihm in eigener Person vorgenommenen bereits nichtig gewordenen Rechtsgeschäfte nach § 141 Rechtsgültigkeit und einem vorerst nur anfechtbaren Rechtsgeschäfte gemäß § 144 Rechtsbeständigkeit verleihen will. Sie setzt mithin Kenntnis

der Nichtigkeit sowie den Bestätigungswillen voraus (RG 93, 228; JW 1912, 681[2]). — Über den Begriff Genehmigung, der nur in Richtung auf Geschäfte Dritter oder in Hinsicht auf die vom auftragslosen Stellvertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte verwendet wird, vgl. die §§ 184, 185, 177, 179, 684. Auch die Bestätigung nur eines bestimmten Teiles des Geschäfts ist möglich (RG Warn 1913 Nr 43).

2. Nach dem Standpunkte des Gesetzes ist Nichtigkeit, von welchem Falle der § 141 allein handelt, grundsätzlich unheilbar (vgl. § 125 A 1a). Demgemäß ist es nicht die Aufgabe der Bestätigung, die vorhandene Nichtigkeit zu heilen; vielmehr faßt das Gesetz die Bestätigung als eine, sei es ausdrückliche, sei es stillschweigende, schlüssige **erneute Vornahme des Rechtsgeschäfts** auf und so als eine Art und Weise der Beseitigung des Nichtigkeitsgrundes (RG 61, 265; 64, 149; JW 09, 11[4]). Daher versteht es sich von selbst, daß die Bestätigung nur dann Erfolg haben kann, wenn sie allen Anforderungen eines Rechtsgeschäfts der entsprechenden Art entspricht (RG 61, 266), also insbesondere auch hinsichtlich des Formerfordernisses (RG 68, 41; 76, 84; 55, 40; Warn 08 Nr 121), und daher bedarf es bei der Bestätigung eines formwidrigen Grundstücksveräußerungsvertrags selbst dann der Form des § 313, wenn die Auflassung und Eintragung bereits erfolgt, diese beiden Rechtsgeschäfte aber, weil durch einen auftragslosen Vertreter vorgenommen, ebenfalls rechtsunwirksam waren und daher den Formmangel nicht heilen konnten, und zwar besteht das Formerfordernis auch dann, wenn die Bestätigung mittels eines Vergleichs erfolgen soll (RG 94, 151; vgl. dazu auch § 313 A 2 Abs 3). Im Falle des Formerfordernisses reichen daher bloß schlüssige Handlungen als Bestätigung niemals aus (RG JW 03 Beil 42; 8. 4. 07 IV 424/06); während bei formlosen Rechtsgeschäften das Gegenteil der Fall sein kann (RG JW 03 Beil 42). So kann auch die formlose nachträgliche Abrede, daß der angefochtene Vertrag, auch wenn die Anfechtung vom Gerichte als wirksam angenommen werden sollte, bestehenbleiben solle, nur insofern als rechtsgültig erachtet werden, als sie darauf abzielt, für den vorausgesetzten Fall die alsdann gegebenen Ansprüche aus § 812 zu regeln (RG JW 1912, 850[2]). Handelt es sich um einen Vertrag, so muß in der nachträglichen Bestätigung insbesondere auch die Willensübereinstimmung über alle wesentlichen Punkte zum Ausdrucke gelangt sein (RG 61, 266), und es müssen die Beteiligten jedenfalls in Kenntnis der Nichtigkeit des Vertrags gehandelt haben (RG 93, 228; Warn 08 Nr 121; 1913 Nr 43). Sind ferner beim Vertragsabschlusse mehrere beteiligt gewesen, dann müssen alle Beteiligten auch bei dem Bestätigungsgeschäfte mitwirken (RG 52, 164). Der Bestätigung darf auch nicht, falls die Nichtigkeit im Inhalte des Geschäfts ihren Grund hatte, der betreffende Mangel wiederum anhaften. Insbesondere kann ein unsittliches Rechtsgeschäft durch Bestätigung niemals zu einem sittlichen werden (RG 64, 149;Gruch 53, 683). So wäre auch die Bestätigung des Abkommens zwischen einer G. m. b. H. und einem Gesellschafter, daß dieser unter gewissen Voraussetzungen seine Stammeinlage zurückfordern dürfe, als gegen § 30 Abs 1 GmbHG verstoßend, ebenfalls nichtig (RG 5. 5. 06 I 611/05). Desgleichen die Bestätigung eines Vertrags, in dem ein Miterbe seinen vermeintlichen Erbanspruch an einem Bestandteile des Nachlasses verkauft, weil bei einem solchen Geschäfte überhaupt ein zulässiger Gegenstand fehlt (§§ 1922 Abs 2, 2033 Abs 1 Satz 1; RG 61, 78). Die Bestätigung eines wucherlichen Rechtsgeschäfts könnte nur insofern von Erfolg sein, als zur Zeit ihrer Vornahme die Voraussetzungen des Wuchers nicht mehr beständen. — Im Falle der Nichtigkeit eines beurkundeten Vertrags erfordert indessen die erneute Vornahme nicht auch die wiederholte Beurkundung des Vertragsinhalts, vielmehr genügt die Bezugnahme auf die frühere Vertragsurkunde (vgl. § 126 A 2). — Die **Folge der Bestätigung** ist, daß das beabsichtigte Rechtsgeschäft nunmehr wirksam „wird", und zwar auf der Grundlage des erneut vorgenommenen Geschäfts (RG 68, 41; 76, 84). Demnach fallen bei einem Vertrage, falls das nichtige Geschäft schon vor der Bestätigung erfüllt worden war, mit dieser nunmehr auch alle etwaigen Ausgleichungsansprüche (§ 125) fort, wiewohl der Bestätigung eine dingliche Rückwirkung nicht zukommt (A 3).

3. Nach der Bestimmung des Abs 2 wird lediglich die **obligatorische Verpflichtung der Parteien** begründet, einander **das zu gewähren, was sie haben würden**, wenn der Vertrag von Anfang an gültig gewesen wäre. Die Rückwirkung äußert sich daher nur in schuldrechtlicher Art (RG JW 1911, 187[17]), dagegen findet eine Rückwirkung von dinglicher Kraft nicht statt (RG 75, 115). Auch nach außen hin tritt sonach eine dingliche Wirkung nicht ein, so daß auch Verfügungen, die der eine Vertragsteil in der Zwischenzeit zugunsten Dritter vorgenommen hat, ungeachtet der nachträglichen Bestätigung des nichtigen Vertrags, in Kraft bleiben (RG 75, 116). Anders bei der Genehmigung der Verfügungen eines Nichtberechtigten (vgl. § 185 A 1). Rückwirkende Kraft hat nur die Bestätigung einer nach § 1325 Abs 1 nichtigen Ehe (§ 1325 Abs 2).

§ 142

Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen[1]).

Wer die Anfechtbarkeit kannte oder kennen mußte, wird, wenn die Anfechtung erfolgt, so behandelt, wie wenn er die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts gekannt hätte oder hätte kennen müssen[2]) [3]).

E I 112, 837 Abs 2 Satz 2, 877 Satz 2 II 113; M 1 218 ff.; P 1 127, 164 ff.; 3 214.

1. Die **Anfechtung** (über die Anfechtungsform vgl. § 143) äußert sich darin, daß der Anfechtungsberechtigte den seiner Willenserklärung, als einem Bestandteile des Rechtsgeschäfts, anhaftenden Mangel (Irrtum §§ 119, 120, Betrug, Zwang § 123) geltend macht (vgl. Vorbem 2 vor § 116). Da nun jedwedem Rechtsgeschäfte begrifflich notwendig eine Willenserklärung zugrunde liegt, so ist auch die Anfechtbarkeit eines jeden Rechtsgeschäfts (auch die in einem gerichtlichen Vergleiche enthaltene Willenserklärung, RG Warn 08 Nr 594) denkbar, und somit sowohl die des obligatorischen Geschäfts wie die des abstrakten Leistungsgeschäfts (RG 69, 17), sei es im Gebiete des Sachenrechts, sei es in dem der Schuldverhältnisse (vgl. Vorbem 5 vor § 104). Grundsätzlich kann es hinsichtlich der Anfechtbarkeit auch keinen Unterschied machen, ob ein Rechtsgeschäft durch eine positive Erklärung oder vermöge einer Unterlassung begründet worden ist. Geltend gemacht werden kann die Anfechtung durch Klage sowie durch Einrede. Diese ist zuzulassen, auch wenn sie nur auf einer Vermutung beruht, falls sie tatsächlich genügend begründet wird (RG Warn 1911 Nr 361). — Wo das Gesetz von Anfechtung mit Bezug auf Rechtsverhältnisse spricht (Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes nach §§ 1593 ff. und des Erbschaftserwerbs behufs Geltendmachung der Erbunwürdigkeit nach §§ 2340 ff.), handelt es sich nicht um Anfechtung einer Willenserklärung, sondern um eine solche des Rechtsverhältnisses selbst, und sie erfolgt hier auch nicht durch eine bloße formlose Erklärung, sondern im Wege der Klage; die Wirkung endlich tritt hier erst mit der Rechtskraft des Urteils ein. — Eine Sonderregelung hat die Anfechtung der Ehe in den §§ 1330 ff. erfahren, sodann die Anfechtung der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft in den §§ 1954 ff. — Über die Anwendbarkeit der Grundsätze von der Anfechtung bei **prozessualen Rechtshandlungen** vgl. Vorbem 8 vor § 104.

Seiner sachlichen Bedeutung nach stellt sich das Anfechtungsrecht als ein bereits vorhandenes und daher auch vererbliches Vermögensrecht dar. Seiner selbständigen rechtsgeschäftlichen Übertragbarkeit stellt sich aber der Umstand entgegen, daß es, weil an das zugrunde liegende Rechtsverhältnis untrennbar geknüpft, der erforderlichen Selbständigkeit entbehrt und somit in Wirklichkeit nur eine dem Rechte selbst innewohnende Befugnis darstellt. Indessen, da auch derartige (unselbständige) bloße Befugnisse wenigstens der Ausübung nach übertragbar sind, so ist auch (streitig) eine Übertragbarkeit des Anfechtungsrechts der bloßen Ausübung nach möglich (RG 73, 307). Vgl. auch §§ 399 A 4 sowie 401 A 1.

Die **Wirkung der Anfechtung** ist die, daß das an sich rechtswirksam entstandene Geschäft (auch ein gerichtlicher Vergleich, RG Warn 08 Nr 594), ohne daß die Annahme der Anfechtung oder eine sonstige Mitwirkung des Gegners nötig wäre, ohne weiteres und endgültig **nichtig wird,** und zwar derart, daß diese Folge ohne weiteres eintritt; und daß nicht etwa wie beim Rücktritte oder bei der Wandlung vorerst nur ein Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes entstünde (RG 66, 389). Die Vernichtung des Rechtsgeschäfts äußert sich im übrigen auch derart, als wäre es **von Anfang an** nichtig gewesen (RG 62, 186; 69, 17), und mit der weiteren Folge, daß das Geschäft materiell für und gegen jedermann des rechtlichen Bestandes entbehrt (RG 69, 17), und es auch nicht anders als durch die erneute Vornahme gemäß § 141 Abs 1 (gegebenenfalls also unter Mitwirkung der sämtlichen Beteiligten) wiederhergestellt werden kann (RG 74, 1), und daß endlich auch die Beteiligten selbst nicht in der Lage sind, die einmal wirksam, d. h. aus zutreffenden Gründen erklärte Anfechtung als eine unberechtigte oder wirkungslose behandeln zu können (RG Warn 1912 Nr 149), oder sie durch Widerruf oder durch gegenseitige Einigung zu beseitigen (RG Warn 1912 Nr 149; SeuffA 68 Nr 4). Es ist das ein notwendiges Ergebnis der Nichtigkeitswirkung. Zu beachten ist daher auch, daß, wenn die Anfechtung und die Wandlung zugleich erklärt sind, stets zunächst die erstere zu berücksichtigen ist, da im Falle ihrer Wirksamkeit für die Wandlung kein Raum mehr besteht (RG 74, 3; Warn 1913 Nr 190). Vgl. § 125 A 1. (Über die Aufrechterhaltung eines anfechtbaren, aber noch nicht angefochtenen Rechtsgeschäfts durch einseitige Bestätigung vgl. § 144 A 1.) Zu beachten ist jedoch, daß die dingliche Außenwirkung der Anfechtung nur die materielle Seite des Verhältnisses trifft, daß dagegen nicht auch das zwischen den Parteien ergehende, die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts feststellende Urteil auch Dritten gegenüber Rechtskraft macht (RG 80, 322; JW 1912, 788[1]). Materiell kann aber die Vernichtung eines Vertrags auch Dritten gegenüber sich äußern; so verliert der Mäkler die Ge-

bührenforderung, wenn das durch ihn vermittelte Rechtsgeschäft wirksam angefochten ist (RG 76, 355), und der Dritte, zu dessen Gunsten der Vertrag abgeschlossen ist (§ 328), büßt durch die dem Vertragsgegner (Promittenten) gegenüber erfolgte Anfechtung seinen ihm zugewachsenen Anspruch ein (vgl. § 334 Anm 1). Die wirksam erfolgte Anfechtung wirkt endlich grundsätzlich auch zugunsten des Zessionars desjenigen, welcher die ihm übertragene Forderung weiter übertragen hat (vgl. Anm 2). — Von einem anfechtbaren Rechtsgeschäfte kann den zuvor erörterten Grundsätzen entsprechend überhaupt nur dann die Rede sein, wenn es jemals gültig zur Entstehung gelangt war, während umgekehrt Voraussetzung des nichtigen Geschäfts ist, daß die Nichtigkeit von Anfang an bestand (RG 49, 422).

Solange die Anfechtung noch nicht erklärt ist, äußert die Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts im allgemeinen noch keine Wirkung, und die Anfechtung selbst steht auch nur dem am Rechtsgeschäfte selbst Beteiligten zu. Ausnahmsweise hat aber der Bürge ohne Rücksicht auf die erfolgte Anfechtung die verzögerliche Einrede aus § 770, und der Eigentümer sowie der Verpfänder haben die gleiche Einrede aus dem Anfechtungsrechte des persönlichen Schuldners (§§ 1137, 1211).

Grundsatz der Rückwirkung. Die Rückwirkung der Anfechtung äußert sich (anders als bei der Wandlung und beim Rücktritte) dinglich (RG 66, 389) und führt daher zu folgenden Ergebnissen: a) Beim dinglichen Rechtsgeschäfte — sei es, daß es allein für sich, sei es, daß es zugleich mit dem Grundgeschäfte angefochten ist (§ 125 A 1c; RG 70, 55; 66, 389) — wird der Rechtserwerb des Anfechtungsgegners (§ 143) derart vernichtet, als wäre er niemals wirksam entstanden, und zugunsten des Veräußerers anderseits ist die Sache so anzusehen, als hätte er das auf seinen Gegner übertragene Recht niemals eingebüßt (vgl. RG 69, 16). Er würde mithin im Falle der Eigentumsübertragung gemäß § 985 die Herausgabe verlangen, gegebenenfalls die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 herbeiführen und in jedem Falle dinglich klagen können. b) Bei Schuldverhältnissen: Bis zur Erfüllung steht jedem Teile der Einwand der Nichtigkeit zu; jeder Anspruch wie jede Verpflichtung hat aufgehört. Nach der Erfüllung aber findet die Ausgleichung der Regel nach, wie angenommen wird, gemäß §§ 812ff. statt (RG 68, 312), und zwar unter dem Gesichtspunkte, daß der Rechtsgrund, auf Grund dessen die Leistung erfolgte und angenommen wurde, durch die Anfechtung des Grundgeschäfts in Wegfall gebracht ist (§ 812 Abs 1 Satz 2). — Die Eigentumsklage aus § 985 ist ausgeschlossen, wenn das dingliche Leistungsgeschäft, als von dem Grundgeschäfte unabhängig, trotz dessen Vernichtung bestehengeblieben ist. Wird dagegen auch das dingliche Rechtsgeschäft nichtig, dann steht dem Anfechtenden gerade nur der dingliche Anspruch zu. Vgl. des näheren § 125 A 1b. Ob der Anfechtende im übrigen auch berechtigt ist, Schadensersatz zu verlangen, richtet sich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (§§ 276, 823, 826). Jedenfalls aber darf er nicht das Erfüllungsinteresse, sondern nur das sog. negative Vertragsinteresse geltend machen (vgl. über diesen Begriff § 122 A 2), also nur Ersatz desjenigen Schadens fordern, den er durch den Abschluß des Vertrags erlitten hat (RG 59, 157; 74, 44).

Der **Ausgleichungsanspruch gemäß § 812** im besondern im Lichte der bisherigen Rechtsprechung. In erster Linie kann jeder Teil seine Leistung in Natur zurückfordern (RG 94, 254; 96, 347); ist der Gegner zu dieser Rückgabe nicht mehr imstande, dann kann der Berechtigte von ihm den Betrag herausfordern, um den er bereichert worden ist (§§ 812, 818, 819). Der Betrag der Bereicherung ergibt sich jedoch nicht lediglich aus der Leistung, die der Verpflichtete empfangen hat, sondern aus dem, was er auf Grund des Rechtsgeschäfts im Sinne des § 812 „erlangt“ hat, also aus dem Vergleiche zwischen der empfangenen Leistung und seiner Gegenleistung, so daß die Höhe der Bereicherung sich nur in dem Überschusse ausspricht (RG JW 15, 918[7]). Kann der Berechtigte seinerseits die empfangene Leistung nicht mehr in Natur zurückgeben, dann muß es sich der Verpflichtete gefallen lassen, daß ihm nur der Wert seiner Leistung zugute gerechnet wird (RG 86, 344). Zweifelhaft kann sein, ob es, sofern es sich um einen Anspruch aus § 812 handelt, nicht schon zur Begründung der Klage und zur Vermeidung einer Zuvielforderung gehört, daß der Kläger, der die Bereicherung des Gegners herausverlangt, seine eigene Leistung darlegt und sie zugunsten des Gegners in Anrechnung bringt, um so den „Überschuß“ nachzuweisen, womit auch die weitere Frage zusammenhängt, ob nicht der Richter die ihm (etwa auch nur aus dem Vortrage des Klägers selbst) bekanntgewordene Leistung des Beklagten bei Prüfung des Klageanspruchs ohne weiteres mit zu berücksichtigen hat, oder ob er es erst zu tun braucht, wenn der Beklagte seinen Anspruch „irgendwie geltend macht“ (RG Warn 1918 Nr 181; JW 1919, 377[4]). Handelt es sich um gleichartige Leistungen, namentlich um beiderseitige Geldansprüche, dann werden die beiden aufgestellten Fragen zuungunsten des Klägers zu bejahen sein. Stehen dagegen ungleichartige Leistungen in Frage, fordert insbesondere der Kläger seine Leistung in Natur zurück, dann wird er zu dieser Forderung schlechthin berechtigt sein (vgl darüber RG 94 S. 254, 310; 54, 137). Hat endlich die Partei den Mangel des rechtlichen Grundes bei Empfang der Leistung gekannt, dann haftet sie gemäß § 819 so, wie wenn der Herausgabe-

anspruch rechtshängig gewesen wäre (RG Warn 1919 Nr 196). — So würde sich die Ausgleichung vom Standpunkte der Bereicherung aus gestatten. Indes scheint es doch empfehlenswert, diesen Standpunkt überhaupt zu verlassen. Denn, wollte man ihm wirklich ganz konsequent folgen, dann müßte das zu recht unliebsamen Ergebnissen führen, weil nämlich der Kläger zur Vermeidung einer Zuvielforderung immer nur „den Überschuß" fordern dürfte, den der Beklagte im Sinne des § 812 „erlangt" hätte (RG 54, 141; 60, 284), und weil die vom Beklagten gegebenen Werte sonach stets mit berücksichtigt werden müßten, auch ohne daß der Beklagte sie geltend gemacht hätte. Sachgemäßer wäre dagegen eine Regelung, wonach dem Anfechtungskläger grundsätzlich das Recht zugestanden würde, schlechthin nur seine eigene Leistung zurückzufordern und es lediglich dem Beklagten zu überlassen, seine Leistung zur Geltung zu bringen. Denn entsprechender wäre es, eine Regelung in Gemäßheit des § 346 Satz 1 anstatt nach § 812 eintreten zu lassen, da die Berührungspunkte mit dem Falle des § 346 gerade besonders nahe liegen; hat doch die Anfechtung in gleichem Maße wie der Rücktritt das Ziel, das Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung von Anfang an rückgängig zu machen.

Die Frage, ob eine **nur teilweise Anfechtung** eines Vertrags mit der Folge möglich ist, daß der Vertrag im übrigen bestehenbleibt, muß grundsätzlich bejaht werden. Voraussetzung ist aber, daß Gegenstand der Anfechtung ein Vertragsbestandteil ist, der von den andern Vertragseinbarungen unabhängig für sich bestehen kann, und daß anzunehmen, die Parteien würden die ersteren Vereinbarungen auch ohne die anzufechtende oder angefochtene Abrede getroffen haben (§ 139). Sonst greift der Grundsatz durch, daß alle Bestimmungen eines Vertrags im Zweifel als ein einheitliches Ganzes angesehen werden müssen, und daß folgerichtig (wie beim Rücktritte; RG 67, 103) auch nur die an sich zulässige Anfechtung nur im ganzen möglich ist (RG JW 1913, 18[4]), oder aber, daß die Anfechtung eines Teiles des Rechtsgeschäfts das gesamte Geschäft vernichtet (RG 67, 103; vgl. § 143 A 1, ferner § 139 Anm 2 u. 3, insbesondere auch darüber, ob die Anfechtung des Grundgeschäfts zugleich ein in den Vertrag eingeschlossenes Vollzugsgeschäft vernichtet).

2. Der gutgläubige Erwerb Dritter. Dritte, zu deren Gunsten der Anfechtungsgegner über das erworbene Recht in der Zeit bis zur Anfechtung weiter verfügt hat, leiten unter diesen Umständen ihren Erwerb von jemand her, der zur Zeit der Verfügung zwar noch Berechtigter gewesen war, dessen Recht jedoch nachträglich vernichtet worden und nun mehr „als von Anfang an" nichtig anzusehen ist. Strenggenommen müßte sonach auch der Rechtserwerb des Dritten und damit weiterfolgend derjenige aller seiner Rechtsnachfolger allemal als nichtig erachtet werden, nach dem Grundsatze nemo plus juris transferre potest quam ipse habet. Aber das Gesetz will auch hier die Grundsätze vom Rechtserwerbe in gutem Glauben gelten lassen. Nur kann sich der gute Glaube des Dritten jetzt nicht auf die Berechtigung des Veräußerers richten, da dessen Recht bis zur Anfechtung tatsächlich bestanden hatte. Der gute Glaube des Dritten muß vielmehr die Anfechtbarkeit desjenigen Geschäfts betreffen, auf Grund dessen sein Rechtsurheber das ihm (dem Dritten) weiter übertragene Recht zuvor seinerseits erworben hatte (ähnlich § 135 Abs 2). Hat dagegen der Dritte auch nur die Anfechtbarkeit dieses Rechtsgeschäfts gekannt oder auch nur kennen müssen (§ 122 A 4), dann ist die Sache nach dem Gesetze so anzusehen, als wäre ihm die Nichtigkeit selbst bekannt gewesen, oder doch nur aus einer ihm zuzurechnenden Fahrlässigkeit (§ 122 Abs 2) unbekannt geblieben, und der gutgläubige Erwerb ist alsdann ausgeschlossen, dies alles selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, daß demnächst die Anfechtung auch wirksam wirklich erfolgt. Der Abs. 2 bedeutet daher eine Erweiterung der in Abs 1 vorgesehenen dinglichen Wirkung der Nichtigkeit, nicht aber eine Einschränkung (RG Warn 1911 Nr 360). Im Falle mehrfacher Übertragung einer Forderung können die überhaupt nur im Gebiete des Sachenrechts anwendbaren Grundsätze vom guten Glauben keine Anwendung finden. Die Nachfolger des Anfechtungsgegners verlieren daher unbedingt ihr Gläubigerrecht. Denn die auch erst nach der Abtretung erfolgte Anfechtung wirkt auch zuungunsten des Zessionars (RG JW 06, 380[7]), und der Schuldner, der an einen solchen Nichtgläubiger gezahlt hat, ist mithin gegen eine nochmalige Inanspruchnahme durch den Gläubiger nur unter den besondern Voraussetzungen der §§ 409, 410 geschützt. Im übrigen hat er vor der Leistung gegebenenfalls das Hinterlegungsrecht nach § 372.

3. Die Beweislast regelt sich dahin, daß der Anfechtende die Voraussetzungen des Anfechtungsrechts, der Gegner etwa dessen Erlöschen durch Bestätigung (§ 144) nachzuweisen hat. Vgl. ferner § 121 A 5.

§ 143

Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner[1]).

Anfechtungsgegner ist bei einem Vertrage der andere Teil, im Falle des § 123 Abs 2 Satz 2 derjenige, welcher aus dem Vertrag unmittelbar ein Recht erworben hat[2]).

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäfte, das einem anderen gegenüber vorzunehmen war, ist der andere der Anfechtungsgegner. Das gleiche gilt bei einem Rechtsgeschäfte, das einem anderen oder einer Behörde gegenüber vorzunehmen war, auch dann, wenn das Rechtsgeschäft der Behörde gegenüber vorgenommen worden ist[3]).

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft anderer Art ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Rechtsgeschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat[4]). Die Anfechtung kann jedoch, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben war, durch Erklärung gegenüber der Behörde erfolgen; die Behörde soll die Anfechtung demjenigen mitteilen, welcher durch das Rechtsgeschäft unmittelbar betroffen worden ist[4]).

E I 113 Abs 1, 2 II 112; M 1 220 ff.; P 1 127 ff.; 6 145 ff., 383.

1. Die **Anfechtungshandlung** ist eine formlose (RG 4. 4. 07 IV 404/06), unwiderrufliche, nur durch gegenseitige (§ 141), dagegen nicht auch bloß einseitige Bestätigung gemäß § 144 (RG 74, 1), auch nicht durch nachträglichen Verzicht (RG JW 1910, 647; § 141 A 2) zu beseitigende Willenserklärung des Anfechtungsberechtigten **gegenüber dem Anfechtungsgegner**, mithin eine empfangsbedürftige Erklärung (Vorbem 1 vor § 116), mit dem Ziele, das anfechtbare Rechtsgeschäft zu vernichten (vgl. § 142 A 1). Sie setzt danach die Kenntnis des Anfechtungsgrundes voraus (RG 68, 8), bedarf aber einer besondern Begründung nicht. Vielmehr genügt jede zuverlässige Erklärung, wie „ich sehe das ganze Geschäft als nicht zustande gekommen an" (RG JW 1911, 575[5]), die den Gegner nicht in Zweifel darüber läßt, welches Geschäft gemeint ist, und ebensowenig darüber, daß das gemeinte wegen des Willenmangels nicht bestehenbleiben soll (RG 65, 88; Warn 08 Nr 595). Namentlich bedarf es nicht des Ausdrucks, daß „angefochten" werde (RG JW 1911, 575[6]; 1912, 28[8]; Gruch 50, 908). Schon Wendungen, wie „Bestreiten der Verpflichtung, Nichtanerkennen, Zurückfordern", reichen in der Regel zur Anfechtung aus (RG 48, 221). Desgleichen unter Umständen die Erklärung, daß gewandelt werde (RG Warn 1910 Nr 100). Auch die Angabe des abstrakten Anfechtungsgrundes, wie Betrug, Irrtum, ist nicht erforderlich (RG 65, 86; JW 1912, 28[8]; 1914, 1036[1]). Auch ist es zulässig, daß in der Anfechtungserklärung zunächst der Gesichtspunkt der Nichtigkeit hervorgekehrt wurde, und dann später erst, wenn auch erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist, die Anfechtung als solche geltend gemacht wird (RG 4. 4. 07 IV 404/06). Darüber, inwieweit die Anfechtung wegen Betrugs auch die wegen Irrtums in sich schließt, vgl. § 121 A 1. Endlich ist auch nicht nötig, daß zur Beseitigung des ganzen Vertrags der gesamte Vertrag angefochten wird — was aber im Zweifel anzunehmen ist (RG 70, 90) —; unter Umständen kann vielmehr schon die teilweise Anfechtung zur Vernichtung des ganzen Geschäfts ausreichen (RG 48, 211, wo der Besteller von Waren nur denjenigen Teil des Bestellscheins angefochten hatte, in dem eine Bestimmung über den Erfüllungsort enthalten war). Vgl. dazu auch § 142 Anm 1 Schlußabsatz. Es braucht sich der Anfechtende auch nicht darüber klar zu sein, welche Folgen die nur teilweise Anfechtung für das ganze Rechtsgeschäft hat (RG 4. 3. 11 V 216/10). Unerläßlich ist aber, daß die Anfechtung bedingungslos erfolgt (RG 66, 153), und sie darf daher auch nicht von der etwaigen Stellungnahme des Anfechtungsgegners abhängig gemacht werden (RG JW 06, 10[5]). Möglich freilich ist die Anfechtung für den Fall, daß der Anfechtende die jetzt angefochtene, in erster Linie aber überhaupt in Abrede gestellte Erklärung wirklich ab gegeben haben sollte (RG 20. 6. 05 VII 549/04), weil es dann sich nicht um eine eigentliche Bedingung, sondern nur um eine eventuelle, also nur unter Voraussetzung eines bestimmten, zunächst zwar noch unbekannten, so doch schon jetzt bestimmbaren Sachverhalts erklärte Anfechtung handelt. Vgl. Vorbem 4 u. 6 vor § 158 und RG 97, 171). — Im Prozesse wird die Anfechtung geltend gemacht durch die Feststellungsklage (RG 61, 243) oder durch Einrede (RG Warn 08 Nr 594). Vgl. dazu noch insbesondere über die Befugnis des Prozeßvertreters Vorbem 8 vor § 104.

Anfechtungsberechtigt ist derjenige, dessen Interessen durch das anzufechtende Rechtsgeschäft unmittelbar verletzt sind, und in dessen Person der Anfechtungsgrund zutrifft. Nach dieser Regel kann auch bei Verträgen zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff.) nur einer der Vertragschließenden selbst Anfechtungsberechtigter sein. Vgl. § 334 A 1. Von mehreren Berechtigten kann jeder einzelne das Anfechtungsrecht ausüben (RG 65, 405), und das zugunsten oder zuungunsten des einen Anfechtungsberechtigten ergangene Urteil schafft den

übrigen gegenüber auch keine Rechtskraft (RG JW 1912, 788[1]). Von mehreren Beteiligten kann freilich immer nur derjenige als Anfechtungsberechtigter in Betracht kommen, in dessen Person der Anfechtungsgrund gegeben ist (RG 62, 184; 65, 404). Hinsichtlich der Einwirkung der Anfechtung auf das gesamte Rechtsgeschäft vgl. § 139 A 1 Abs 2. Nur ausnahmsweise sind auch Dritte zur Anfechtung berechtigt, so bei letztwilligen Verfügungen derjenige, dem die Aufhebung der Verfügung unmittelbar zustatten käme (§ 2080), und im Falle des § 318 ist anfechtungsberechtigt nicht auch der Dritte, der die Bestimmung der Leistung getroffen hat. In andern Fällen haben Dritte die bloße Befugnis zur einstweiligen Verweigerung der Leistung auf Grund des Anfechtungsrechts eines andern; so der Bürge nach § 770, der Grundstückseigentümer aus § 1137 und der Pfandschuldner aus § 1211. — Über die Anfechtungsbefugnis des Prozeßvertreters vgl. Vorbem 8 Abs 2 vor § 104.

2. **Anfechtungsgegner** ist derjenige, dem gegenüber die Anfechtung zu erklären ist. Bei einem **Vertrage** ist das regelmäßig nur der andere Teil. Hier besteht nur die eine Ausnahme, daß, wenn der Anfechtungsgrund eine arglistige Täuschung ist, und infolge dieser ein Dritter unmittelbar einen Vorteil erlangt hat (§ 123 A 4), alsdann dieser Dritter der Anfechtungsgegner ist. Bei Anfechtbarkeit mehreren Vertragsgenossen gegenüber besteht die Möglichkeit, von der Anfechtung nur einem von ihnen gegenüber Gebrauch zu machen, und alsdann hat dieses Urteil den andern Gegnern gegenüber auch keine Rechtskraft (RG Warn 1912 Nr. 360). Grundsatz der Teilbarkeit des Anfechtungsrechts (RG 56, 423; 65, 399; 71, 202). Ein Kaufvertrag über Geschäftsanteile einer Gesellschaft m. b. H. kann dem Verkäufer gegenüber angefochten werden, ohne daß die Anfechtung zugleich der Gesellschaft gegenüber erfolgt (RG 77, 128). Bei mehreren Vertragsgegnern kann das Anfechtungsrecht auch nur einem von ihnen gegenüber gegeben sein, den andern gegenüber dagegen nicht, falls nämlich nur in der Person des einen der Anfechtungsgrund vorliegt (RG 65, 405). Ob durch die nur dem einen von den mehreren Vertragsgegnern gegenüber erfolgende Anfechtung der Vertrag im ganzen nichtig wird, ist nach § 139 zu beurteilen, der hier ebenfalls Platz greift (RG 65, 405; 62, 184; 71, 201). — Der Vertragsgegner bleibt allein der Anfechtungsgegner auch dann, wenn er die aus dem Vertrage hervorgehende Forderung abgetreten hat (RG 86, 310; SeuffA 69 Nr 68), und die Anfechtung ihm gegenüber wirkt alsdann auch dem Zessionar gegenüber (RG JW 06, 380[7]), gleichviel ob er von der Anfechtbarkeit Kenntnis gehabt hat oder nicht. Ob das Urteil gegebenenfalls dem Zessionar gegenüber auch Rechtskraft hat, bestimmt sich nach § 407 Abs 2 (Anm 2 das. a. E.). An sich ist Grundsatz, daß das über die Anfechtung ergehende Urteil seine prozessuale Wirkung nur zwischen den beiden Streitfällen äußert (vgl § 142 Anm 1 Abs 3).

3. Bei einem **einseitigen, empfangsbedürftigen** Rechtsgeschäfte (Vorbem 1 vor § 116) ist der Erklärungsempfänger der Anfechtungsgegner auch dann, wenn das Rechtsgeschäft in den zutreffenden Fällen (§§ 875, 876, 880, 1168, 1180, 1183, 1726, 1748) nicht ihm, sondern der Behörde gegenüber vorgenommen wurde. Betreffs Anfechtung einer Vollmacht vgl. § 166 A 3 Abs 1 a. E.

4. Bei einem **einseitigen,** aber **nicht empfangsbedürftigen** Rechtsgeschäfte (§§ 657, 793, 959, 1718) ist Anfechtungsgegner jeder, der auf Grund des Geschäfts unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat, mit der Maßgabe, daß, wenn die Erklärung einer Behörde — also nur dieser — gegenüber abzugeben war (§§ 928, 1017, 1109 Abs 2, 1188 u. a.), die Anfechtung statt dem Gegner auch der Behörde gegenüber erklärt werden kann, die dann dem unmittelbar Betroffenen Mitteilung zu machen hat (§ 143 Abs 4). „Auf Grund" eines nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfts erlangt einen Vorteil unmittelbar z. B. derjenige, der sich die von einem andern preisgegebene Sache aneignet. Denn entscheidend ist, daß schon allein die Preisgabe die Aneignung ermöglicht und es zu dieser also nicht mehr eines Zwischenerwerbs durch einen Mittelsmann bedarf. Im Falle der Anerkennung der Vaterschaft gemäß § 1718 kann die Anerkennung, falls sie auf Grund arglistiger Täuschung durch die Mutter erfolgt ist, auch dem Kinde gegenüber erklärt werden (RG 58, 353).

§ 144

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn das anfechtbare Rechtsgeschäft von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt wird.

Die Bestätigung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form[1]).

E I 113 Abs 3 II 115; M 1 222; P 1 133 ff.

1. Die **Bestätigung** des anfechtbaren, aber noch nicht angefochtenen, also noch anfechtungsfähigen (§§ 121, 124) Rechtsgeschäfts bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form — wie das bei einem durch die Anfechtung bereits nichtig gewordenen Geschäfte der Fall ist (§ 141 A 2). Sie erfordert auch nicht eine empfangsbedürftige Willenserklärung (RG 68, 399; Warn 1911 Nr 225), und kann auch durch bloß schlüssige

Handlungen, z. B. durch freiwillige Erfüllung (RG JW 05, 75[1]; 1910, 573[1]; 1911, 359[3]), erklärt werden, wie anderseits auch durch Entgegennahme der Leistung oder durch Verfügung über den Vertragsgegenstand (RG JW 1911, 359[3]). Dabei ist aber immer zu prüfen, ob der Anfechtungsberechtigte durch seine Handlungsweise auch hat zu erkennen geben wollen, daß er willens sei, trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit den Vertrag aufrechtzuerhalten und daher auf die Anfechtung zu verzichten (RG 68, 398; JW 1910, 573[3]; 1914, 187[2]; Warn 1912 Nr 151, wonach bei Feststellung eines unentgeltlichen Verzichts besondere Vorsicht zu beobachten ist). Auch in einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses braucht jedoch nicht unbedingt eine Bestätigung gefunden zu werden (RG Warn 1912 Nr 5); beispielsweise dann nicht, wenn der Anfechtungsberechtigte nur gehandelt hat, um größere Vermögensverluste (durch die Verpachtung der Kaufsache) abzuwenden (RG 9. 3. 12 V 369/11). Alles in allem muß sonach das Verhalten des Berechtigten mit dem Willen, das Rechtsgeschäft als nichtig zu behandeln, unvereinbar sein, wobei es auf seine etwaigen stillen Vorbehalte (bei Annahme von Erfüllungshandlungen und eigener Leistung) nicht ankommt (RG Warn 1913 Nr 276). Bestätigung eines anfechtbaren, einem Makler gegebenen Provisionsversprechens ist beispielsweise noch nicht darin zu finden, daß der Geschäftsherr den vom Makler vermittelten und abgeschlossenen Vertrag genehmigt und erfüllt (RG 26. 1. 12 III 124/11). Wenn ein Käufer trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit des Vertrags wegen arglistiger Täuschung lediglich den durch diese verursachten wirklichen Schaden ersetzt verlangt, kann hierin die stillschweigende Erklärung liegen, daß er beim Vertrage stehenbleiben und nur auf Grund des Vertrags den Schaden ersetzt verlangen wolle (RG 65, 403). Bei Vorhandensein mehrerer Anfechtungsgründe bedeutet die Geltendmachung nur eines Grundes nicht ohne weiteres einen Verzicht auf die Anfechtung aus den andern Gründen, da ein Verzicht nicht weiter geht, als er erklärt worden ist. — Eine Bestätigung liegt nicht vor, wenn in erster Linie Ansprüche aus der Wandlung geltend gemacht werden, und nur fürsorglich Anfechtung wegen Täuschung erklärt wird (RG 66, 153). Da die Bestätigung im Sinne des § 144 lediglich einen Verzicht auf die Anfechtung bedeutet (RG 68, 400), ist für sie und für die Anwendbarkeit des § 144 überhaupt kein Raum mehr, wenn die Anfechtung bereits vor der Bestätigung im Sinne des § 144 erklärt worden war (RG 74, 1). Denn alsdann ist die Nichtigkeitsfolge bereits eingetreten, und in solchen Fällen bedürfte es daher auch zur Beseitigung der Anfechtung eines Bestätigungsakts nach § 141. In ihrer Eigenschaft als Verzicht setzt die Bestätigung notwendig die Kenntnis der Anfechtungsmöglichkeit voraus, wenigstens die sichere (RG Warn 09 Nr 553; 1912 Nr 57; 1913 Nr 276) Kenntnis des Anfechtungsgrundes, d. h. der die Anfechtung begründenden Tatsache, verbunden mit der Vorstellung, es könne daraufhin das Anfechtungsrecht bestehen (RG 68, 398; 69, 412; Warn 1913 Nr 84) und nach den Gesetzen wirksam geltend gemacht werden. Im Falle des § 123 Abs 2 Satz 1 ist daher Voraussetzung, daß der Anfechtungsberechtigte entsprechend auch gewußt hat, der andere habe die Täuschung gekannt oder kennen müssen (RG Warn 09 Nr 440; JW 1914, 188). Anderseits genügt es freilich auch für die Annehmbarkeit des Verzichtswillens, wenn sich der Berechtigte auch nur der Möglichkeit der Anfechtung bewußt gewesen ist (RG 69, 412; JW 09, 19[13]; 1911, 359[3]; 1914, 187[2]). Seiner Beweispflicht in Hinsicht auf die Kenntnis des Anfechtungsklägers wird der Anfechtungsgegner regelmäßig schon dann genügen, wenn er beweist, daß dem Genannten im entscheidenden Zeitpunkte die die Anfechtung begründende Tatsache bekannt gewesen sei (RG 68, 401).

Weitere Folgen als die Beseitigung des Anfechtungsrechts hat die Bestätigung nach § 144 nicht; insbesondere schließt sie nicht den etwaigen Anspruch auf Schadensersatz wegen Betrugs aus (RG JW 1911, 398[4]). Vgl. § 123 A 5. Im Zweifel erstreckt aber die Bestätigung ihre Wirkung auf den gesamten Vertrag, so daß sie regelmäßig auch die Möglichkeit einer nur teilweisen Anfechtbarkeit beseitigt. Da jedoch nicht ausgeschlossen ist, daß ein Vertrag auch nur teilweise anfechtbar ist (§ 142 A 1 a. E.), so kann unter Umständen entsprechend auch nur eine teilweise Bestätigung in Frage kommen. Erfolgt bei Vorhandensein von mehreren Anfechtungsberechtigten oder mehreren Anfechtungsgegnern die Bestätigung nur von seiten eines der Berechtigten oder nur gegenüber einem der Verpflichteten, dann bleibt im übrigen das Anfechtungsrecht bestehen, und erfolgt insoweit demnächst die Anfechtung, dann kommt hinsichtlich der Erstreckung ihrer Wirkung (§ 142 Abs 1) der § 139 in Frage.

Dritter Titel

Vertrag

1. Unter **Vertrag** versteht das Gesetz die Einigung mehrerer Personen zur Hervorbringung eines bestimmten Rechtserfolgs auf Grund der geeinten, beiderseitigen Willenserklärungen (vgl. RG Warn 09 Nr 185). Eine Beschränkung des Gebiets der Verträge kennt

das Gesetz nicht. Daher sind sie rechtlich möglich auf allen Rechtsgebieten, und zwar wie innerhalb des Privatrechts so auch des öffentlichen Rechtes (RG 65, 1; 56, 4; JW 1912, 531[9], betreffend vertragsmäßige Bewilligung von Ausnahmen einem Bauverbote gegenüber). Möglich sind privatrechtliche Verträge auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts, insbesondere zum Zwecke von Baukonsensen und zur Genehmigung von Ansiedlungen (RG 73, 19); sowie Verträge mit Stadtgemeinden über die Bebauung oder Anlegung von öffentlichen Straßen (RG 56, 6; 67, 291; 73, 197; 15. 2. 13 V 395/12), oder über die Schullasten (RG 79, 198). Die Aufnahme von Kranken in eine städtische (öffentliche) Anstalt gegen Entgelt (RG 64, 231; 91, 136). Vgl. § 278 Anm 3 Abs 3. Erfolgt die Aufnahme auf Grund behördlicher Anordnung aus Rücksicht öffentlich-rechtlicher Fürsorge, dann wird hierdurch kein bürgerrechtliches, sondern ein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründet (RG 91, 264). — Auf privatrechtlichem Gebiete haben Verträge ihre Stelle vorzugsweise bei Schuldverhältnissen, ferner aber auch im Erbrechte, Familienrechte und Sachenrechte. Hier handelt es sich um den sog. dinglichen Vertrag, der nach dem Gesetze die „Einigung" zur Hervorbringung eines die Sache oder das Recht unmittelbar betreffenden Rechtserfolgs bedeutet (§§ 873, 880, 925, 929, 1015, 1032, 1205, 1260; Vorbem 5 vor § 104). Während aber das Vertragsrecht auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse von dem Grundsatze der Vertragsfreiheit beherrscht wird, ist solches auf den andern Rechtsgebieten nicht der Fall; Vorbem 3 vor § 104. Während ferner die von den Rechtsgeschäften geltenden allgemeinen Grundsätze der §§ 104—185 für Verträge sowohl auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse wie dem des dinglichen Vertrags allgemeine Geltung haben, finden die besonderen Bestimmungen, die auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse für Verträge gelten, im Sachenrechte keine Anwendung (RG 66, 97). Das Gesetz unterscheidet einseitige und gegenseitige Verträge, je nachdem durch den Vertrag nur die eine Partei verpflichtet wird, wie bei der Schenkung, oder beide Teile wechselseitig verpflichtet sein sollen. Das Nähere hierüber bei § 320. — Vgl. auch § 305 A 2 und 3. — Allgemeine Voraussetzungen für das Zustandekommen eines rechtsgültigen Vertrags sind: die Willenseinigung, die Zulässigkeit des Gegenstandes, die Bestimmtheit oder wenigstens Bestimmbarkeit (§ 315) des Gegenstandes (RG 66, 121; Gruch 1912, 918) und zutreffendenfalls die Wahrung der Form (§ 125). Ein unzulässiger Gegenstand ist eine Vereinbarung über die Erfüllung einer Amtspflicht öffentlich-rechtlicher Art (RG 85, 413, betreffend einen Notar).

2. Vorvertrag. Regelmäßig ist es der Zweck eines Vertrags, den beabsichtigten Rechtserfolg ohne weiteres herbeizuführen. Solche Verträge nunmehr, die sich darauf beschränken, vorerst nur den demnächstigen Abschluß eines alsdann auf den Endzweck gerichteten Vertrags zu sichern, nennt man Vorverträge. Sie haben ihre Bedeutung in Fällen, wo die Sache zum Abschlusse des eigentlichen, bereits auf den angestrebten Zweck selbst gerichteten Vertrags aus irgendeinem tatsächlichen oder rechtlichen Grunde noch nicht reif ist, während die Parteien die zweckentsprechende Bindung schon jetzt begründen wollen, um sich so die wirkliche Erreichung des Zweckes für später zu sichern. Demgemäß bildet das Versprechen, seinerzeit zur Erreichung des erstrebten Zieles in der zum voraus vereinbarten Art mitzuwirken, den besondern Inhalt eines Vorvertrags. Aus dem vorstehenden ergibt sich, daß auch ein gültiger Vorvertrag nur dann gegeben sein kann, wenn die Willenseinigung über alle wesentlichen Punkte bereits erzielt ist (RG 72, 385). Wo das nicht zutrifft, und insbesondere für keine der Parteien bereits eine zwingende Pflicht begründet worden ist, handelt es sich vorerst nur um Vorverhandlungen, Traktate, und solche können höchstens für die Auslegung demnächst von Bedeutung sein (§ 133 A 2). Solange die Parteien darüber einverstanden sind, daß die schriftlich niedergelegten Verabredungen noch nicht rechtswirksam sein sollen, zumal wenn es dazu noch der Nachholung einer Form bedarf (§ 313), ist der beabsichtigte Vertrag überhaupt noch nicht zustande gekommen (RG 79, 214). Auch der Vorvertrag bedarf der allgemein erforderlichen Bestimmtheit, oder wenigstens Bestimmbarkeit (RG 66, 121; Gruch 1912, 918). Ferner ergibt sich, daß, wo das Gesetz für die Vornahme eines Vertrags eine bestimmte Form vorschreibt, auch der Vorvertrag regelmäßig der Form genügen muß. Denn es handelt sich auch schon bei ihm um den Gegenstand des Endvertrags selbst (RG 43, 139; 48, 186; 53, 239; 72, 385). Für den auf Abschluß eines für länger als auf ein Jahr bestimmten Mietvertrags (§ 566) gerichteten Vorvertrag ist jedoch aus praktischen Erwägungen angenommen, daß er der Form des § 566 nicht bedarf (RG 86, 30). Da nun für den rein schuldbegründenden Vertrag, abgesehen von den besondern Ausnahmefällen (§§ 311, 313, 518, 566, 766), ein Formerfordernis überhaupt nicht aufgestellt ist, so bedarf regelmäßig auch der entsprechende Vorvertrag einer besondern Form nicht. Aber für das Liegenschaftsrecht gilt dabei der Grundsatz, daß die nachfolgende dingliche Einigung die in § 873 Abs 2 vorgeschriebene Form nötig hat (RG 50, 81; 48, 133). Wenn also die Parteien beispielsweise die Begründung einer Hypothek formlos vereinbaren, so entsteht aus diesem Vorvertrage beiderseitig zwar das Recht und die Pflicht, diejenigen Voraussetzungen zu erfüllen, die gemäß § 873 zur Begründung des dinglichen Rechtes

überhaupt erfüllt werden müssen; bevor aber die Parteien dem nachgekommen sind, bevor sie sich insbesondere in der nach Abs 2 des § 873 vorgeschriebenen Form geeinigt haben, fehlt es noch an der dinglichen Bindung. Das Gesetz erwähnt die Vorverträge nicht ausdrücklich. Sie stehen auf dem Boden der Vertragsfreiheit und betreffs ihres Inhalts stehen sie unter den allgemeinen Rechtsgrundsätzen (RG 66, 116).

3. Der Vertrag (die Einigung) **kommt zustande** durch Antrag (§ 145) und Annahme (§§ 146 ff.). Das Nähere über diese beiden Voraussetzungen enthalten die §§ 145—153; über die stillschweigende Annahme insbesondere vgl. § 151 A 2. Die §§ 154, 155 behandeln die Fälle nur teilweiser Einigung; der § 156 den Sonderfall einer Versteigerung; der § 157 enthält eine allgemeine Auslegungsregel. Über den Ort des Vertragsschlusses gibt das Gesetz keine Bestimmung. Er ist derjenige Ort, an welchem die Einigung zustande kommt (§ 151), der Regel nach (vgl. §§ 151, 152) mithin der Ort, wo der Antrag angenommen oder die Annahmeerklärung abgegeben wird (RG 62, 38). Praktisch bedeutsam ist der Vertragsort insbesondere für die Form des Geschäfts (Art 11 EG); vgl. auch Vorbem 11 vor § 104. Als Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist derjenige anzusehen, in dem die Annahmeerklärung dem Gegner zugeht (§ 130) und, falls es des Zugangs dieser Erklärung überhaupt nicht bedarf, in dem die Annahme erfolgt (§ 151). Unbenommen ist es den Parteien selbstverständlich, den Eintritt der Vertragswirkungen abredegemäß auf einen früheren Zeitpunkt zurückzuverlegen.

§ 145

Wer einem anderen die Schließung eines Vertrags anträgt[1]), ist an den Antrag gebunden, es sei denn, daß er die Gebundenheit ausgeschlossen hat[2]).

E I 80 ff. II 118; M 1 164 ff.; P 1 75 ff.

1. **Vertragsantrag** ist die empfangsbedürftige (daher erst mit ihrem Zugange wirksam werdende, § 130) Erklärung, durch die der eine Teil dem andern die Schließung des Vertrags anträgt. Er setzt demgemäß vor allem den Willen voraus, einen Vertrag abzuschließen, und zwar mit dem Erklärungsgegner nach Maßgabe des Angebots. Ein Angebot des Inhalts, daß die Annahme durch den Antragsgegner selbst oder durch eine von ihm zu bezeichnende andere Person solle erfolgen können, ist jedoch rechtlich möglich; es entbehrt nicht der erforderlichen Bestimmtheit des Antragsgegners; das Angebot enthält gegebenenfalls zugleich die Zustimmung zur Abtretung des Rechtes aus dem Vertragsangebote (RG JW 1914, 350[3]; 22. 4. 14 V 24/14). Eine andere Frage ist es, ob der Antragende in derartigen Fällen gebunden ist, jede beliebige dritte Person, etwa als Käufer, anzunehmen. Diese Frage ist von Fall zu Fall auslegungsweise (§ 157) nach Treu und Glauben zu entscheiden; eine unzuverlässige Persönlichkeit kann der Antragende ablehnen (RG 12. 1. 16 V 223/15). Unter Umständen ist das Vorhandensein eines Vertragswillens sowie eines Vertragsantrags ohne weiteres anzunehmen (vgl. darüber § 150 Abs 1 u. 2). Anderseits kann den bezeichneten Erfordernissen eines Vertragsantrags naturgemäß nicht genügt sein, einmal dann, wenn Angebote nur an die Allgemeinheit ergehen, z. B. durch Ankündigungen, öffentliche Bekanntmachung der Bedingungen (RG JW 05, 76[10]) oder durch bloße Zurschaustellung. Ferner dann nicht, wenn auch die an eine bestimmte Person gerichtete Kundgebung nicht mit dem Willen geschah, schon auf Grund ihrer einen Vertrag abzuschließen, wie z. B. bei Versendung von Preislisten. Versendet indessen eine Bank an die mit ihr in dauerndem Geschäftsverkehr (der Scheckabrechnung) stehenden Banken Zirkulare, in denen die bisherigen Geschäftsbedingungen abgeändert werden, dann ist hierin ein Vertragsantrag zu finden, und geben hierauf die Kunden das Formular, in dem die Annahmeerklärung vorgedruckt ist, unterschrieben zurück, dann liegt auch eine Vertragsannahme vor, während der bloße Vermerk „Kenntnis genommen" eine Annahme regelmäßig nicht enthalten würde (RG Warn 1911 Nr 362). Inwiefern in der Zusendung eines Lotterieloses ein Vertragsangebot liegen kann, vgl. RG 48, 175 ff.; 50, 193; 59, 296 (RG Warn 1914 Nr 3) und § 763 A 5. In Fällen der zuvor bezeichneten Art handelt es sich regelmäßig erst um eine Aufforderung zur Abgabe von Geboten (RG JW 05, 76[10]; SeuffA 60 Nr 3). — Da endlich aber ein Vertrag gegebenenfalls lediglich durch die Annahme des Antrags zustande kommt (§ 151) und zustande kommen soll, so folgt weiter, daß eine Erklärung den Anforderungen eines Vertragsantrags inhaltlich auch nur dann genügen kann, wenn es zur Herbeiführung der Willenseinigung über den gesamten Vertragsgegenstand überhaupt nur noch der Annahme der Erklärung bedarf. Ist die letztere so unbestimmt, daß im Falle ihrer Annahme eine Einigung über einen bestimmten Gegenstand doch nicht erzielt wäre, so ist sie als Antrag unzureichend. Es genügt jedoch die Bestimmbarkeit nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (1. 4. 14 V 514/13). Zu be-

achten ist dabei jedoch folgendes: **a)** Das Erfordernis der Bestimmtheit schließt nicht in sich, daß der Antrag in allen Einzelheiten ausdrückliche Erklärungen enthalten muß. Grundsätzlich ist der Inhalt eines Vertragsantrags vielmehr so zu verstehen, wie er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstanden werden muß. Demgemäß ist die betreffende Erklärung auch aus andern Beziehungen, z. B. aus der früheren Geschäftsverbindung zwischen den Parteien, oder nach dem mutmaßlichen Willen des Antragenden ergänzungsfähig, wobei der Grundsatz gilt, und zwar bei Anträgen sowohl unter An- wie Abwesenden, daß, wenn der Antragsgegner den Antrag so verstanden hat, wie er nach dem Grundsatze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen war, der Antragende nicht behaupten kann, er habe den Antrag anders aufgefaßt. Solchenfalls steht ihm nur die Anfechtung seiner Erklärung frei (**RG** 15. 1. 07 II 293/06; 19. 11. 07 VII 70/07). **b)** Die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit einer noch unbestimmten, aber bestimmbaren Person (persona incerta) ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Daher besteht auch die Möglichkeit, einen Antrag einer noch ungewissen Person zu machen. Hierher gehören die Fälle, in denen ein Vertragsangebot von einer Straßenbahn usw., oder mittels eines Automaten an jeden einzelnen gemacht wird, der ihn anzunehmen bereit ist und diese Bereitschaft dadurch betätigt, daß er einsteigt, oder daß er das Geldstück in den Automaten hineinsteckt. Bei der Auslobung wird der Auslobende durch seine einseitige Erklärung ebenfalls derjenigen noch unbestimmten Person gegenüber verpflichtet, welche die Handlung vornimmt (§ 657). — Das Zustandekommen des Vertrags setzt alsdann eine dem Antrage schlechthin entsprechende Annahme voraus; an einer solchen fehlt es auch dann, wenn der Antragsgegner die Annahme zwar schlechthin erklärt, aber doch in einem andern, der wirklichen Sachlage entsprechenden Sinne, mag er sich auch insgeheim vorbehalten haben, den auf Irrtum über die wirkliche Sachlage beruhenden Antrag auch in dessen Sinne annehmen zu wollen (**RG** Gruch 63, 213; vgl. auch § 154 A 1).

2. Der einmal wirksam erklärte (also auch bereits zugegangene) Antrag (§ 130) bewirkt regelmäßig schon als solcher eine **Bindung des Antragstellers gegenüber dem Antragsgegner,** und zwar bis zu seinem Erlöschen nach § 146 (**RG** 43, 79). Dieser Erfolg bleibt nur für den Fall aus, daß der Antragende die Gebundenheit in irgendeiner Form ausdrücklich ausgeschlossen hat, sei es sofort bei der Antragstellung, sei es nachträglich, falls nur diese Erklärung mindestens gleichzeitig mit dem Antrage zugegangen ist (**RG** JW 1911, 643[7]). Den etwaigen Ausschluß zu beweisen, ist Sache desjenigen, der sich auf ihn beruft. Die Ansicht, daß die Geltendmachung des Vorbehalts eine bloße Verneinung der Verbindlichkeit des Antrags bedeute, und daß das Vorbringen daher den andern Teil zum Beweise eines vorbehaltlosen Antrags nötige (Staudinger A 5), kann nicht gebilligt werden. Wer den Vorbehalt behauptet, macht vielmehr einen Ausnahmefall geltend und übernimmt daher die Beweislast. Die Gebundenheit des Antragstellers im Sinne des Gesetzes schließt insbesondere das Recht des Widerrufs aus, und zwar regelmäßig bis zu dem Zeitpunkte, wo der Antrag gemäß § 146 erlischt. Hatte sich ferner der Antragende das Widerrufsrecht auch wirklich vorbehalten (**RG** JW 1911, 643[7]), dann erlischt es gleichwohl mit Zugang der Annahmeerklärung, falls dieser vor dem später erklärten Widerrufe erfolgt. Der Widerruf verlangt der Vorschrift des § 349 entsprechend eine zuverlässige und unbedingte Erklärung (**RG** 1. 4. 14 V 514/13). Die Gebundenheit des Antragenden fällt bei einem Kaufangebote fort, wenn die Kaufsache mit Fehlern behaftet ist, die den Antragenden im Falle des bereits zustande gekommenen Vertrags zur Wandlung berechtigen würden (**RG** 87, 260).

Entsteht infolge der Gebundenheit des Antragenden **für den Gegner ein Recht?** Ein Anspruch im Sinne des § 241 jedenfalls nicht, da der Antragsgegner auf Grund des bloßen Antrags weder ein Tun noch eine Unterlassung fordern darf. Ein vererbliches Vermögensrecht kann dagegen allerdings (§ 1922) in Frage kommen (man denke nur an ein Kaufangebot), freilich mit der in der Natur der Sache liegenden Einschränkung, daß der Antrag nicht ausschließlich an die Person des Gegners gerichtet war (§ 153 A 2). Daher scheint es auch nicht richtig, wenn man dem Antragsgegner für alle Fälle nur eine „Rechtsposition" zuschreibt (**RG** JW 1911, 752[7]; 1912, 195; Gruch 53, 835). Es entspricht diese Auffassung mindestens nicht derjenigen des Verkehrs, der erfahrungsgemäß gerade von der freien Übertragbarkeit des Rechtes aus dem Angebote (so namentlich aus Kauf- oder Verkaufsanträgen) ausgeht. Nach dem diesseitigen Standpunkte läßt sich demgemäß auch die weitere Frage, ob das Recht des Antragsgegners auf Annahme des Angebots **rechtsgeschäftlich übertragbar** ist (§ 398), nicht schon deshalb verneinen, weil es sich stets nur um eine Rechtsposition handle, und auch nicht schon deshalb etwa, weil jedenfalls kein Anspruch bestehe; denn übertragbar sind auch Rechte (§ 413). Vgl. **RG** JW 1914, 350[3]. Indessen so viel ist richtig, daß die freie rechtsgeschäftliche Unübertragbarkeit grundsätzlich trotzdem nicht gegeben sein kann, weil es nämlich nicht im Belieben des Antragsgegners stehen kann, dem Antragenden irgendeine dritte Person als Vertragsgegner aufzunötigen. Ansprüche aus Verträgen sind freilich regelmäßig frei veräußerlich. Aber das ist deswegen der Fall, weil in derartigen Fällen der Vertragsgegner

trotz der Übertragung immer noch sein Vertragsrecht an den Veräußerer behält. Im Falle der Übertragung des Rechtes aus einem vorerst nur erklärten Antrage und seiner Annahme durch den Zessionar würde dagegen der Antragende das Vertragsrecht allein dem Zessionar gegenüber erlangen, und derart auf die Rechtslage des Antragstellers einzuwirken, steht dem Antragsgegner keine Befugnis zu. Da jedoch im besondern Falle die Sache so liegen kann, daß der Antragende, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, im voraus sein Einverständnis mit der Übertragung des Rechtes auf Annahme des Antrags erklärt hat (vgl. die obengenannten Urteile JW 1914, 350[3] und 1. 4. 14 V 514/13; ferner 22. 1. 16 V 228/15), so sind allerdings auch solche Fälle denkbar, in denen das Annahmerecht rechtlich unbedenklich übertragen werden kann. Überdies könnte die Sache unter Umständen auch so angesehen werden, als wäre der Antrag zugleich an den Dritten gerichtet worden. So geschieht es tatsächlich häufig, daß mit Stellung des Vertragsantrags zugleich das Einverständnis mit der Übertragung des Annahmerechts verbunden wird. Vgl. dazu § 315 A 1 gegen das Ende. — Daß eine schuldhafte Handlungsweise des Antragenden, durch die er dem Gegner die Möglichkeit der Annahme rechtswidrig vereitelt, ihn nicht nach § 823 haftbar macht (RG 50, 195), folgt daraus, daß das Annahmerecht sich im besten Falle nur als ein Vermögensrecht darstellt, und daß dieses nicht unter den Begriff „sonstiges Recht" im Sinne des § 823 fällt (RG 57, 353; 59, 327). Anwendbar wäre aber § 826, falls der Antragende den Antragsgegner vorsätzlich an der Annahme hindert (RG 50, 91; 63, 286; JW 08, 85). — Von der Frage nach der Abtretbarkeit des bezeichneten Rechtes hängt auch die Frage nach seiner Pfändbarkeit ab (§ 851 Abs 1 ZPO).

§ 146

Der Antrag erlischt, wenn er dem Antragenden gegenüber abgelehnt oder wenn er nicht diesem gegenüber nach den §§ 147 bis 149 rechtzeitig angenommen wird[1]).

E I 82 ff., 88 Abs 2 II 119; M 1 168 ff., 175; P 1 77; 6 124, 128.

1. Das **Erlöschen des Antrags** beseitigt diesen überhaupt, so daß er auch nicht mehr annahmefähig ist (RG 93, 75; Warn 1919 Nr 131), und eine etwaige nachträgliche Annahme als ein neuer Antrag gelten müßte (§ 150). Die **Ablehnung** ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§ 130). Gleichgestellt ist der ausdrücklichen Ablehnung die mit Beifügungen versehene Annahme im Sinne des § 150 Abs 2. Über die Erfordernisse der rechtzeitigen Annahme vgl. die §§ 147, 148, 149. Über sonstige Erlöschungsgründe vgl. § 145 (Widerruf im Falle des Vorbehalts) und § 156.

§ 147

[1]) Der einem Anwesenden gemachte Antrag kann nur sofort angenommen werden. Dies gilt auch von einem mittels Fernsprechers von Person zu Person gemachten Antrage[2]).

Der einem Abwesenden gemachte Antrag kann nur bis zu dem Zeitpunkt angenommen werden, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf[3]).

E I 83 f. II 120; M 1 168 ff.; P 1 78 ff.

1. Der § 147 handelt von den gesetzlichen Annahmefristen, § 148 von den gewillkürten. Beide Fristen begrenzen die zeitliche Gebundenheit des Antragstellers (RG 43, 79).

2. **Vertragsschluß unter Anwesenden.** Voraussetzung hierfür ist, wie das in Ansehung des Verkehrs mittels Fernsprechers vom Gesetze ausdrücklich vorgesehen wird, ein Verhandeln von Person zu Person. Ein Vertragsschluß bezeichneter Art kann mithin niemals vorliegen, wenn sich der Antragende zur Erklärung eines Boten, oder beim Verhandeln mittels Fernsprechers eines Mittlers bedient, der zur Entgegennahme der Annahmeerklärung nicht bevollmächtigt ist. Denn unter diesen Voraussetzungen geht die Erklärung dem Antragsteller nicht von Person zu Person, sondern erst mit ihrer Bestellung zu. Anders, wenn die Mittelsperson zur Vertretung des Auftraggebers bei Entgegennahme der Erklärung befugt war (RG SeuffA 59 Nr 387). Ein Verhandeln von Person zu Person findet auch dann nicht statt, wenn einem Anwesenden nur ein schriftlicher Antrag überreicht wird (s. A 3). Bedingung sodann für das Zustandekommen des Vertrags unter Anwesenden ist, daß die Annahme **sofort** erklärt wird. Geschieht es nicht, dann erlischt der Antrag (§ 146), während die verspätete Annahmeerklärung die Bedeutung eines neuen Antrags (§ 150) hat (RG JW 1911, 535[6]). Die Annahme selbst ist, abgesehen vom Falle des § 151, eine empfangsbedürftige Erklärung.

Sie kann aber auch stillschweigend erfolgen, insbesondere dadurch, daß der Antragsgegner sich so verhält, wie es ihm der Antragende ansinnt, insbesondere indem er die entsprechende Leistung bewirkt (RG 54, 219), oder aber die ihm angetragene Erwerbshandlung vornimmt. Bloßes Stillschweigen auf einen Vertragsantrag kann nur dann als Annahme gelten, wenn die aus der Unterlassung einer Antwort herzuleitende Ablehnung eine Verletzung des Grundsatzes der Redlichkeit, eine Nichtachtung von Treu und Glauben (im Handelsverkehre) enthalten würde (RG 54, 213). Im übrigen bedeutet Schweigen Nichtannahme. Handelt es sich nicht um ein beliebiges Geschäft des (kaufmännischen) Verkehrs, sondern um ein außergewöhnliches, namentlich um einen Vergleichsvorschlag, dann kann im Schweigen auf den Vorschlag eine Annahme des Antrags nach Treu und Glauben nicht gefunden werden (RG Warn 1919 Nr 131). Jedenfalls kann aus § 147 Abs 1 nicht gefolgert werden, daß auf jeden einem Anwesenden gemachten Antrag eine Erklärung über Annahme oder Ablehnung sofort abgegeben werden müßte, widrigenfalls das Schweigen des Erklärungsgegners als Annahme zu gelten hätte (RG JW 1911, 535[6]).

Von Bedeutung ist das kaufmännische **Bestätigungsschreiben.** Enthält ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben Abweichungen von dem unter den Parteien bisher Besprochenen, so ist unter besondern Umständen nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§ 157 BGB; § 346 HGB) eine Antwort erforderlich, und müßte hier daher Schweigen als Annahme gelten (RG Gruch 53, 709). Im kaufmännischen Verkehre, wo Nebenpunkte vielfach erst mittels Bestätigungsschreibens geregelt werden, muß widerspruchslose Annahme eines Bestätigungsschreibens regelmäßig als Zustimmung angesehen werden, möglicherweise auch dann, wenn eine Gegenbestätigung verlangt wird (RG 88, 380). Das gilt jedoch dann nicht, wenn der Inhalt der Abmachungen arglistig entstellt ist oder der Inhalt des Bestätigungsschreibens „auf Erfindung beruhte" (RG 95, 48). Regelmäßig muß den genehmigten schriftlichen Bestätigungen eine derartige rechtsgestaltende Wirkung beigelegt werden, daß fortab nur ihr Inhalt maßgebend sein soll und abweichende frühere Abreden als beseitigt zu gelten haben (RG 88, 380; 90, 136; Warn 1919 Nr 50). Hat der eine Teil dem andern ein Bestätigungsschreiben zugesandt, dies zunächst vom Gegner mit Zusätzen zurückerhalten und daraufhin geschwiegen, dann muß darin eine Zustimmung gefunden werden, so daß der Vertrag mit Einschluß der Zusätze in dem Zeitpunkte zustande gekommen ist, in dem der Gegner den Zugang des etwaigen Widerspruchs hätte erwarten können (RG Gruch 55, 888). In dem Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben kann ein Einverständnis oder eine Genehmigung jedoch nur dann gefunden werden, wenn anzunehmen ist, daß es der Empfänger so verstanden hat oder nach der Verkehrssitte so verstehen mußte, wie es vom Absender gemeint war (RG 97, 195). — Wirksam werden die Erklärungen gemäß § 130 erst im Zeitpunkte ihres Zugehens (vgl. auch § 149). Im Falle des Mißverständnisses kann mangelnde Willenseinigung (§§ 154, 155) oder auch die Anfechtbarkeit des zustande gekommenen Vertrags in Frage kommen (RG 90, 168).

3. Vertragsschluß unter Abwesenden. Wann ein Verhandeln unter Abwesenden anzunehmen ist, ergibt sich aus dem Gegensatze zum Falle des Abs 1. Im Sinne des § 147 gilt auch der einem Anwesenden überreichte schriftliche Vertragsantrag als Antrag unter Abwesenden (RG 61, 415; 83, 106). Bedingung für das Zustandekommen des Vertragsabschlusses ist hier regelmäßig, daß die Annahmeerklärung dem Gegner in einer nach den Umständen zu bemessenden Frist zugeht (vgl. A 1 und anderseits §§ 151, 152). Ob die Frist gewahrt ist, hat schließlich der Richter zu entscheiden. Für die Berechnung der Frist kommen als wesentlich in Betracht die Beförderungszeit des Antrags sowie die der Antwort und dazu noch eine dem Antragsgegner zu bewilligende angemessene Überlegungsfrist, wobei davon auszugehen ist, daß der Antragende mit regelmäßiger Beförderung und auch mit Anwesenheit des Antragsgegners in seinem Wohnorte rechnen darf (RG 43, 79; 59, 300; JW 1910, 999[4]). Falls der Antrag einer Gesellschaft, einem Verein, einer Körperschaft gemacht wird, überdies auch eine angemessene Frist für die erforderliche Beschlußfassung. Stets ist aber die Fristdauer nur nach Maßgabe der **regelmäßigen Umstände** zu begrenzen, worüber das richterliche Ermessen entscheidet. Daß dem Antragsgegner zur Erstreckung der Frist außergewöhnliche Ereignisse (äußerliche Beförderungshindernisse oder Abwesenheit des Adressaten von seinem Wohnsitze) zugute gerechnet werden, braucht sich der Antragsteller im allgemeinen nicht gefallen zu lassen (RG 59, 300). Wohl aber dann, wenn er mit der Abwesenheit des Gegners schon nach dem regelmäßigen Gange der Dinge (Manöverzeit, Gerichtsferien) von vornherein rechnen mußte. Verhindert der Antragsteller den rechtzeitigen Zugang der Annahmeerklärung arglistig oder schuldhaft, dann gilt die Frist gleichwohl als gewahrt (RG 58, 406). Verzichtet der Antragende auf die Erklärung der Annahme, dann kommt für die Fristberechnung nicht § 147, sondern § 151 zur Anwendung (RG 83, 106). — Abs 2 ist entsprechend auch bei Feststellung des Zeitpunkts maßgebend, in dem ein stillschweigend zustande gekommener Vertrag als abgeschlossen anzunehmen ist (RG Gruch 55, 892). Vgl. § 151 A 2.

§ 148

Hat der Antragende für die Annahme des Antrags eine Frist bestimmt, so kann die Annahme nur innerhalb der Frist erfolgen[1]).

E I 82 II 121; M 1 168 ff.; P 1 77 ff.

1. **Gewillkürte Annahmefrist.** Die Fristbestimmung hat nach dem Gesetze unmittelbar nur die Dauer der Wirksamkeit des Antrags, nicht die der Gebundenheit des Antragstellers im Auge, begrenzt also zeitlich die Annahmefähigkeit des Antrags selbst (§ 146). Die Bestimmung der Frist kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Gegebenenfalls ist das Formerfordernis auch hier zu wahren. Bei Abkürzung der gesetzlichen Frist (§ 147) muß die Fristsetzung zugleich bei der Antragstellung erklärt werden, oder aber bei nachträglicher Erklärung muß diese spätestens gleichzeitig mit dem Antrage zugehen. Im Zweifel ist hierbei davon auszugehen, daß die Frist nur dann als gewahrt gelten soll, wenn die Antwort dem Antragsteller innerhalb der Frist zugegangen ist, und nicht schon dann, wenn die Antwort innerhalb der Frist abgegangen ist (RG 53, 59; 49, 132; Warn 08 Nr 187; 1912 Nr 152). Im übrigen vgl. § 147 A 3. Die Fristberechnung gemäß §§ 186 ff. Hat sich der Antragende (Kaufmann) ohne Fristsetzung einseitig gebunden, so ist doch nach den Umständen des Falles zu entscheiden, wie lange seine Bindung währt; mit Ablauf der hiernach anzunehmenden Bindungsfrist erlischt auch eine feste Offerte ohne weiteres durch Zeitablauf (RG 97, 2). — Hat der Antragsteller die Gebundenheit an seinen Antrag davon abhängig gemacht, daß der Antragsgegner in bestimmter Frist (sofort) eine bestimmte Handlung vornehme (beispielsweise ein empfangenes Lotterielos postwendend zurücksende), dann kommt der Vertrag, falls die Bedingung nicht rechtzeitig erfüllt worden, aus diesem Grunde keinesfalls zustande, gleichgültig, ob die Verspätung an einem Verschulden des Antragsgegners liegt oder nicht, und ohne daß es eines Widerrufs bedarf (RG 48, 179). — Vgl. § 516 Abs 2, wonach Schweigen innerhalb der gesetzten Frist als Annahme gilt.

§ 149

[1]) Ist eine dem Antragenden verspätet zugegangene Annahmeerklärung dergestalt abgesendet worden, daß sie bei regelmäßiger Beförderung ihm rechtzeitig zugegangen sein würde, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem Annehmenden unverzüglich nach dem Empfange der Erklärung anzuzeigen, sofern es nicht schon vorher geschehen ist. Verzögert er die Absendung der Anzeige, so gilt die Annahme als nicht verspätet[2]).

E I 85 II 122; M 1 170 ff.; P 1 81.

1. Die §§ 149—150 behandeln die **fehlerhafte Annahme.** Der Mangel kann begründet sein einmal durch verspäteten Zugang der Annahmeerklärung (§ 149), sodann durch den Inhalt der Erklärung selbst (§ 150 Abs 2). Für beide Fälle ist nach § 150 Regel, daß eine fehlerhafte Annahme als neuer Antrag gilt, so daß in bezug hierauf wiederum die Grundsätze der §§ 145 ff. Platz greifen. Eine inhaltlich fehlerfreie Annahme darf insgesamt nichts anderes darstellen als schlechthin eine vorbehaltlose Bejahung des Angebots (RG 27. 9. 11 II 160/07); andernfalls enthält die Erklärung zugleich eine Ablehnung des Antrags. — Über die Voraussetzungen der **Verspätung** der Annahme verhalten sich die §§ 147, 148.

2. **Zustandekommen des Vertrags trotz Verspätung des Zugangs der Annahmeerklärung.** Rechtzeitigkeit der Annahme setzt voraus, daß die Erklärung nicht nur rechtzeitig erklärt worden, sondern (vgl. § 147 A 1) dem Gegner innerhalb der gehörigen Frist auch zugegangen ist (§§ 147, 148, 130). Für den Fall nun, daß eine Verspätung tatsächlich zwar eingetreten ist, solches aber nicht in einer Verzögerung der Absendung, sondern erst in den Verhältnissen der Beförderung seinen Grund hat, und daß der Antragende dies erkennen mußte (§ 276), soll die Annahme gleichwohl als nicht verspätet „gelten", es sei denn, daß der Antragende die Verspätung unverzüglich (§ 121 Abs 1) nach dem Empfange der Erklärung (§ 130) oder schon zuvor angezeigt hatte. Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Bestimmung ist also, daß die Antwort rechtzeitig abgesendet war (§ 147 A 2), daß sie dem Antragsteller überhaupt zugegangen ist, daß dies jedoch erst nach Ablauf der Frist erfolgt ist; ferner anderseits, daß die Verspätung ausschließlich durch Unregelmäßigkeiten der Beförderung verursacht worden, und endlich, daß der Antragsteller die Rechtzeitigkeit der Absendung bei Anwendung der erforderlichen Aufmerksamkeit hat erkennen können (§ 276). Die Anzeige ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung, da nach dem Gesetze zur Abwendung der angedrohten Folge schon die (rechtzeitige) Absendung der Erklärung genügt. Von einer Verpflichtung zur Anzeige ist nicht zu reden. Das Gesetz knüpft an die Unterlassung der Erklärung lediglich die Fik-

tion des rechtzeitigen Zugangs der Annahme. — Danach richtet sich auch die **Beweislast.** Der Antragsgegner, der die Fiktion der Rechtzeitigkeit für sich geltend machen will, hat nur deren Voraussetzungen zu beweisen; der Antragende dagegen, der alsdann die Anwendbarkeit der Fiktion von sich ablehnen will, weil er rechtzeitig die erforderliche Anzeige erstattet habe, hat hierfür die Beweislast (RG 53, 62). Streitig.

§ 150

Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer Antrag[1]).

Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrage[2]).

E I 88 Abs 1, 3; M 1 175; P 1 86.

1. Vgl. § 149 A 2. Hat der Antragende bei der gewillkürten Annahmefrist (§ 148) diese in unbestimmten, unklaren Ausdrücken bestimmt, und hat er trotz tatsächlich verspätet erklärter Annahme den Abschluß bestätigt, dann kann er nachträglich die Verspätung nicht geltend machen, weil er durch die Bestätigung zu erkennen gegeben hat, daß die Annahme noch rechtzeitig erfolgt sei (RG Warn 1911 Nr 423).

2. Der Grundsatz des § 150 Abs 1 greift auch dann Platz, wenn der Antragsgegner durch nachträgliche Leistung dessen, was dem Antrag an sich entsprach, diesen **verspätet angenommen** hat. Es bedarf auch in solchem Falle erst einer Annahme seitens des Antragenden, um den Vertrag zustande zu bringen (RG 3. 4. 07 V 406/06). Auch ein Bestätigungsschreiben, das dem Zwecke dienen sollte, ein nach der Meinung des Schreibenden mündlich abgeschlossenes Geschäft zu bestätigen, während der Vertrag in Wirklichkeit nicht zustande gekommen war, kann als ein neues Vertragsangebot gelten (RG Warn 1911 Nr 422). Vgl. noch § 147 A 2. Eine Annahme mit der Hinzufügung: „vorausgesetzt, daß der Vertrag rechtsgültig geschlossen werden könne," ist geeignet, den Vertrag zustande zu bringen, wenn nach der Erklärung die objektive Möglichkeit des rechtsgültigen Abschlusses entscheidend sein sollte (RG Warn 1910 Nr 409). Nicht unbedenklich, falls die Hinzufügung nach Lage des Falles geeignet wäre, das Zustandegekommensein des Vertrags einstweilen noch als ungewiß erscheinen zu lassen. Ist eine Annahmeerklärung trotz einer Hinzufügung nach Treu und Glauben als unbeschränkte Annahme aufzufassen, so ist der § 150 nicht anwendbar (RG JW 08, 4[3]). Hat der Antragsgegner bei der Annahmeerklärung einen Vorbehalt gemacht, hat darauf der Antragende dem Vorbehalte widersprochen und der Antragsgegner hierauf geschwiegen, so ist anzunehmen, daß er den Vorbehalt aufgegeben hat (RG Warn 1918 Nr 178). Sonst aber wird das Zustandekommen des Vertrags durch die Hinzufügung einer Bedingung zu der Annahmeerklärung vereitelt (RG 92, 232).

§ 151

Der Vertrag kommt durch die Annahme des Antrags zustande, ohne daß die Annahme dem Antragenden gegenüber erklärt zu werden braucht, wenn eine solche Erklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist oder der Antragende auf sie verzichtet hat[1]). Der Zeitpunkt, in welchem der Antrag erlischt, bestimmt sich nach dem aus dem Antrag oder den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden[2]).

E I 86 II 124; M 1 171 ff.; P 1 81 ff.

1. Es handelt sich hier um einen Ausnahmefall, in dem es zum **Zustandekommen des Vertrags** regelwidrig **keiner Annahmeerklärung bedarf.** Selbstverständliche Voraussetzung für den Vertragsschluß bleibt indes immer, daß der Antragsgegner den Antrag überhaupt angenommen hat (RG 8. 10. 19 V 138/19). Da indes für das Verkehrsleben rein innere Vorgänge ohne Tragweite sind, so muß auch der Annahmeentschluß irgendwie durch schlüssige und unzweideutige Handlungen, die allerdings nicht dem Antragenden gegenüber vorgenommen zu werden und zunächst auch nicht einmal zu seiner Kenntnis zu gelangen brauchen, äußerlich in die Erscheinung getreten sein (RG 84, 320; 90, 430; Warn 1919 Nr 131; JW 1914, 241[3]); so durch die sofortige Aneignung der etwa käuflich zum Erwerbe angebotenen Sache (einer ohne Bestellung zugesandten Ware, RG JW 00, 297[17]), oder aber durch Bewirkung derjenigen Leistung, die dem Antragsgegner nach Maßgabe des Antrags als Erfüllung angesonnen wurde (beispielsweise durch sofortige Lieferung der bestellten Ware). Da der Vertragsschluß eine Willenseinigung voraussetzt, so ist im übrigen auch hier erforderlich, daß sich die Annahme mit dem Antrage deckt, und eine Handlung, die der Antragsgegner nicht in der Absicht der Annahme vornimmt, ist überhaupt nicht geeignet, den Vertrag zustande zu bringen,

da ein Vertragsabschluß unbedingt den Vertragswillen voraussetzt. Soweit endlich ein Mangel der Einigung besteht, greift der § 154 Platz. Als Zeitpunkt des Vertragsabschlusses muß hier derjenige gelten, in dem die Annahme erfolgt ist (nicht derjenige, in dem der Antragende die Annahme erfährt, RG 36, 323). Alsdann steht keinem Teile mehr der Widerruf zu. Als Ort des Vertragsschlusses ist derjenige anzusehen, wo die Annahme erfolgt ist (RG 62, 381).

Als **Verkehrssitte** (§ 157 A 1 a. E.) kommen hier vornehmlich in Betracht die Anschauungen im Handelsverkehr. Für die Anwendbarkeit des § 151 genügt nicht, daß nach der besondern Lage des Falles eine Erklärung der Annahme nicht zu erwarten war, vielmehr muß notwendig eine dahingehende Verkehrssitte bestanden haben (RG JW 09, 720[7]). Alsdann kann aber auch das bloße Stillschweigen Annahme bedeuten (RG JW 03, 102[18]); zumal wenn nach Treu und Glauben des Handelsverkehrs im Falle der Ablehnung eine dahingehende Äußerung zu erwarten war (RG 54, 181; 58, 69; Warn 1911 Nr 112 und 422; Gruch 59, 351). Über die Grundsätze betreffs eines Bestätigungsschreibens s. § 147 A 2. Vgl. auch § 157 A 3 „Besondere Fälle". **Einzelfälle:** Bei einer dauernden Geschäftsverbindung zwischen den Vertragschließenden kann schon im Behalten der übersendeten Ware die Annahme liegen; in dem Falle freilich nicht, daß bei der Zusendung eine neue Bedingung gestellt wurde (RG 48, 175). An sich liegt aber in dem Behalten unbestellt zugesandter Waren noch keine Annahme, wie gegebenenfalls auch keine Verpflichtung besteht, sie zurückzusenden. Der Empfänger ist lediglich Besitzer der Sachen, ohne die vertragliche Pflicht eines Verwahrers zu haben. Bei einer unentgeltlichen Zusendung oder einem Schulderlasse wird nach der Auffassung des Lebens eine besondere Annahmeerklärung nicht erwartet. Die Zustimmung gilt hier als selbstverständlich (RG 19. 4. 07 VII 348/06; JW 1911, 87[5]). Vgl. bei Schenkungen § 516 Abs 2 (Nichtablehnung in der gesetzten Frist gilt als Annahme). Ebensowenig bedarf das schriftliche Anerkenntnis einer Forderung nach der Verkehrssitte der Annahme (RG 22. 9. 06 I 585/05). Die an das Registergericht gerichtete Beitrittserklärung als Mitglied einer Genossenschaft kann als stillschweigend durch den Vorstand angenommen gelten (RG 60, 412). Steht eine Bank mit einem Kunden in dauernder Geschäftsverbindung und handelt es sich um ein wichtiges Geschäft, das auch große Eile erfordert, dann muß beim Schweigen des Kunden auf einen Antrag der Bank Zustimmung angenommen werden; der Widerspruch muß in solchen Fällen auch telegraphisch oder mittels Fernsprechers erklärt werden (RG 87, 141). Tritt der Schuldner eine Forderung zahlungshalber an den Gläubiger seines Gläubigers ab, dann ist die Annahme des Zahlungsangebots von seiten des Erstgenannten ohne weiteres anzunehmen (RG 90, 434). Zum Zustandekommen einer die Übergabe des Hypothekenbriefs ersetzenden Vereinbarung gemäß § 1117 Abs 2 ist die Annahmeerklärung des Erwerbers nicht notwendig, wenn die ihm zugesandte Urkunde die Erklärung des Hypothekenbestellers enthält, daß der zu bildende Hypothekenbrief dem Erwerber ausgehändigt werden solle, und wenn der Hypothekenbestellung (oder -abtretung) eine darüber zuvor getroffene Verabredung zugrunde liegt, oder wenn der Gläubiger die ihm übersandte Urkunde an das Grundbuchamt mit seinem Antrage weitergibt (RG 93, 248). Auch in der nur einseitigen Erklärung des Verkäufers in seinem Bestätigungsschreiben kann die Zusicherung von Eigenschaften der Kaufsache gefunden werden (RG 95, 120). Liefert der Verkäufer mehr gleichartige Waren, als bestellt waren, dann liegt insoweit ein Vertragsangebot mit einem Verzicht auf eine Annahmeerklärung vor, und es kann unter besondern Umständen (so, wenn die Ware dem Verderben ausgesetzt ist) schon in dem Schweigen des Käufers während auch nur einer verhältnismäßig kurzen Frist die Annahme des Angebots gefunden werden (RG LZ 1919, 966[5]). Der **Verzicht auf die Annahmeerklärung** kann ausdrücklich oder auch stillschweigend erklärt sein, wie das beispielsweise der Fall ist, wenn bei einem Kaufmann Waren zu schleuniger Lieferung bestellt, oder einem mit der Besorgung fremder Geschäfte Befaßten schleunige Aufträge erteilt werden (RG JW 1913, 1145[3]). Wenn der Verkäufer einer beweglichen Sache diese dem Käufer, ohne eine Bedingung zu stellen, übersendet und der Käufer die Sache annimmt, geht das Eigentum auf ihn über, ohne daß der Käufer dem Verkäufer gegenüber noch eine Erklärung abgibt (RG 64, 145).

2. **Diese Frist für die Annahme** (nicht für die Erklärung) und damit zugleich für die Gebundenheit des Antragstellers bestimmt sich in erster Linie aus der im Antrage hierüber ausdrücklich getroffenen Bestimmung; sonst nach dem mutmaßlichen, aus den Umständen zu entnehmenden Willen des Antragenden. Mit Ablauf der Frist erlischt der Antrag (§ 146 A 1). In der Regel wird es sich um Fälle handeln, in denen eine sofortige Leistung erwünscht war. In solchen Fällen anderseits, in denen eine Fristsetzung nicht erfolgt und auch nicht einmal aus den Umständen zu entnehmen ist, wird anzunehmen sein, daß der Antragende eine Frist überhaupt nicht hat setzen wollen und daß er daher bis zur Ablehnung des Antrags durch den Antragsgegner gebunden bleibt (RG 17. 2. 17 V 389/16); mit der Maßgabe freilich, daß der Antragende noch nachträglich bis zur Erklärung des Gegners eine Frist bestimmen kann, um eine Entscheidung herbeizuführen.

§ 152

Wird ein Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, ohne daß beide Teile gleichzeitig anwesend sind, so kommt der Vertrag mit der nach § 128 erfolgten Beurkundung der Annahme zustande[1]), wenn nicht ein anderes bestimmt ist. Die Vorschrift des § 151 Satz 2 findet Anwendung[2])[3]).

E II 124a; P 5 439 ff.

1. Während der Vertrag regelmäßig (Ausnahme § 151 Satz 1) in dem Zeitpunkte zustande kommt, in welchem die Annahmeerklärung dem Antragenden zugeht (§ 147 A 3), ist im **Falle der öffentlichen Beurkundung des Vertrags** im Zweifel schon der Zeitpunkt der Beurkundung der Annahme entscheidend (RG 68, 393; JW 09, 139[18]), ohne daß der Antragende Anspruch auf Benachrichtigung von der Annahme hat (RG 20. 6. 10 V 367/09). Der beurkundende Notar kann zugleich die eine Partei bei der Entgegennahme des Antrags vertreten (RG 49, 127), so daß die Erklärung gegebenenfalls der Partei selbst als zugegangen gelten muß. — **Ein anderes** kann beispielsweise bestimmt sein, wenn der Antragende eine Frist für die Annahme setzt (RG 49, 131). Ist in einem (notariellen) Vertragsantrage nur gesagt, daß der Antrag bis zu dem angegebenen Zeitpunkte verbindlich sein solle, dann spricht viel dafür, daß der Antragsteller zu erkennen gegeben hat, er wolle bis zu dem Endtermine auch selbst Gewißheit über die erfolgte Annahme haben. Regelmäßig ist daher im Falle solcher Fristsetzung auch anzunehmen, daß das Zustandekommen des Vertrags auch davon abhängt, daß die Annahmeerklärung dem Antragenden innerhalb der Frist zugegangen ist, oder daß er sonst von ihr wenigstens zuverlässige Kenntnis erhalten hat. Ob die dem Antragenden zuteil gewordene Mitteilung von der formgerechten Vertragsannahme eine zuverlässige war, ist nach den Umständen des Falles zu entscheiden; daß die Benachrichtigung durch einen Dritten erfolgte, schließt die Zuverlässigkeit nicht aus; hatte der Antragende eine Mitteilung erhalten, die er selbst als zuverlässig ansehen konnte und angesehen hat, dann verlangen es Treu und Glauben, falls ihm doch noch Zweifel kommen, daß er solche kundtut (RG 96, 275). Vgl. auch RG 49, 132; 76, 366; Warn 1912 Nr 152; Gruch 57 S. 148 u. 925; 60, 121; RG 13. 7. 12 V 99/12; 1. 4. 14 V 514/13, wonach namentlich angenommen ist, daß eine zuverlässige Bekanntgabe der erfolgten Vertragsannahme genügt. Aber schließlich bleibt es immer Auslegungssache, was mit der Erklärung hat bestimmt werden sollen (RG Warn 1912 Nr 152; Gruch 60, 925). Gegenstand der Auslegung muß natürlich die die Fristsetzung enthaltende Urkunde sein, und dabei kommt es entscheidend nicht darauf an, was der Antragende für sich etwa gewollt hat, sondern darauf, wie seine urkundliche Erklärung nach Treu und Glauben zu verstehen war (RG 96, 275). Hat derjenige, welchem der Vertrag eine befristete Rechtsausübung einräumt, alles getan, was nach den Verhältnissen von ihm erwartet werden konnte, um seine Erklärung rechtzeitig zugehen zu lassen, und lag die Verspätung des Zugangs nur an Umständen, die in der Person des Erklärungsempfängers lagen, dann kann dieser die Verspätung als solche nicht geltend machen (RG JW 1919, 569[2]).

Die **Beweislast** hat derjenige, der behauptet, die Fristsetzung habe nicht die Bedeutung gehabt, daß der Antragsgegner von der Annahme innerhalb der Frist auch Kenntnis erhalten haben müsse (RG Warn 1913 Nr 354).

2. Danach besteht die Annahmefähigkeit des Antrags im Falle des § 152 nicht länger als bis zum Ablaufe der im Antrage ausdrücklich bestimmten oder nach den Umständen als gewollt anzunehmenden Frist (vgl. § 151 A 2).

3. Der § 152 greift Platz auch bei Beurkundungen durch eine nach Landesrecht zuständige Behörde (RG 68, 393; 72, 412).

§ 153

Das Zustandekommen des Vertrags wird nicht dadurch gehindert, daß der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, daß ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist[1])[2]).

E I 89 II 125; M 1 175 ff.; P 1 86 ff.

1. Im Zweifel hindern der **Eintritt des Todes oder der Geschäftsunfähigkeit** des Antragenden nicht **das Zustandekommen des Vertrags** durch die daraufhin erfolgende Annahme. Dabei ist vorauszusetzen, daß der Antrag bereits erklärt, unter Abwesenden also bereits abgesendet war. Nicht aber ist auch erforderlich, daß er dem Antragsgegner vor Eintritt der bezeichneten Ereignisse bereits zugegangen war. Den Antrag anstatt des Verstorbenen erst zu erklären, beispielsweise den von ihm angefertigten schriftlichen Antrag erst in Abgang zu bringen, dazu gibt der § 153 den Gesamtrechtsnachfolgern keine Befugnis. Ob sie dazu befugt sind oder nicht, wie auch ihr etwaiges Recht, den bereits erklärten, aber noch

nicht zugegangenen Antrag zu widerrufen, richtet sich vielmehr lediglich nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen von der Gesamtrechtsnachfolge. — Die Regel des § 153 dient als bloße Auslegungsregel und kann daher nicht Platz greifen, wenn ihrer Anwendbarkeit nach den obwaltenden Umständen erkennbar ein anderer Wille des Antragstellers entgegensteht, sei es also, weil der Antragsteller den Antrag ausdrücklich nur für seine Person gemacht hatte, oder weil sonst ersichtlich ist, daß der Antragsteller den Vertrag nur in seinem eigenen Interesse hat abschließen wollen. Der Beweis des andern Willens liegt dem Erben ob, der behaupten will, daß der Antrag für ihn nicht bindend sei. — Der § 153 ist entsprechend anzuwenden, wenn dem Antragsteller die Verfügung über sein Vermögen oder über gewisse Bestandteile desselben nach Erklärung des Antrags entzogen wird, wie insbesondere durch die Eröffnung des Konkurses. In solchem Falle kommt der Vertrag durch die Annahme zwar mit dem Gemeinschuldner, aber nicht mit dem Konkursverwalter zustande.

2. Welchen Einfluß der **Tod oder der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Antragsgegners** gegebenenfalls hat, besagt das Gesetz nicht. Hier greifen die allgemeinen Rechtsgrundsätze Platz. Als Regel muß insbesondere auch hier gelten, daß, wenn die Absicht bestand, den Vertrag gerade im Interesse der Person des Antragsgegners abzuschließen, beispielsweise behufs Zuwendung einer Schenkung an ihn, oder falls ihm eine höchstpersönliche Leistung angesonnen wurde, seine Rechtsnachfolger keine Befugnis haben, den Vertrag erst durch ihre Annahmeerklärung zustande zu bringen. In sonstigen Fällen aber haben sie ein solches Recht, zumal wenn nach Lage des Falles anzunehmen, daß der Antrag zugleich an die Erben gerichtet sein sollte (RG JW 1911, 752[7]). Der Auffassung indes, als könne das Recht der Erben auf die Annahme des ihrem Erblasser bereits zugegangenen Antrags ausschließlich in der Unterstellung, daß der Antrag zugleich an sie gerichtet worden, seine Begründung finden (vgl. M 1, 175/176 zu § 89 E I), dürfte schwerlich beizutreten sein. Sie stellt sich lediglich als ein im Interesse des Verkehrs angenommener Notbehelf dar, der um deswillen einer stichhaltigen Grundlage entbehrt, weil es im Leben tatsächlich nur höchst ausnahmsweise vorkommen wird, daß der Antragende seinen Antrag (beispielsweise einen Verkaufsantrag, RG JW 1911, 752[7]) zugleich an die Erben gerichtet haben will. Der Notbehelf ist auch übrig, wenn man sich nur zu der Ansicht entschließen will, daß das Recht des Antragsgegners auf Annahme des Antrags ein Vermögensrecht darstellen kann (vgl. § 145 A 2). Die andere Frage, ob der Erbe auch in der Lage sei, den seinem Erblasser noch nicht zugegangenen Antrag gegen den nunmehrigen Willen des Antragenden erst entgegenzunehmen und alsdann anzunehmen, ist zu verneinen, weil vor Zugang des Antrags der Antragende überhaupt noch nicht gebunden war (§ 130). — Wird der Antragsgegner vor Zugang oder vor der Annahme des zugegangenen Antrags geschäftsunfähig, so ist sowohl das eine wie das andere rechtlich um deswillen einflußlos, weil in beiden Fällen der Vertreter an die Stelle des Genannten tritt.

§ 154

Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen[1]). Die Verständigung über einzelne Punkte ist auch dann nicht bindend, wenn eine Aufzeichnung stattgefunden hat[1]).

Ist eine Beurkundung des beabsichtigten Vertrags verabredet worden, so ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen, bis die Beurkundung erfolgt ist[2])[3]).

E I 78 II 116; M 1 162 ff.; P 1 74 ff., 87 ff.; 6 133.

1. Die **volle Willenseinigung Voraussetzung des Vertragsschlusses.** Dieser Vorschrift liegt die vom Gesetze durchweg festgehaltene Auffassung zugrunde (RG 57, 164; 62, 187; 139 Abs 1), daß die gesamten Vertragserklärungen ein einheitliches Ganzes ausmachen. Daher ist auch die hier ausgesprochene Auslegungsregel nur folgerichtig: daß, solange die Einigung nicht **alle Punkte** des Vertrags umfaßt, der Vertrag „im Zweifel" nicht zustande gekommen ist und daß eine Bindung selbst insoweit nicht besteht, als über einzelne Punkte eine Verständigung und eine Aufzeichnung erzielt worden ist (Punktation; Abs 1 Satz 2). Da diese Grundsätze jedoch lediglich im Zweifel gelten sollen, so ist es den Parteien unbenommen, vorerst nur über gewisse Punkte eine Vereinbarung zu treffen, andere Punkte dagegen einer späteren Regelung vorzubehalten (RG Warn 1910 Nr 413). Was alles Gegenstand der Vereinbarung sein soll, entscheidet sich nicht nur nach der Natur des Geschäfts, sondern auch nach dem Willen jeder einzelnen Partei (RG JW 1911, 442[4]). Es muß der entsprechende Wille aber erklärt sein, da auf stille Vorbehalte nicht zu rücksichtigen ist (§ 116). So kommt ein

Vertrag nicht zustande, wenn ein Angebot nicht in dem Sinne, in dem es gemeint war, sondern in einem andern, und zwar dem der wirklichen Sachlage entsprechenden angenommen wird, sachgemäß auch nur so angenommen sein kann, der Annehmende sich dabei aber den geheimen Vorbehalt macht, das Angebot in dessen Sinne annehmen zu wollen (RG Gruch 63, 218). Der § 154 hat demgemäß den Fall des offenen Mangels der Willenseinigung vor Augen. (Über den versteckten Mangel der Einigung vgl. § 119 A 1 und § 155 A 1, 2.) Ob der Vorbehalt nach nachträglicher Einigung einen unbedingt wesentlichen Bestandteil des Vertragsgegenstandes betrifft oder einen an sich nicht wesentlichen (aber relativ, d. h. nach dem Willen der Beteiligten wesentlichen), ist für die Anwendung des in § 154 Satz 1 ausgesprochenen Grundsatzes gleichgültig. Der erklärte Vorbehalt hindert das Zustandekommen eines schriftlichen (oder notariellen) Vertrags selbst dann, wenn der Vorbehalt nicht in die Urkunde aufgenommen worden ist (RG 29. 4. 03 V 518/02). Da indessen der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt, so steht es den Parteien auch frei, nachträglich den Vertrag als abgeschlossen gelten zu lassen, selbst wenn die Einigung über einzelne, an sich nicht wesentliche Punkte ausgeblieben ist. Die dadurch veranlaßte Lücke in den Vereinbarungen muß alsdann den gesetzlichen Bestimmungen gemäß (vgl. §§ 157 A 1, 155 A 1) ausgefüllt werden (RG 52, 437; 57, 51; 60, 174; Warn 08 Nr 190; 1910 Nr 413). Eine Unvollständigkeit der Vereinbarung im Sinne des § 154 liegt nicht vor, wenn die Vertragsleistungen zwar nicht fest bestimmt wurden, aber (bei im übrigen vorliegender wirklicher Willenseinigung) nach den gegebenen Umständen bestimmbar sind, was insbesondere dann zutrifft, wenn die Bestimmung der Parteiabsicht entsprechend nach verabredeter Maßgabe getroffen werden soll (RG Gruch 53, 830). So kann beispielsweise ein Mietvertrag vollgültig zustande kommen, wenn die Parteien die Bestimmung des Mietpreises späterer Vereinbarung vorbehalten (RG Warn 1914 Nr 325). So genügt es auch, wenn hinsichtlich der Leistungszeit nur so viel vereinbart ist, daß der Richter imstande ist, über die Rechtzeitigkeit der Leistung zu befinden (RG 90, 29). Vgl. noch §§ 315, 316.

2. Während Abs 1 den Fall mangelnder Einigung regelt, setzt Abs 2 voraus, daß zwar die Einigung erfolgt ist (RG 17. 5. 07 VII 236/07), daß jedoch nach der getroffenen Vereinbarung zur völligen Erfüllung des Parteiwillens noch die **Beurkundung des Vertrags** hinzukommen müßte. Ein solcher Parteiwille ist gegebenenfalls im Zweifel anzunehmen. Alsdann entsteht ein Vertrag nicht früher, als bis auch die Form erfüllt und die Vertragsurkunde überdies dem Antragsgegner auch bereits zugegangen ist (RG Gruch 61, 776). Dies gilt entsprechend auch dann, wenn die Parteien beispielsweise einen Kaufvertrag über ein Grundstück beabsichtigen, die Vertragsbedingungen, über die sie einig sind, schriftlich festlegen, indessen willens sind, daß der Vertrag förmlich nach § 313 abgeschlossen werden soll. Hier liegt, falls letzteres unterbleibt, kein Nichtigkeitsfall aus § 313 vor, vielmehr ist ein Vertragsabschluß überhaupt nicht erfolgt (RG 79, 78). Zwei gegeneinander ausgetauschte Vertragsurkunden gelten als eine rechtliche Einheit (RG Warn 08, 29). Unter Umständen ist eine stillschweigende Verabredung der Beurkundung anzunehmen (RG JW 08, 446[6]). Das Anwendungsgebiet des Abs 2 beschränkt sich im übrigen auf den Fall, daß die Beurkundung schon vor erfolgter Einigung bedungen war (RG 62, 78). Eine nachträgliche entsprechende Abrede stellt indes einen neuen Vertrag dar, der die gleiche Wirkung haben kann (RG JW 08, 739[5]). Der § 154 Abs 2 ist auch auf den Fall beschränkt, daß die Beurkundung des zwischen den Parteien selbst abzuschließenden Vertrags erfolgen soll, die Vorschrift ist dagegen nicht anwendbar, wenn etwa verabredet wird, daß die eine Partei mit einem Dritten einen zu beurkundenden Vertrag abschließen soll (RG Warn 1915 Nr 43). — Für die Auslegungsregel des Abs 2 ist selbstverständlich kein Raum, wenn die Beurkundung nach dem Parteiwillen nicht Bedingung für das Zustandekommen des Vertrags sein, sondern nur Beweiszwecken dienen sollte (vgl. § 125 A 4). Möglich ist auch, daß die Parteien, welche eine derartige Bedingung ursprünglich vereinbart hatten, beim formlosen Abschluß des Vertrags das Formerfordernis wieder aufgegeben haben (RG SeuffA 68 Nr 51). Sinngemäß ist anderseits die Bestimmung des Abs 2 auch dann anwendbar, wenn vor erfolgter Einigung abgemacht wurde, daß der Austausch der mehreren schriftlichen Urkunden erfolgen und der Vertragsschluß hiervon abhängig sein solle. Falls im Antrage die Beurkundung des Vertrags verlangt ist und der Antragsgegner den Antrag vorbehaltlos annimmt, erstreckt sich die Annahme auch auf das bezeichnete Verlangen, und es greift sonach Abs 2 Platz (RG Warn 08 Nr 9). Über Nebenabreden vgl. § 125 A 7.

3. **Beweislast.** Wer aus einem Vertrage Rechte herleitet, hat dessen Zustandekommen zu beweisen. Dazu genügt an und für sich der Nachweis der Einigung über die nach der Natur des Geschäfts an sich wesentlichen Punkte. Behauptet der andere Teil jedoch, daß der Vertrag durch die bloße Einigung noch nicht zustande gekommen sei, weil sich die Parteien bei ihren Verhandlungen über die Schriftform geeinigt hätten, dann handelt es sich um ein begründetes Bestreiten, und der Kläger muß jetzt also noch dartun (streitig), daß die sachliche Einigung schlechthin zustande gekommen ist (RG Warn 1913 Nr 44); oder gibt der

Kläger die Formverabredung an sich zu, dann hat er nachzuweisen, daß die Form hier nur aus Beweiszwecken vereinbart worden sei. Jedenfalls muß der Kläger, ähnlich hier wie im Falle, daß der Beklagte Abschluß unter einer aufschiebenden Bedingung einwendet, beweisen, daß der Vertrag in der von ihm selbst behaupteten Art und Weise zustande gekommen ist (RG Warn 1918 Nr 72); wobei es jedoch genügt, wenn der Kläger das Vorhandensein einer Vereinbarung nachweist, die den vom Beklagten eingewendeten Vorbehalt nicht erkennen läßt. Vgl. § 158 A 7b. Macht der Beklagte endlich nur eine Vereinbarung geltend, die nicht beim Vertragsabschlusse selbst sondern schon bei früherer Gelegenheit oder erst bei späterer getroffen worden sein soll, dann steht ein selbständiger Einwand in Frage und der Beweis liegt jetzt daher dem Beklagten ob. Vgl. Warn 08 Nr 9.

§ 155

Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde[1]) [2]).

E I 100 II 117; M 1 202; P 1 115 ff.

1. Im Gegensatze zu § 154, der den offenen Einigungsmangel vor Augen hat, regelt § 155 den Fall, daß die Parteien selbst **den Vertrag als geschlossen ansehen,** also die Einigung über den gesamten Vertragsgegenstand als erzielt erachten, während in Wahrheit über **einen Punkt die Einigung fehlt** (versteckter Mangel der Einigung). Unter diesen Voraussetzungen müßte das Vorhandensein einer Bindung folgerichtig (§ 154) durchweg verneint werden. Indessen nach dem Grundsatze, Verträge möglichst aufrechtzuerhalten (vgl. § 139 A 3), ist auch hier bestimmt, daß das **wirklich Vereinbarte** gilt, falls anzunehmen ist, daß der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über den noch offenen Punkt abgeschlossen worden wäre. Die Beweislast hierfür liegt demjenigen ob, der die Geltung des Vereinbarten behauptet. Die entstandene Lücke in der Vereinbarung ist aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu ergänzen (RG 60, 174; 88, 378; Warn 1914 Nr 326). Vgl. §§ 157 A 1, 154 A 1. Steht es fest, daß eine in die notarielle Vertragsurkunde vom Notar aufgenommene Bestimmung nicht Gegenstand der Vereinbarung war und daß der eine Vertragsteil diese Bestimmung auch beim Verlesen des Protokolls nicht gehört, sie also auch nicht stillschweigend hat genehmigen wollen, dann gilt diese Bestimmung nicht als Bestandteil des Vertrags und daher besteht dieser nur im übrigen zu Recht (RG JW 1916, 1118[1]). In solchem Falle kann indes unter Umständen augenscheinlich auch mangelnde Willenseinigung vorliegen.

2. **Der versteckte Einigungsmangel** und seine **Abgrenzung.** Ein Ergebnis der Art, daß die beiden Vertragsgegner beim Vertragsabschlusse glauben, völlig einig zu sein, obgleich tatsächlich das Gegenteil der Fall, und daß beide Teile sich dieses Sachverhalts bis zuletzt nicht bewußt werden, hat regelmäßig in folgenden Umständen seinen Grund: 1. darin, daß die Parteien zwar sich äußerlich deckende Erklärungen abgeben, daß jede Partei jedoch mit den Erklärungen einen verschiedenen Sinn verbindet; 2. darin, daß der eine Teil den andern mißverstanden hat, so daß er auch nur zu einer mißverständlich angenommenen, dagegen nicht zu der in Wirklichkeit abgegebenen Erklärung des Gegners seine Zustimmung gab und hat geben wollen (so etwa infolge von Schwerhörigkeit oder Unaufmerksamkeit oder wegen mangelnder Sprachkunde; vgl. auch RG 68, 6, wo die eine Partei sich eines bloßen, ungewissen Phantasiewortes bedient hatte). In beiden Fällen ist eine wirkliche Willenseinigung allerdings niemals erzielt und die für die Entstehung eines Vertrags erforderliche Bedingung somit anscheinend stets unerfüllt geblieben. Gleichwohl darf diese Folge weder in dem einen Falle noch in dem andern unbedingt gezogen werden. Die Rechtssicherheit des Vertrags fordert hier vielmehr eine Einschränkung. Es ist ein feststehender Grundsatz, daß jeder Erklärende sich selbst beim Worte nehmen lassen und sich gefallen lassen muß, daß seine Erklärung so verstanden wird, wie sie von der Allgemeinheit aufgefaßt wird (RG 68, 128; 95, 53; JW 1911, 90[8]; § 157 A 1 Abs 2), wie anderseits auch, daß jeder Teil die Erklärung des Gegners so gelten zu lassen hat, wie sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu verstehen ist. Vgl. Vorbem 6 vor § 116 und RG JW 08, 4[3]; 09, 489[10]; 1913, 480[1]. Daraus ergibt sich aber einmal, daß der Erklärende, der eine an sich klare und bestimmte Erklärung abgegeben hat, die sein Gegner inhaltlich nur so verstehen konnte, wie er sie verstand, sich zur Verneinung der Einigung nicht der Ausflucht bedienen darf, er selbst habe seiner Erklärung (innerlich) einen andern Sinn beigelegt. Ferner folgt, daß, wenn die sich äußerlich deckenden Erklärungen beider Teile überhaupt nur einen objektiv bestimmten und klaren Inhalt gehabt haben, das Zustandekommen des Vertrags nicht dadurch gehindert ist, daß sich jeder Teil bei den Erklärungen etwas

anderes gedacht hat als der andere (RG 58, 234; 66, 125). Danach ergeben sich aber kurz die beiden Leitsätze: War die Erklärung oder waren die Erklärungen an sich nur eindeutig, dann ist für die Anwendung des Grundsatzes vom versteckten Einigungsmangel überhaupt kein Raum (Erklärungsgrundsatz; RG JW 1913, 480[1]; Warn 1918 Nr 200). Waren dagegen die Erklärungen an sich mehrdeutig, dann ist entscheidend, ob die Parteien in Wirklichkeit je etwas Verschiedenes gewollt haben, und ob ihnen je auch der abweichende Wille des Gegners verborgen geblieben ist (Willensgrundsatz). Vgl. RG 58, 233; 66, 21; JW 1911 S. 87[5] u. 213[9]; Warn 08 Nr 185 u. 591; 09 Nr 57. Denn schließlich ist nach dem Grundsatze von Treu und Glauben auch die Einschränkung zu machen, daß sich kein Vertragsteil auf die Mehrdeutigkeit der Erklärungen und darauf, daß er ihnen einen andern Sinn beigelegt hat als der andere Teil, dann berufen kann, wenn er die Auffassung des Gegners erkannt hatte, da er in solchem Falle die Erklärung so gelten lassen müßte, wie sie wirklich gemeint war, und sein stiller Vorbehalt etwa, das gegnerische Angebot in anderm Sinne anzunehmen, gemäß § 116 unbeachtlich wäre (RG 66, 428; SeuffA 74 Nr 47). Vgl. § 116 A 1. Sein stiller Vorbehalt, das nicht zu wollen, was ihm bewußt der Gegner wollte, wäre ohne Bedeutung (§ 116). Zu beachten ist im übrigen bei allem dem, daß das entscheidende Gewicht nicht darauf zu legen ist, ob die beiderseitigen Erklärungen äußerlich gleichlauteten, sondern darauf, ob sie den nämlichen Inhalt hatten (RG 66, 125; JW 07, 386[2]). Ob der Einigungsmangel den gesamten Vertrag betrifft, oder nur einen Teil davon, ist gemäß § 154 unerheblich (vgl. dort A 1), solange nicht der Ausnahmefall des § 155 (A 1) gegeben. Die lediglich die Höhe des Betrags betreffende Uneinigkeit hindert jedoch nicht immer das Vorhandensein eines Vertragsanspruchs; nämlich dann nicht, wenn der Berechtigte nur das Mindere fordert, das der Verpflichtete als bedungen zugesteht. Beispielsweise A behauptet, einen Kaufpreis von 1000 Mark vereinbart zu haben, während B entgegnet, es seien nur 800 Mark verabredet (RG 28. 6. 07 II 123/07). Hier kann A deswegen 800 Mark fordern, weil anzunehmen, daß die Einigung hierauf jedenfalls erfolgt sein würde. — Da der Erklärungsgrundsatz darauf berechnet ist, daß der eine Teil den andern an dessen Erklärung festhalten darf, anderseits aber für ihn dann nicht Platz sein kann, wenn kein Teil die vorliegenden Erklärungen als maßgebend gelten lassen, und also auch kein Teil den andern an dessen Erklärungen festhalten will, so ergibt sich noch ein **3. Fall** versteckten Einigungsmangels, und zwar auf folgender Grundlage: Die Erklärungen sind bestimmt und nur eindeutig, aber jede Partei wollte etwas anderes als das Erklärte und jede Partei wollte außerdem auch etwas anderes als der Gegner. Beispielsweise: Nach der Vertragsurkunde wäre das Grundstück X verkauft; dieses Kaufgeschäft hätte aber weder der Verkäufer noch der Käufer gewollt; der erstere wollte das Grundstück Y verkaufen, der Gegner wollte Z kaufen, oder aber X nur pachten. Wollte man auch unter diesen Umständen die Regel des Erklärungsgrundsatzes um deswillen durchgreifen lassen, weil die abgegebene Erklärung an und für sich nur eindeutig ist, so führte das zu einem ganz unmöglichen Ergebnisse. Um zu einem befriedigenden Ergebnisse zu gelangen, kann hier vielmehr wiederum nur dem Willensgrundsatze gefolgt werden, und das Zustandekommen eines Vertrags wäre gegebenenfalls wiederum zu verneinen.

Um feststellen zu können, daß eine Einigung zwischen den Parteien nicht zustande gekommen ist, muß der Richter das beiderseitige Vorbringen so weit würdigen, daß hierdurch die Feststellung möglich wird, das Vorhandensein einer Einigung ist in der Tat ausgeschlossen (RG 95, 101).

Zu unterscheiden ist der Fall mangelnder Einigung zunächst von dem der bloßen falschen Bezeichnung. Ein Fall der letzteren Art liegt vor, wenn die Vertragsparteien über den Vertragsinhalt wirklich einig gewesen sind, und nur ihre beiderseitigen Erklärungen sich mit dem nicht decken, was sie übereinstimmend gewollt haben. Hier gilt der anerkannte Rechtsgrundsatz, daß eine bloße falsche Bezeichnung unschädlich ist (RG 60, 338), und es ist die erzielte Willenseinigung entscheidend (RG 61, 265; 63, 169; JW 05, 639). Danach ist beispielsweise ein Kaufvertrag, durch welchen nach der Absicht beider Parteien nur ein bestimmter Teil eines Grundstücks verkauft werden sollte, auch dann zustande gekommen, wenn in der Vertragsurkunde versehentlich das gesamte Grundstück als verkauft bezeichnet worden ist, da der Vertrag alsdann in Ansehung des bezeichneten Grundstücksteils besteht (RG 66, 21; Gruch 59, 1002). Eine Auflassung hat gleichfalls nur so weit Wirkung, als sie nach dem beiderseitigen Willen hat gehen sollen, während die etwa weitergehende Bezeichnung des Auflassungsgegenstandes wirkungslos ist (RG 46, 225; 63, 169; 66, 21; 73, 157; 77, 33; Warn 1913 Nr 394). Haben die Parteien beiderseits die Begründung einer Leibrente gewollt, indes in beiderseitigem Mißverständnisse der gegenseitigen Erklärungen Erklärungen abgegeben, die eine Rentenschuld zum Gegenstande haben, dann ist, die Wahrung der Form vorausgesetzt, ein Leibrentenvertrag zustande gekommen (RG SeuffA 70 Nr 235). Hat nur die eine Partei sich bei der Bezeichnung geirrt, die andere aber in Erkenntnis dieses Irrtums schlechthin zugestimmt, dann liegt kein Nichtigkeitsfall vor (§ 116); vielmehr ist die

Sache so anzusehen, als hätten beide Parteien die falsche Bezeichnung irrtümlich gewählt (RG 25. 1. 19 V 250/18). — Vom Falle des Irrtums im Sinne des § 119 unterscheidet sich der vorliegende Fall mangelnder Willenseinigung insofern, als dort vorauszusetzen ist, daß die eine Vertragspartei sich über den Inhalt ihrer eigenen Erklärung im Irrtum befunden hat, oder daß sie eine andere Erklärung hat abgeben wollen, als sie abgegeben hat, während § 155 verlangt, daß die Parteien sich über das im Irrtum befunden haben, was der andere Teil gewollt hat. Im Falle des § 119 decken sich also nicht der eigene Wille und die eigene Erklärung, im Falle des § 155 nicht die beiderseitigen Absichten. Vgl. § 119 A 1 und RG 58, 236. Verkauft beispielsweise A an B das Grundstück X in der irrtümlichen Meinung, daß die Parzelle Y zum Grundstücke nicht zugehöre, nimmt aber B anderseits das Angebot in der zutreffenden Meinung an, daß die Parzelle Y einen Bestandteil des Grundstücks bildet, dann ist der Vertrag (weil die Erklärung des A an sich nur eindeutig war) über das gesamte Grundstück zustande gekommen, ein Fall des § 155 also nicht gegeben. Für A besteht hier lediglich das Anfechtungsrecht aus § 119 (RG 26. 5. 10 V 577/09; 14. 2. 12 V 345/11; JW 99, 680[24]), während, wenn ein Vertrag gemäß § 254 oder § 255 überhaupt nicht zustande gekommen ist, für die Anfechtung niemals Raum sein kann (RG 58, 236; JW 09, 489[10]; 1910, 803[12]; 1911 S. 87[5] u. 179[2]). — Vom Falle der Nichtigkeit endlich ist der des § 155 insofern zu unterscheiden, als dort ein Vertrag, d. h. eine Willenseinigung, tatsächlich zustande gekommen ist, nur daß das Rechtsgeschäft die gewollten Rechtswirkungen nicht hervorzubringen vermag, während es bei § 155 an einem Vertrag überhaupt fehlt (RG 79, 78). Von der Nichtigkeit des Vertrags auf Grund mangelnder Einigung durfte also auch in RG 66, 24 nicht gesprochen werden.

§ 156

Bei einer Versteigerung kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Ein Gebot erlischt, wenn ein Übergebot abgegeben oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlags geschlossen wird[1])[2]).

E I 90 II 126; M 1 176 ff.; P 1 87.

1. Die **Versteigerung,** ein öffentlicher Verkauf, bei dem das Publikum zur Abgabe von Geboten im gegenseitigen Wettbewerbe aufgefordert wird, ist den Regeln des Vertragsrechts unterstellt, und zwar in folgender Weise: als Vertragsantrag gilt das Gebot; als Annahme der Zuschlag; die Gebundenheit aus dem Antrage besteht bis zur Abgabe eines Übergebots (ohne Rücksicht auf dessen Rechtsbeständigkeit, da nach dem Gesetze der tatsächliche Hergang entscheidet) oder bis zum Abbruche der Versteigerung, ohne daß Erteilung eines Zuschlags erfolgt. Der Zuschlag ist als Annahme wirksam — mangels anderweiter Abrede — schon kraft seiner Erteilung, unabhängig davon, ob diese Erklärung dem Bieter zugeht oder nicht, und mag er, sie zu vernehmen, auch überhaupt nicht in der Lage sein (Abwesenheit). Die Annahme — in Form des Zuschlags an den Meistbietenden — steht wie regelmäßig im Belieben des Verkäufers so auch hier im Belieben des Versteigerers. Dem Bieter erwächst somit kein Anspruch auf den Zuschlag (vgl. jedoch A 2). — Da das Versteigerungsgeschäft unter die Regeln des Vertragsrechts fällt, so kommt auch der Grundsatz der **Vertragsfreiheit** zur Geltung, und den Parteien steht danach frei, abweichende Bestimmungen zu treffen. So kann der Versteigerer sich verbinden, den Zuschlag zu erteilen, anderseits sich das Recht vorbehalten, den Zuschlag nach seiner Wahl nicht dem Meistbietenden, sondern einem andern Bieter zu geben. Eine solche Abmachung mit den Bietern würde zugleich die Außerkraftsetzung der Vorschrift über das Erlöschen des Gebots durch ein Übergebot in sich schließen. Es kann auch verabredet werden, daß der Zuschlag erst später erteilt werden solle, oder daß sich der Versteigerer die Erteilung des Zuschlags vorbehalte. Alsdann liegt das Verhältnis nicht anders als sonst bei einem Vertragsabschlusse unter Abwesenden, der Versteigerungsvertrag kommt also erst durch die empfangsbedürftige Zuschlagserteilung (und deren Zugang, § 130) zustande (RG 96, 102).

2. Das **Anwendungsgebiet** des § 156 umfaßt die Versteigerungen nach den Vorschriften des BGB §§ 383 ff., 489, 753, 966, 975, 979 ff., 1219 ff., die Pfandverkäufe nach den §§ 1233 ff., die Fälle der §§ 373, 376 HGB, ferner die Zwangsversteigerungen wegen Geldforderungen in Gemäßheit der Vorschriften der ZPO. Hier ist die Anwendung des § 156 durch § 817 Abs 1 ZPO ausdrücklich vorgeschrieben unter gleichzeitiger Erteilung weiterer Sonderbestimmungen für den Versteigerungsvertrag. Im Falle der Zwangsversteigerung nach dem ZVG ist dagegen für den § 156 kein Raum. Denn zweifellos sind hier die vertragsrechtlichen Grundsätze über die Gebundenheit des Bieters sowohl wie anderseits über die Entschließungsfreiheit des Antragsgegners durch die Bestimmungen der §§ 71 ff. u. 81 ZVG außer Anwendung gesetzt. Danach ist der Bieter nicht schon schlechthin durch sein Gebot gebunden, sondern erst unter der Voraussetzung, daß sein Gebot vom Richter als wirksam

befunden und zugelassen wird. Anderseits aber hat der Meistbietende hier einen Anspruch auf die Erteilung des Zuschlags, was bei Anwendung der Grundsätze vom Vertrage nicht der Fall sein könnte. Der § 72 gibt ferner eigenartige Bestimmungen über das Erlöschen eines Gebots. Der Zuschlag selbst entnimmt seine Kraft überhaupt nicht einer Willenseinigung der Beteiligten; der Richter überträgt vielmehr durch den Zuschlag das Eigentum auf den Ersteher des Grundstücks kraft der ihm vom Gesetze gegebenen Macht (**RG** 60, 54). Nach § 53 ZVG gilt der Eigentümer des Grundstücks als der „Veräußerer" (nicht als der Verkäufer). Diese Ausgestaltung des Zwangsversteigerungsgeschäfts weist somit mehr auf seinen öffentlich-rechtlichen Charakter als auf einen Vertrag hin. Darüber, daß die betreffenden rechtsgeschäftlichen Erklärungen auch nicht nach den Grundsätzen der §§ 119ff. BGB anfechtbar sind, vgl. Vorbem vor § 104.

§ 157

Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern[1—3]).

E I 359 II 127; M 2 197 ff.; P 1 623 ff.

1. Vertragsauslegung. Während der § 133 die Auslegung der einzelnen Willenserklärungen regeln will, hat der § 157 die Auslegung eines Vertrags insgesamt im Auge. Während danach bei § 133 Ziel der Auslegung ist, den Inhalt der einzelnen, tatsächlich vorhandenen Erklärung zu ermitteln, handelt es sich nach § 157 regelmäßig (vgl. jedoch A 2) um Feststellung des gesamten Vertragsinhalts und Vertragszwecks. Während ferner in einem gegebenen Falle Aufgabe der Auslegung gemäß § 133 gerade ist, festzustellen, ob ein Vertrag überhaupt zustande gekommen, besteht für die Anwendung des § 157 regelmäßig (vgl. A 2) in der Regel (s. unten A 2) erst dann Raum, wenn das Vorhandensein des auszulegenden Vertrags schon feststeht, so daß der § 133 für den § 157 gewissermaßen erst die Grundlagen zu schaffen hätte. Während endlich im Sinne des § 133 ausschließlich vom Standpunkte des Erklärenden selbst aus zu ermitteln ist, was sein wirklicher Wille gewesen, sollen nach § 157 als Auslegungsmaßstab Merkmale dienen, die außerhalb des Erklärenden selbst zu finden sind, nämlich die Anforderungen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Vertragssitte, so daß hier ein ausschließlich objektiver Maßstab in Frage steht. Nach diesem Zusammenhange der Dinge ergibt sich ohne weiteres, daß die Anwendungsgebiete der §§ 133 u. 157 nicht nur nach ihren Voraussetzungen, sondern auch nach ihren Zielen voneinander durchaus verschieden sind; ferner aber, daß dementsprechend, was besonders wichtig, auch die auslegende Tätigkeit des Richters in beiden Fällen eine verschiedenartige sein muß. Denn, soll der Richter es nach § 157 nicht dabei bewenden lassen, eine tatsächlich vorhandene Erklärung seiner Auslegung zu unterziehen, hat er hier vielmehr die Aufgabe, den gesamten Vertragszweck und Vertragsinhalt nach objektivem Maßstabe zu ermitteln, dann hat ihm das Gesetz hiermit zweifelsohne nicht nur ein sachlich umfassenderes Ziel als das des § 133, sondern zugleich auch eine weitere Befugnis als die des § 133 einräumen wollen und einräumen müssen. Es ist doch klar, daß, wenn der Richter der ihm durch § 157 gestellten Aufgabe überhaupt genügen will, er auch den ihm gewährten objektiven Auslegungsmaßstab benutzen und daher mittels dessen auch das zu ermitteln suchen und alsdann mitberücksichtigen muß, was die Parteien zwar nicht erklärt haben, was sie aber in Gemäßheit des gesamten Vertragszwecks dann erklärt haben würden, wenn sie den offengebliebenen Punkt in ihren Vereinbarungen ebenfalls geregelt haben würden und hierbei zugleich dem Gebot von Treu und Glauben gefolgt wären. Hätte das Gesetz nicht hierauf ein besonderes Gewicht gelegt, und hätte es dem Richter nicht mit § 157 überhaupt eine neue Aufgabe stellen wollen, dann hätte es sich mit der Auslegungsregel des § 133 begnügen dürfen und wäre der § 157 überflüssig. Hiernach ist aber im Ergebnisse anzunehmen, daß das Gesetz in § 157 dem Richter auch eine **ergänzende Tätigkeit** einräumt, während eine solche gemäß § 133 gerade grundsätzlich ausgeschlossen ist (vgl. § 133 A 1). Folgt man diesen Erwägungen, so gestaltet sich die Sache hier folgendermaßen: Ergibt sich im Einzelfalle, daß die Parteien innerhalb ihrer Vereinbarungen eine Lücke offengelassen haben, die, falls nicht der gesamte Vertragszweck mehr oder weniger gefährdet sein, oder der eine Vertragsteil einen ungebührlichen, ihm nicht zuzumutenden Nachteil erleiden soll, notwendig der Ausfüllung bedarf, dann wird sich der Richter die Frage vorlegen und beantworten müssen, wie die Parteien den fraglichen, ungeregelt gebliebenen Punkt dann geregelt haben würden, wenn sie ihn ausdrücklich hätten regeln wollen und hierbei nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verfahren wären. Voraussetzung ist dabei freilich immer, daß der Vertrag wirklich besteht, und daß es sich also nur um eine Lücke handelt, die, ohne die Entstehung des Vertrags überhaupt gemäß § 154 in Frage zu stellen, insofern als ausfüllbar erscheinen kann, als anzunehmen ist, daß beide Teile den fraglichen Punkt bei redlichem Verhalten übereinstimmend in der ermittelten Weise geregelt haben würden. Allerdings muß eine Lücke auch wirklich vorliegen, und sie muß sich

auch innerhalb der wirklich getroffenen Vereinbarungen zeigen, also innerhalb des abredegemäßen Vertragsgegenstandes selbst, während eine ergänzende Auslegung nicht dazu führen darf, den Vertragsgegenstand zu erweitern (RG 87, 211; hier hatte sich der Kläger vom Beklagten ein Wegerecht nur an einer ganz bestimmten Strecke ausbedungen, der Kläger wollte alsdann aber das Wegerecht vermöge ergänzender Auslegung auch noch an einer andern Strecke bewilligt haben). Keinesfalls darf ferner eine ergänzende Auslegung zur Abänderung oder Einschränkung des erklärten Vertragswillens führen; vielmehr bleibt der im Vertrage zum Ausdruck gekommene Vertragswille maßgebend (RG Warn 1916 Nr 157), und einem festgestellten Vertragswillen gegenüber kann auch eine Auslegung nach Billigkeit und nach der Verkehrssitte niemals Platz greifen (RG Warn 1916 Nr 241). Auch muß es sich um einen Punkt handeln, der der Regelung bedurfte, und es muß die Ergänzung in dem Vertragsinhalte auch eine Stütze als Richtlinie finden (RG 92, 420). Handelt es sich aber wirklich nur um eine ausfüllbare Lücke, dann ist es im übrigen gleichgültig, ob die Lücke deswegen entstanden ist, weil die Vertragsparteien die zu vermissende Regelung unbewußt oder bewußt unterlassen haben (letztere Methode wird im Geschäftsleben häufig genug befolgt), wie auch ferner, ob die Lücke als solche von Anfang an bestanden hat, oder ob sie sich erst nachträglich als Folge des weiteren Verlaufs der Dinge ergeben hat. Im letzteren Falle wird die zu beantwortende Frage die sein, wie würden die Parteien diesen Fall, wiederum nach dem Maßstabe des § 157 bemessen, dann geregelt haben, wenn sich für sie die Notwendigkeit der Regelung schon beim Vertragsschlusse herausgestellt hätte. Die Richtlinie für die Ergänzung bilden aber Treu und Glauben und der im Vertrage hinsichtlich der dort ins Auge gefaßten Verhältnisse ausgedrückte Parteiwille (RG 92 S. 320 und 420). — Die Auslegung im Sinne des § 157 stellt sich sonach alles in allem als ein von der wissenschaftlichen Bedeutung dieses Begriffes abweichendes, eigenartiges Rechtsgebilde dar, das im Interesse des Verkehrs die „Ergänzung des Parteiwillens durch Gesetz" zum Gegenstande hat (Prot 1, 625). Vgl. ferner RG 54, 387; 67, 434; 92, 320 und Warn 1912 Nr 289, wo ausgeführt ist, daß die in einem Vertrage nicht besonders geregelten Punkte dennoch als von der Vereinbarung umfaßt gelten müßten, sofern klar sei, daß sich die gegenteilige Annahme mit dem ausdrücklich Verabredeten in Widerspruch setzen würde; weiter JW 1912, 190[5], wo die Befugnis zur auslegungsweisen Ergänzung der Parteierklärungen, „falls die Parteien ihren Willen über diesen Punkt wirklich geäußert hätten", ausdrücklich anerkannt worden ist. Die Notwendigkeit einer Vertragsergänzung tritt überdies auch in sonstigen Fällen und unter andern Umständen zutage (vgl. § 154 A 1 und § 155 A 1). Der in § 157 ausgesprochene Grundsatz findet endlich auch in dem Rechtsgedanken seine Rechtfertigung, daß arglistig handelt, wer sich auf Grund eines Vertrags dem Vertragsgenossen gegenüber zu einem Verhalten berechtigt hält, welches mit Treu und Glauben unvereinbar ist. Von diesem Standpunkte aus dient ein Einwand aus § 157 zum Ersatze der vom BGB nicht aufgenommenen (aber von ihm doch anerkannten, RG 71, 435) exceptio doli generalis des gemeinen Rechtes (RG JW 04, 89[7]). — In Gemäßheit der dargelegten Rechtsgrundsätze ist inzwischen bereits eine große Anzahl von Entscheidungen gefällt worden. Vgl. außer den bereits aufgeführten Urteilen RG 60, 65; JW 1914, 296[2]; 1915 S. 87 u. 912[2]; 1918, 216[2]; Gruch 60, 989; 62, 653; ferner RG 11. 1. 18 V 297/17. In dem Urteile RG 95, 38 hat der II. ZS die Verwertung der ergänzenden Auslegung auch bereits in einem Falle für zulässig erachtet, wo es sich darum handelte, den Schuldner zu befreien, weil die nachträglich eingetretene Veränderung der Umstände seine Lage wesentlich erschwert hätte und ihm die weitere Erfüllung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden konnte. In der Tat bietet § 157, zumal in Verbindung mit § 242 — vgl. § 242 A 1 —, dem Richter eine sehr brauchbare und erfreuliche Handhabe, um der Billigkeit zum Siege zu verhelfen. Aber es ist auch darin Maß zu halten, um nicht hinwiederum zu einer Unbilligkeit begründeten Ansprüchen des Berechtigten gegenüber zu gelangen. Zu berücksichtigen ist daher bei der Auslegung gemäß § 157 das beiderseitige Interesse (RG 79, 438; 88, 416).

Die **Verkehrssitte** stellt keine Rechtsregel dar und erfordert keine rechtliche Grundlage; sie ist lediglich die den Verkehr der beteiligten Kreise beherrschende tatsächliche Übung (RG 49, 162; 55, 377; JW 06, 736[4]; Warn 1919 Nr 131). Die Verkehrssitte ergänzt das Gesetz und bindet im allgemeinen auch den, der mit ihrem Vorhandensein nicht vertraut war, ohne daß eine stillschweigende Vereinbarung zugrunde gelegt zu werden braucht; es muß vielmehr der Wille, sich der Verkehrssitte nicht zu unterwerfen, kundgetan sein (RG 69, 125; JW 07, 149; Gruch 53, 410; 59, 115). Vgl. auch § 242. Ob ein Verstoß gegen Treu und Glauben vorliegt, ist keine reine Tatfrage, sondern zugleich eine die Zulässigkeit der Revision begründende Rechtsfrage (RG JW 06, 457[9]). Vgl. auch hinsichtlich der Revisibilität § 133 A 3. Das Bestehen einer behaupteten örtlichen Verkehrssitte ist Gegenstand des Beweises wie jede andere Tatsache (RG 10. 11. 06 V 75/06). Es besteht auch keine Vermutung für die Fortdauer einer Verkehrssitte (RG JW 1914, 460[1]). Besteht eine allgemeine und

ausnahmslose Verkehrsauffassung über die Bedeutung von Rechtshandlungen, so genügt für die Auslegung im Zweifel die Bezugnahme auf jene Auffassung, wird aber eine Verkehrsauffassung nur als in der Regel, dagegen nicht als ausnahmslos bestehend angenommen, so bedarf es zur Feststellung des konkreten Vertragswillens der Parteien eines bestimmten Ausspruchs dahin, daß sich die Parteien die Regel als Richtschnur haben dienen lassen (RG 75, 338). Der Verpflichtung zur Auslegung darf sich der Richter nicht durch Verwendung von Beweisvermutungen entziehen (RG JW 1911 S. 87[5] u. 213[8]). Eine Regel dahin, daß Rechtsverzichte nicht zu vermuten seien, besteht im allgemeinen nicht; steht aber ein unentgeltlicher Verzicht in Frage, dann ist der etwaige Vertrag gegen den auszulegen, dem der Verzicht zum Vorteil gereichen würde (RG JW 1911, 1014[6]). Zu berücksichtigen ist eine Verkehrssitte oder ein Handelsgebrauch auch dann, wenn sie sich erst nach Abschluß des Vertrags gebildet hat (RG Warn 1916 Nr 69), und gemäß § 346 HGB ist eine Handelssitte auch dann maßgebend, wenn sie einer Partei unbekannt war (RG 95, 243).

2. Das **Anwendungsgebiet** des § 157 umfaßt Verträge aller Art und Gattung (§ 145 A 1); entsprechend aber auch vertragsähnliche Verhältnisse (wie beispielsweise die Auslobung) mit alleiniger Ausnahme der Fälle, wo die Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben und der Verkehrssitte ausdrücklich ausgeschlossen ist (RG 6. 10. 03 VII 208/03). Vgl. auch § 133 A 1 a. E. — Der § 157 greift nicht schlechthin bloß bei der Auslegung eines gegebenen Vertrags, sondern unter Umständen auch insoweit Platz, als es sich um die Frage handelt, ob ein Vertragsabschluß zustande gekommen ist. Dann namentlich, wenn nach Treu und Glauben zu beurteilen steht, ob Schweigen als Zustimmung gelten mußte, insbesondere falls der Erklärungsgegner, dem der andere Teil zu erkennen gegeben hat, daß er den Vertrag mit bestimmtem Inhalte als bereits geschlossen ansehe, nach Treu und Glauben hätte widersprechen müssen (RG 11. 4. 11 III 119/10). Vgl. ferner §§ 147 A 2 u. 151 A 2. Zur Wiederholung einer bereits abgegebenen Erklärung ist jedoch der Erklärende dann nicht verpflichtet, wenn der Gegner bei Abgabe seiner Erklärung nicht erwarten durfte, daß der Erstgenannte von seinem früher kundgegebenen Standpunkte abgehen werde (RG 29. 11. 10 II 61/10). Die allgemeinen Auslegungsgrundsätze der §§ 133, 157, 242 sind auch bei Strafgedingen, insbesondere solchen, die mit Konkurrenzverboten verbunden sind, anwendbar (JW 08, 476[4]; 1910, 279[3] und 934[2]; RG 28. 1. 19 VII 395/18; 1. 11. 19 V 178/19; vgl. auch § 133 A 1 Schlußabsatz).

3. **Einzelne Auslegungsgrundsätze:** Ein Vertrag darf nicht nach den einseitigen Interessen und dem bloß inneren Willen der einen oder der andern Partei ausgelegt werden; die Auslegung muß vielmehr unter Berücksichtigung der Interessen beider Teile und ihres erklärten Willens erfolgen (RG 79, 438; 88, 416). Gegen Treu und Glauben verstößt im allgemeinen nicht die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, worauf diese auch beruhen mag (RG Warn 1911 Nr 224). Aber vgl. § 125 A 1. Es gibt keinen Rechtssatz des Inhalts, daß eine Bestimmung, die nicht völlig klar ist, gegen den auszulegen sei, dem ein Recht eingeräumt worden ist (RG Warn 08 Nr 7); auch keinen des Inhalts, daß gewisse Verträge eng auszulegen sind (RG JW 08, 476[4]). Die Berücksichtigung von Treu und Glauben darf nicht zu einer Korrektur der in den gesetzlichen Grenzen getroffenen Vereinbarung führen, vielmehr findet sie ihre notwendige Begrenzung in der Sicherheit des Rechtsverkehrs und in dem obersten Grundsatze pacta sunt servanda. Die bloße Möglichkeit einer Härte macht einen Vertrag noch nicht zu einem auslegungsbedürftigen (RG JW 09, 169[20]). — Darüber, inwiefern bloße Voraussetzungen der Parteien, die nicht zur Geschäftsbedingung erhoben werden, zu berücksichtigen sind, vgl. § 119 A 1. Bei der Vertragsauslegung kann ein Unterschied zwischen Irrtum im Beweggrunde und Irrtum über den Erklärungswillen nicht gemacht werden (RG SeuffA 64 Nr 137). — Die Bedeutung von Rechtsgebräuchen für die Auslegung hängt nicht von dem Nachweise ab, daß sie der Partei bekannt waren; denn es ist die Vermutung begründet, daß die Ausdrücke und Wendungen so gemeint und verstanden waren, wie sie allgemein üblich sind (RG 69, 127, über die Klausel „netto Kasse gegen Faktura"; 95, 243; JW 07, 149; Gruch 53, 410). Zur Verkehrssitte gehören insbesondere Handelsgebräuche; der geheime Vorbehalt einer Partei, sie wolle sich einem Handelsgebrauche nicht unterwerfen, kann an dem Vertragsinhalte nichts ändern (RG JW 08, 688[25]). Bei Bestellung von Waren ist das maßgebend, was an dem Orte, wo die Bestellung erfolgt ist, unter den gebrauchten Ausdrücken verstanden wird (RG 1. 3. 07 II 367/06). Der bewußte Wechsel eines einmal angenommenen Rechtsstandpunktes mag die Einrede der Arglist begründen, nicht aber genügt dazu die Aufgabe einer irrtümlich angenommenen Rechtsanschauung (RG Gruch 50, 962). Eine in den persönlichen oder geschäftlichen Verhältnissen nachträglich eintretende Veränderung gibt zwar dem andern Teile regelmäßig (namentlich beim Kaufvertrage) nicht das Rücktrittsrecht; aber im einzelnen Fall kann es doch zutreffen, wenn nämlich die gesamten Umstände eine derartige Veränderung ergeben, daß die Lage des andern Teiles mit dem Vertragszwecke unvereinbar wäre, was nach den §§ 133, 157 zu beurteilen ist (RG 95, 38; JW 1913, 194[2]). — **Einzelne Fälle:** Die Klausel in einem Kaufvertrage

„wie besehen" oder „wie zu besehen" bedeutet in der Regel den Ausschluß der Haftung für Mängel, die bei ordnungsmäßiger Besichtigung erkennbar waren (RG 31, 162; Gruch 53, 176; Warn 1913 Nr 281); die Klausel „wie es steht und liegt" kann den Ausschluß der ädilizischen Haftung überhaupt bedeuten, was Sache der Auslegung ist (RG Gruch 63, 222). Der Stundungsvertrag wird im Zweifel als im Vertrauen auf eine gesicherte Vermögenslage des Schuldners geschlossen angesehen; daher Rücktrittsrecht des Gläubigers, wenn sich die Vermögenslage des Schuldners verschlechtert (RG JW 05, 168[5]; Warn 1912 Nr 6), z. B. dadurch, daß der Schuldner eine neue Schuld von erheblichem Betrage aufnimmt (RG SeuffA 64 Nr 220). Gestattet eine Stadtgemeinde den Betrieb einer Straßenbahn auf bestimmten Strecken, so ist die Zulassung von Wettbetrieben (nur) bei Vorliegen (Entstehung) eines dringenden Bedürfnisses statthaft (RG 10. 7. 05 VI 181/05). — Das Konkurrenzverbot ist im Zweifel nicht auf den Fall zu beziehen, wenn der Dienstherr seinem Angestellten ohne einen von diesem gegebenen gerechten Grund kündigt (RG 7. 6. 04 II 107/04; RG 59, 76 für den Fall, daß der Dienstherr dem Angestellten Grund zur Kündigung gibt). Vgl. auch Warn 1913 Nr 275. Der Verzicht auf Gewährleistung jeglicher Art schließt die Behauptung aus, daß nach der Verkehrssitte die Gewährleistung aus Schwammschäden vom Verzichte nicht umfaßt sei (RG 10. 2. 06 V 335/05), denn die bezeichnete Klausel ist klar und daher nicht auslegungsfähig. Die Abrede im Kaufvertrage, „dem Käufer sind die Mietverträge bekannt", hat zur Folge, daß sich der Käufer so behandeln lassen muß, als hätte er alle Verträge wirklich gekannt, so daß der § 439 Platz greift (RG 8. 4. 16 V 36/16). Eine Bestimmung im Kaufvertrage, daß das Grundstück „an NN. bzw. dessen von ihm zu benennenden Auftraggeber" verkauft worden, läßt die Auslegung zu, daß NN. der Käufer ist unter Vorbehalt des Rechtes für ihn, einen Dritten in den Vertrag eintreten zu lassen und auch die Auflassung von den Dritten fordern zu dürfen (RG 26. 11. 13 V 242/13). — Wer die Überschreitung der von ihm erteilten Vollmacht wissentlich fortgesetzt duldet, erteilt damit stillschweigend die entsprechend weitergehende Vollmacht (RG 8. 12. 05 VII 173/05). Bei der Bürgschaft (wie beim Garantievertrage im Sinne des § 538) besteht keine Pflicht zur Sorgfalt des Gläubigers; aber er darf seine Vertragsgenossen nicht dadurch schädigen, daß er gegen Treu und Glauben bestehende Sicherheiten aufgibt (RG 13. 7. 07 V 621/06). Bei einem Baugeldvertrage entspricht es regelmäßig der Vertragsabsicht, daß der Bauunternehmer die ihm bestellte Baugeldhypothek vor der Geldgabe abtreten darf, um sich so die Mittel zur Fortsetzung des Baues zu verschaffen, oder um sich für die ihm erwachsenen Bauforderungen zu befriedigen. Anderseits ist es nach der Verkehrsanschauung und nach Treu und Glauben der Regel nach unstatthaft, die Hypothek auch dann noch abzutreten, wenn der Schuldner auf die vollendete Bauausführung nichts mehr zu leisten hat (RG JW 1910, 755[17]). Wer Zahlung verspricht, wiewohl er die Leistung beanstandet, erklärt damit nach Treu und Glauben einen Verzicht auf die Bemänglung (RG 18. 12. 06 VII 88/06). Wenn ein Schuldner seinen Gläubigern die Verwertung seines Vermögens aufträgt, liegt in ihrem Beitritte zum Liquitationsverfahren nicht ohne weiteres ein Verzicht in Höhe des Ausfalls ihrer Forderungen, vielmehr ist der wahre Wille nach §§ 133, 157 zu ermitteln (RG JW 1911, 213[9]). Ein Bankier, der einem andern verspricht, die Schuld eines Dritten abzulösen, will damit regelmäßig unter Befriedigung des andern an dessen Stelle als neuer Gläubiger eintreten (RG JW 1912, 28[10]). Wer seine Willenserklärung anders aufgefaßt wissen will, als wie sie von der Allgemeinheit aufgefaßt wird, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, den andern über seine wahren Absichten aufzuklären; andernfalls haftet er nach Maßgabe der abgegebenen Erklärung so, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es fordern (RG JW 08, 4[3]; ferner JW 09 S. 489[10] u. 11, 90[8]); er kann nicht geltend machen, daß die seiner Erklärung gegebene Auslegung nicht seinem Willen entspreche. Vgl. § 155 A 1. Ist eine Erklärung klar und zweifelsfrei, so kann sie nicht deswegen umgedeutet werden, weil sie gegen Treu und Glauben verstößt (RG 82, 316). — Ein durch Unpünktlichkeit in der Zinszahlung entstehendes Kündigungsrecht erlischt nicht durch vorbehaltlose Annahme der nachträglichen Zahlung: kein Verstoß gegen Treu und Glauben (RG SeuffA 63 Nr 444). Verträge, in denen dem einen Teile unter gewissen Umständen ein sofortiges Kündigungsrecht oder die sofortige Fälligkeit bedungen ist, sind dahin auszulegen, daß der Berechtigte von seinem Rechte bei Verlust seines Erlöschens in angemessener Frist Gebrauch machen muß, damit nicht der Verpflichtete in einen besonders lästigen Schwebezustand gerät (RG 88, 145; Warn 08 Nr 283; 1918 Nr 201; JW 1915, 572[5]). Verwirkungsklauseln sind nur im Zweifel zugunsten des Verpflichteten auszulegen (RG 82, 54). Das Recht des Vermieters, einseitig den Vertrag aufzuheben, ist auf Grund der Vertragsbestimmung, daß ihm dies Recht bei Ausbleiben der Zahlung einer Mietrate (über 8 Tage hinaus) zustehen solle, dann gegeben, wenn der Mieter den Mietzins ganz oder wenigstens zu einem nicht ganz unerheblichen Teile in Rückstand gelassen hat (RG 82, 54). Vgl. ferner über die Auslegung von Verwirkungsklauseln §§ 357, 360. Die in einem Lieferungsvertrage enthaltene Streikklausel ist dahin zu verstehen, daß der Verpflichtete

von der Erfüllung nur dann befreit sein soll, wenn der Arbeiterausstand gerade den dem Vertrage zugrunde liegenden Geschäftszweig unmittelbar trifft (RG JW 1913, 87[1]). Die Einrede der Arglist im Falle arglistiger Täuschung entsteht aus § 157 selbständig, ohne daß es der Anfechtung des Geschäfts oder der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs bedarf (RG JW 04, 89[7] und RG 58, 356). Eine Verpflichtung des Dienstherrn gegenüber dem Angestellten, über ihn Auskunft zu erteilen, besteht nach der Verkehrssitte nicht (RG JW 1913, 195[3]). Über die Auslegung von Bestätigungsschreiben vgl. § 147 Anm. 2.

Derartige Klauseln, daß Ereignisse, wie Krieg, Streike, Betriebsstörungen, Force majeure, befreien sollen, setzen einerseits nicht voraus, daß das eingetretene Ereignis die Erfüllung (rechtzeitige Erfüllung) wirklich unmöglich macht, anderseits aber, daß der Eintritt des Ereignisses wirklich störend einwirkt, daß also auch zwischen dem Ereignisse und den Handlungen oder Unterlassungen ein ursächlicher Zusammenhang besteht (RG 90, 380; Warn 16 Nr 122). Nach der sogenannten Kriegsklausel ist der Krieg ohne weiteres als ein Ereignis anzusehen, das die Erfüllung unmöglich macht, gleichgültig, ob die Unmöglichkeit tatsächlich eingetreten ist oder nicht (RG 87, 92; Warn 1916 Nr 3, 4, 212, 215). Der Rücktritt kann gegebenenfalls nur in angemessener, im Streitfalle vom Richter zu bestimmender Frist wirksam ausgeübt werden (RG 88, 146; 91 S. 59 u. 109). Anderseits muß aber unter so außerordentlichen Umständen auch der andere Teil einer verspäteten Rücktrittserklärung gegenüber in angemessener Frist widersprechen, falls er nicht als zustimmend gelten soll (RG 88, 261). Eine auf Streitigkeiten „aus dem Vertragsverhältnisse" abgestellte Kriegsklausel ist nicht auf Ansprüche wegen unerlaubter Handlungen auszudehnen, mögen sie auch auf dem Boden des Vertrags erwachsen sein (RG JW 1918, 264[8]).

Über Auslegung von Klauseln „wie gesehen" oder „Kenntnis genommen" vgl. RG 84 S. 1 und 7; der Erfindungsklausel in einem Anstellungsvertrage RG 84, 49; der Vereinbarung einer Vertragsstrafe RG 85, 103; einer Bürgschaftserklärung RG 85, 327; eines Schiedsvertrags RG 88, 183; der Klausel „Kasse gegen Verladungsdokumente" RG 61, 348; 65, 185; „netto Kasse gegen Faktura" RG 69, 125; „rebus sic stantibus" bei Akzeptkredit RG 65, 185; betreffs der Klausel cif. § 269 Anm 4 und RG 87, 134; 90, 1.

Versicherungsverträge: Wird die Zahlung der ersten Prämie als Beginn für die Versicherung vereinbart, dann ist das dahin zu verstehen, daß das Recht des Versicherungsnehmers erst mit Zahlung der ersten Prämie erworben sein soll (RG 80, 144). Bei Unklarheiten von Versicherungsbedingungen sind diese gegen den Versicherer auszulegen (RG DJZ 10, 71). Auch unter der Herrschaft des BGB ist daran festzuhalten, daß die Verwirkungsabreden in Versicherungsverträgen im Zweifel den Vorbehalt für den Versicherten enthalten, daß er sich durch den Nachweis der Nichtverschuldung von der Verwirkung zu befreien vermag (RG 62, 190; 69, 175; 70, 44; 71, 440), und daß daher sein Anspruch gegebenenfalls nicht erlischt, wiewohl in der Abrede regelmäßig eine Ausschlußfrist enthalten ist (RG Gruch 54, 825 und JW 1911, 805[6]; Warn 1913 Nr 26, wo die Unterlassung der Prämienzahlung als eine nicht schuldhafte angesehen wird, wenn bisher die Prämie vom Agenten stets abgeholt worden war). Vgl. ferner § 6 und über die Folgen nicht rechtzeitiger Prämienzahlung (Befreiung des Versicherers von der Leistung) die §§ 38, 39 VersVG. Die auf Verletzung einer vertragsmäßigen Anzeigepflicht abgestellte Verwirkung tritt ebenfalls nicht ohne weiteres ein, sondern nur unter der Voraussetzung, daß eine schuldhafte Verletzung in Frage steht (RG 83, 43; Warn 1912 Nr 95). Schon leichte Fahrlässigkeit genügt aber zur Verwirkung des Anspruchs (RG Warn 1910 Nr 138). Die Verpflichtung zur Anzeige des eingetretenen Versicherungsfalls (§ 33 VersVG) hat der den Anspruch Erhebende, wenn dies im Vertrage (Lebensversicherungsvertrag) vorgesehen ist, daher kommt es ausschließlich auf sein Verschulden an, wenn diese Anzeigepflicht verletzt ist (RG Warn 1912 Nr 95), also nicht etwa auf ein etwaiges Verschulden des vom Anspruchsberechtigten verschiedenen Versicherungsnehmers bei Aufbewahrung der Police (RG Warn 1914 Nr 43). Bedient sich der Anzeigepflichtige zur Anzeige eines andern, dann greift § 278 nicht Platz, weil die Anzeigepflicht keine Verbindlichkeit dem Versicherer gegenüber, sondern nur eine Voraussetzung für das Recht auf Erhebung des Anspruchs darstellt (RG 83, 43; JW 09, 198[26]). Schon leichte Fahrlässigkeit genügt aber alsdann, die Befreiung nicht eintreten zu lassen (RG Warn 1910 Nr 138). Unentschuldbare unrichtige Beantwortung einer für den Entschluß des Versicherers erheblichen Frage macht dagegen die Versicherung für den Versicherer schon gemäß §§ 133, 157 unverbindlich (RG JW 1910, 193[23]). Bei der Lebensversicherung braucht der Versicherungsnehmer nur die in Hinsicht auf die Gefahrumstände gestellten Fragen zu beantworten; insoweit muß er aber auch etwaige erst nachträglich, indes noch vor dem Vertragsabschlusse eingetretene Umstände ohne weiteres anzeigen (RG Warn 1915 Nr 252 zu §§ 18 Abs 2, 16 VersVG). Für die unrichtige Beantwortung der im Formulare des Versicherungsantrags gestellten Fragen haftet der Versicherungsnehmer regelmäßig auch ohne besonderes Verschulden, und zwar auch dann, wenn der Agent des Versicherers die Antworten

abgefaßt und niedergeschrieben hat (RG 46, 184; Warn 1910 Nr 467). Dem Versicherungsnehmer ist solches jedoch dann nicht als Verschulden zuzurechnen, wenn er dem Agenten, der die selbständige Beantwortung von Fragen übernimmt, diese schlechthin überläßt, vorausgesetzt, daß es sich um solche Fragen handelt, die der Agent ebensogut und zuverlässig, je nach seiner Sachkunde noch zuverlässiger als er selbst beantworten kann (RG Warn 1910 Nr 264); oder wenn der Versicherungsnehmer durch den Agenten zu der unrichtigen Beantwortung veranlaßt worden ist, zumal wenn in den allgemeinen Versicherungsbedingungen auf den Agenten als Auskunftsperson verwiesen ist (RG Warn 1913 Nr 306 u. 307). Vgl. Gruch 1914, 467; JW 1919, 381[9], wonach die Gesellschaft für die Erklärung solcher Agenten einstehen muß. Die Gesellschaft haftet für die Erklärungen des Agenten insoweit, als dieser den Versicherungsnehmer über die Bedeutung der Versicherungsbedingungen aufklärt und belehrt (RG 86, 128; 73, 303; JW 1916, 122[10]). Vgl. ferner über die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers und demgegenüber betreffs des Rücktrittsrechts des Versicherers bei Verletzung der bezeichneten Pflicht die §§ 16ff. VersVG. Beweist der Versicherte, daß ihn wegen falscher Beantwortung einer Frage oder wegen verspäteter Anzeige kein Verschulden trifft, dann darf der Versicherer weder aus dem einen Grunde noch aus dem andern Rechte herleiten (RG JW 06, 145[23]; 1913 S. 274[17] u. 275[18]). Macht der Versicherer bei verspäteter Bezahlung der Prämie von der entsprechenden Vertragsbestimmung Gebrauch, so verstößt dies nur dann gegen Treu und Glauben, wenn sein früheres Verhalten in dem Versicherungsnehmer den Glauben erregen konnte, von der Klausel werde nicht Gebrauch gemacht werden (RG Warn 1910 Nr 486). Spricht der Versicherer den Wunsch aus, die Entschädigungsfrage bis zum Schlusse einer strafgerichtlichen Untersuchung aufzuschieben, so ist darin ein Verzicht auf die Verwirkungseinrede zu finden (RG JW 1910, 35[58]). Die Verwirkung tritt auch dann nicht ein, wenn ihr Eintritt schon mit der Vertragstreue und Billigkeit in Widerspruch stünde (RG JW 09, 198[20]). Der Versicherte kann von dem Versicherungsvertrage zurücktreten, wenn der Versicherer selbst unsicher wird, und daher auch im Falle der Verschmelzung der Gesellschaft mit einer andern, wenn dabei die Interessen der Versicherten nicht genügend gewahrt sind (RG 60, 56). — Enthält ein Unfallversicherungsvertrag die Bestimmung, daß der Unfall die „alleinige" („ausschließliche") Ursache für den Erfolg gewesen sein müsse, so ist als Vertragswille anzusehen, daß eine Verursachung des Schadens allein durch den Unfall dann nicht als vorliegend angenommen werden soll, wenn vor dem Unfalle eine krankhafte Veränderung des Klägers bestand, ohne welche die schädliche Folge überhaupt nicht eingetreten wäre; der Krankheitszustand muß alsdann als „mitwirkende Ursache" erachtet werden (RG Warn 09 Nr 444). Ist der Unfall nur infolge einer abnormen Veranlagung schädlich geworden, so kann er nicht als die alleinige Ursache der entstandenen Nachteile angesehen werden (RG Warn 1912 Nr 94). Als solche kann jedoch nicht schon eine nach dem natürlichen Verlaufe der Dinge, z. B. infolge des Alters eingetretene größere Empfänglichkeit gelten (RG 68, 67; JW 08 S. 346[36] u. 565[31]; Warn 09 Nr 126). Die Ausschlußfrist für die Unfallanzeige kann nicht beginnen, solange der Eintritt einer Verletzung dem Versicherten noch nicht erkennbar geworden ist (RG Gruch 54, 814). Der § 39 VersVG macht dem Versicherer unabänderlich zur Pflicht, bei Bestimmung der dort vorgesehenen Frist zugleich die Rechtsfolgen anzugeben, wie sie aus Abs 1 mit dem Fristablaufe verbunden sind, und eine ungenügende Fristsetzung ist unwirksam (RG 86, 27). Ungenügend ist auch die Erklärung etwa, der Versicherer werde im Falle des Verzuges den Vertrag als aufgehoben betrachten (RG 93, 82). — Ein betrügerisches Verhalten des von ihm zur Schadensermittlung bestellten Vertreters hat der Versicherungsnehmer zu vertreten (RG Warn 1914 Nr 109). — Die Bestimmung, daß bei Übergang des versicherten Betriebs auf einen andern dieser ohne weiteres in den Vertrag eintrete, kann einen Vertrag im Sinne des § 328 ergeben (RG Warn 1914 Nr 280). Gemäß § 69 Abs 1 VersVG und einer dieser Vorschrift gleichlautenden Vertragsbestimmung erlischt das Recht des Versicherungsnehmers auf die Brandversicherungssumme nicht schon dadurch, daß er die versicherte Sache verkauft, sondern erst dadurch, daß auch bereits die Übereignung erfolgt und der Erwerber hierdurch in den Vertrag eingetreten ist (RG 84, 409). — Auch bei Versicherungsverträgen gilt die Regel, daß die Bedingungen nur so gelten, wie sie vom Versicherten zu verstehen waren (RG Warn 1919 Nr 158). — Die Anwendbarkeit der die Haftung des Versicherers einschränkenden Kriegsklausel bei Lebensversicherungsverträgen verlangt nur, daß der Versicherte im Kriegsdienste tätig und hierdurch einer Erhöhung der seinem Leben drohenden Gefahren ausgesetzt ist, und dazu kann auch genügen, daß die Gefahr aus etwaigen Krankheiten gesteigert ist (RG 93, 84; hier war der Offizier in der Etappe an den Folgen einer Blinddarmoperation verstorben). — Ist im Vertrage die Haftung des Versicherers durch Klauseln, wie „Unfälle durch Erdbeben, durch Kriegsereignisse oder im mobilen Militärdienste, durch Unruhen", ausgeschlossen, dann muß zum Eintritte der Befreiung zwischen dem Unfalle und der Befreiung ein unmittelbarer Zusammenhang bestehen,

ein nur mittelbarer genügt nicht (RG Gruch 61, 778). Das gleiche gilt entsprechend bei der Seeversicherung betreffs der Klauseln „nur für Seegefahr", „frei von Kriegsverlust" (RG 89 S. 140, 143, 317). — Wegen veränderter Umstände ist dem Versicherungsnehmer ein Kündigungsrecht einzuräumen, falls mittels ergänzender Auslegung anzunehmen ist, daß der Genannte nur bei Fortdauer gewisser für das Vertragsverhältnis bedeutsamer Umstände an den Vertrag gebnden sein wollte (RG 60, 65; JW 1914, 296[2]; Gruch 60, 988). — Die Bestimmung des § 94 Abs 2 VersVG hat nicht die Bedeutung, daß der Versicherungsnehmer nach Ablauf eines Monats seit der Anzeige, falls sich sein Schaden ohne sein Verschulden nicht feststellen läßt, immer nur so viel fordern könne, als der Versicherer ihm zubilligen wolle (RG SeuffA 72 Nr 176). — Betreffs der Versicherung gegen Kriegsgefahr und des darauf beruhenden Verzögerungsschadens bei der Transportgefahr in Verbindung mit der Freizeichnungsklausel vgl. Warn 1919 Nr 109. Ist eine Versicherung in Gemäßheit der Kriegsklausel auf die in der Wegnahme, Beschädigung oder Zerstörung der versicherten Waren bestehende Kriegsgefahr abgestellt, dann bleibt die Entschädigungspflicht auf diese Fälle beschränkt, und sie kann nicht auch auf sonstige Fälle erweitert werden, wo ein das Gut betreffender Schaden unmittelbar auf den Krieg zurückzuführen ist, wie namentlich auf eine vom Feinde angeordnete Beschlagnahme (RG 81, 117; 90, 378; 96, 150).

Über **Revisibilität** s. § 133 A 3. Bei Nachprüfung der Auslegung der einem Versicherungsvertrage beigefügten allgemeinen Bestimmungen hat das Revisionsgericht eine freiere Stellung als sonst, um den Sinn der allgemeinen Bedingungen, weil diese für alle Verträge gleichmäßig gelten, selbständig feststellen zu können (RG 81, 117; Warn 1919 Nr 158). Die Frage, welcher Sinn einer Erklärung vom Vertragsgegner nach Treu und Glauben beigelegt werden konnte, ist eine Rechtsfrage (RG JW 1913, 593[4]; Warn 1919 Nr 131). Die Frage, ob eine behauptete Verkehrssitte besteht, ist eine der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogene Tatfrage, da es sich bei ihr nicht um eine Rechtsnorm, sondern nur um eine tatsächliche Übung handelt (RG Warn a. a. O.).

Vierter Titel

Bedingung Zeitbestimmung

1. **Bedingungen und Befristungen** ist gemeinsam, daß sie nicht zu den notwendigen Bestandteilen eines Rechtsgeschäfts gehören, daß sie jedoch, dem Rechtsgeschäfte beigefügt, zu dessen Bestandteilen werden. Nach den früher üblichen Einteilungen wurden sie nebst der Auflage dem Oberbegriffe „Nebenbestimmungen" unterstellt. Über die Auflage gibt das BGB nur noch bei einzelnen Rechtsgebilden, wie bei der Schenkung und bei letztwilligen Verfügungen, Sonderbestimmungen. Die Begriffe Bedingung und Zeitbestimmung sind vom Gesetze als bekannt vorausgesetzt. Das Nähere darüber unter §§ 158 u. 163.

2. **Eigentliche Bedingung** im Sinne des Gesetzes ist ausschließlich die einem Rechtsgeschäfte zugefügte Bestimmung, durch welche seine Rechtswirkungen von einem zukünftigen, ungewissen Ereignisse abhängig gemacht werden, sodann aber auch dieses Ereignis selbst. Als das die Bedingung darstellende künftige Ereignis können sowohl Handlungen wie Unterlassungen, und zwar sowohl der Parteien wie Dritter, wie auch sonstige Begebenheiten rein tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Art vorgesehen sein, und zwar die Leistung einer Handlung des einen Teiles sogar dann, wenn die Leistung selbst wegen ihrer Unbestimmtheit nicht klagbar sein würde (RG 28. 3. 01 VI 3/01). Sprachgebräuchlich wird das Wort Bedingung auch in Ansehung von bloßen Geschäftsbestimmungen verwendet, wie z. B. der: „Zahlung geschieht unter der Bedingung, daß die Übergabe erfolgt." Alsdann handelt es sich nur (RG 22. 2. 06 IV 409/05) um eine sog. Geschäftsbedingung, welche zum Inhalte des Geschäfts (der lex contractus) gehört, dagegen nicht dazu bestimmt ist, die Wirkung des Geschäfts in Frage zu stellen (RG JW 09, 453[5]). — Grundsätzlich verschieden von Bedingungen im Rechtssinne sind die bloßen **Voraussetzungen**. Über deren Bedeutung vgl. § 119 A 2 und RG 66, 132; 70, 86). — Ob der Eintritt des als Bedingung gestellten Ereignisses von der Willkür, sei es des Berechtigten, sei es des Verpflichteten — Willkürbedingung —, oder lediglich vom Gange der Dinge selbst — zufällige —, oder endlich von beiden Voraussetzungen abhängig sein soll — gemischte Bedingung —, ist für den Begriff Bedingung unwesentlich. Freilich muß es sich auch bei der Willkürbedingung um eine wahre Bedingung handeln, mithin darum, daß lediglich die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts von dem Eintritte oder Nichteintritte des Ereignisses abhängig gemacht ist (§ 158), nicht aber schon die Entstehung des Rechtsgeschäfts überhaupt. Bei Verträgen insbesondere darf also nicht schon die Bindung der Partei in die Willkür gestellt sein („si volam"), weil dann bereits das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts in Frage ge-

stellt wäre. Wohl aber ist es möglich, die Wirksamkeit des Vertrags derart auf den freien Willensentschluß einer Vertragspartei abzustellen („si voluero“, „si placuerit“), daß es demnächst allein von ihrer freien Entschließung abhängt, ob der Vertrag wirksam wird oder nicht (RG 94, 297), wie das beispielsweise zutrifft beim Kaufe auf Probe (§ 495) sowie bei Ausbedingung eines persönlichen Vorkaufsrechts (RG 69, 283; 77, 147); oder wenn zur Bedingung gestellt ist, daß der eine Teil eine bestimmte Erklärung abgeben werde (RG 67, 45). In diesem Falle hängt zwar die Ausübung des Rechtes von der Willkür des Berechtigten ab, eine Gebundenheit des bedingt Verpflichteten besteht aber sofort (RG 66, 132; Warn 09 Nr 67; 1911 Nr 147; Gruch 53, 411). Vgl. auch § 162 A 1.

Begrifflich bedeutungslos ist es ferner, ob die Bedingung zu ihrer Erfüllung eine Veränderung — bejahende (affirmative) Bedingung — oder eine Nichtveränderung des bestehenden Zustandes — verneinende (negative) Bedingung — voraussetzt. Zu bemerken ist endlich, insbesondere für die Fälle der unmöglichen und unsittlichen Bedingung, daß das BGB im allgemeinen keinen Unterschied macht, ob die Bedingung einem Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder einer letztwilligen Verfügung beigefügt worden ist (vgl. nur die Auslegungsregeln der §§ 2074, 2075).

3. Um eine **uneigentliche Bedingung** handelt es sich überall, wo die anscheinend als Bedingung gesetzte Tatsache an sich nicht geeignet ist, von ihrem Eintritt oder ihrem Ausbleiben die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts abhängig zu machen, oder wo die Beifügung die Rechtsbeständigkeit des Rechtsgeschäfts selbst beseitigt. Rechtlich möglich ist auch der Abschluß eines Verlöbnisses unter einer Bedingung oder Betagung; aber hier steht ebenfalls keine eigentliche aufschiebende Bedingung in Frage, vielmehr erlangt die Willenseinigung auch trotz der Beifügung sofort und unbedingt die gesetzlich vorgesehene Wirksamkeit mit den Rechtsfolgen aus den §§ 1298—1300 (RG 80, 88).

a) Steht es schon bei der Vornahme des Geschäfts fest, daß der als Bedingung gesetzte Fall nicht eintreten kann (unmögliche Bedingung), und ist sein Wirksamwerden gleichwohl vom Eintritte der Bedingung abhängig gemacht, so kann der (anscheinend) beabsichtigte Erfolg selbstverständlich überhaupt niemals eintreten; Nichtigkeit bei Verträgen gemäß § 306; indes vgl. § 308; ist dagegen die Beendigung der Wirksamkeit in der angegebenen Weise bedingt worden, so ist die Beifügung einer solchen Bedingung bedeutungslos. Wohl aber ist es zulässig, ein Ereignis zur Bedingung zu setzen, dessen Eintritt zur Zeit unmöglich ist, falls nur die Unmöglichkeit in der Folge, beispielsweise durch Änderung der Gesetzgebung, gehoben werden kann (M 1, 265 ff.; vgl. auch die §§ 306, 308).

b) Wird die Wirkung eines Rechtsgeschäfts von einem Ereignisse, das eintreten muß, abhängig gemacht — notwendige Bedingung —, so ist das Rechtsgeschäft in Wirklichkeit überhaupt nicht bedingt; soll die Wirkung bei Eintritt eines derartigen Ereignisses aufhören, so handelt es sich der Sache nach um einen Endtermin.

c) Unnütze Bedingungen, die für keinen Teil einen Vorteil begründen, können etwaig eine besondere Bedeutung insofern gewinnen, als sie die Ernstlichkeit des Geschäfts in Frage stellen. Sonst unterliegen sie den allgemeinen Grundsätzen von der Bedingung, insbesondere müssen auch sie nach dem Parteiwillen erfüllt werden. Das BGB gibt hierfür keine abweichende Regel.

d) Macht die Bedingung das Rechtsgeschäft zu einem unsittlichen (§ 138), oder gibt sie ihm auch nur teilweise einen unerlaubten Inhalt (§ 134), so ist das Geschäft ganz oder teilweise nichtig (§ 139).

e) An sich unverständliche Bedingungen — perplexe — sind geeignet, das ganze Rechtsgeschäft wegen mangelnder Bestimmtheit und Unklarheit zu vernichten.

Fremd ist dem Gesetze die hergebrachte **Einteilung der Bedingungen** in affirmative und negative, potestative, kasuelle und gemischte, notwendige, unmögliche und unnütze, perplexe, unerlaubte und unsittliche. Das Gesetz erachtet mit Recht Sonderbestimmungen in allen diesen Beziehungen für überflüssig. Denn handelt es sich um eine wirkliche Bedingung, so muß ohnehin überall dieser nämliche Rechtsbegriff Platz greifen; soweit es sich dagegen um uneigentliche Bedingungen handelt, reichen die sonstigen allgemeinen Rechtsgrundsätze für Beurteilung ihrer Wirkung aus. In jedem Falle ist die Frage, welchen Einfluß eine Bedingung auf die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts haben kann, nach dem Inhalte des ganzen Geschäfts zu beurteilen, mag dieses seine besondere Beschaffenheit auch erst durch die hinzugefügte Bedingung erhalten haben. Denn immer muß das Geschäft mit allen seinen Bestandteilen als ein einheitliches Ganzes betrachtet werden. So ist es auch möglich, daß ein Geschäft gerade durch die Hinzufügung der Bedingung eine solche Unbestimmtheit oder einen so unsittlichen Charakter annimmt, daß es sich aus solchem Grunde als ungültig darstellt.

Keine eigentliche Bedingung sind ferner: a) Die Wiederholung einer Rechtsbedingung (condicio juris), d. h. die Anerkennung einer an sich (oder vermeintlich) notwendigen gesetzlichen Voraussetzung für die Begründung des Rechtsgeschäfts; sie macht das Geschäft nicht zu einem bedingten, selbst wenn die Voraussetzung in Wirklichkeit nicht zutrifft (RG

JW 1912, 135[7]; Gruch 56, 119). b) Die auf die Vergangenheit oder die Gegenwart gestellte Bedingung — in praeteritum oder in praesens collata. In diesem Falle sind die Parteien zur Zeit nur im ungewissen darüber, ob das Ereignis eingetreten ist oder nicht, und es kann sich somit für künftig auch nur um ihre Aufklärung darüber handeln, ob das Geschäft zustande gekommen ist oder nicht.

4. Das Gesetz faßt bedingte oder befristete Rechte nicht als eine bloße Aussicht, als eine Anwartschaft, sondern als ein **bereits erworbenes Vermögensrecht** auf (RG 69, 421; Gruch 54, 1166). Das zeigt sich in der Übertragbarkeit und Vererblichkeit bedingter Rechte (§ 1922; betreffs bedingter Zuwendungen vgl. §§ 2074 ff.); ferner in ihrer Tauglichkeit, materiell als Grundlage für ein Nebenrecht wie Bürgschaft (§ 765 Abs 2) und Pfandbestellung (§§ 1113 Abs 2, 1204 Abs 2) und prozessual als Grundlage für einen Arrest (§ 916 Abs 2 ZPO), für die Feststellungsklage (§ 256) sowie für eine Klage auf künftige Leistung (§ 259 ZPO) zu dienen. Endlich kommt in Betracht, daß das bedingte und betagte Recht pfändbar (§ 844 ZPO) und im Konkurse sowie bei der Grundstücksversteigerung zu berücksichtigen ist (§§ 66, 67, 154, 168 KO; §§ 14, 48, 119, 120 ZVG). Demgemäß gehören derartige Rechte auch zur Konkursmasse.

5. Bei gewissen Geschäften ist **die Bedingung überhaupt unzulässig:** so bei der Aufrechnung (§ 388), der Auflassung (§ 925), nicht aber bei sonstigen abstrakten Rechtsgeschäften (RG Warn 1915 Nr 165), bei der Eheschließung (§ 1317), bei der Ablehnung der Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1484 Abs 2) und bei andern Rechtsgeschäften im Gebiete des Familien- und Erbrechts (§§ 1598, 1724, 1742, 1768, 1947, 2180 Abs 3, 2202 Abs 2). Eine unbedingte Erklärung erfordern auch die Anfechtung (RG 66, 153; vgl. aber § 143 A 1 Abs 1) und die Rücktrittserklärung die rein einseitige Kündigung (RG Warn 1915 Nr 103), die Mahnung, die Ausübung des Wiederkaufs- und Vorkaufsrechts, mit der Maßgabe jedoch, daß diese Erklärungen, die eine Bedingung nicht vertragen, rechtswirksam als eventuelle abgegeben werden können, also nur für den Fall, daß eine Tatsache gegeben sei oder nicht gegeben sei (vgl. RG 57, 101; 74, 5; 97, 171). Im übrigen ist die Zulässigkeit von Bedingungen die Regel. Auch die Einsetzung eines Nacherben ist unter der Bedingung zulässig, daß der Vorerbe nicht anders über den Nachlaß verfüge (RG 95, 279).

§ 158

[1]) Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung[2]) vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritte[3]) der Bedingung ein[4]).

Wird ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden[1]) Bedingung vorgenommen, so endigt mit dem Eintritte[3]) der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit diesem Zeitpunkte tritt der frühere Rechtszustand wieder ein[5—7]).

E I 128 ff. II 128; M 1 250 ff.; P 1 179 ff.

1. Über den Begriff Bedingung vgl. Vorbem 2, 3. Über die Eigenschaft des bedingten Rechtes als Vermögensrecht vgl. Vorbem 5. — Daß nach der Auffassung des Gesetzes nichts anderes als die **Wirkung des Rechtsgeschäfts** durch eine Bedingung betroffen wird, stellt der Wortlaut außer Zweifel. Der frühere Streit darüber, was als bedingt zu denken sei, ob der Wille oder der Erfolg, kann somit Bedeutung nicht mehr haben. Betrifft die Bedingung ausschließlich die Wirkung des sonst als rechtsbeständig zu denkenden Geschäfts, dann kann durch sie auch nichts anderes als der Beginn oder aber die Fortdauer der Wirkung in Frage gestellt sein. Demnach liegt eine **aufschiebende Bedingung** vor, wenn die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung (erst) mit ihrem Eintritte entsteht, eine **auflösende,** falls die Wirkung mit dem Eintritte der Bedingung aufhört. Ob nach der Parteiabrede die eine oder die andere Bedingung als gewollt anzunehmen, ist im Zweifel Sache der Auslegung (§§ 133, 157). Eine auflösende Bedingung ist auch in der Abrede enthalten, daß der eine Vertragsteil das Recht haben soll, bis zu einem bestimmten Zeitpunkte zurückzutreten (RG 9. 3. 10 I 167/09). Allgemeine Auslegungsregeln gibt das Gesetz nicht, wohl aber eine solche im Einzelfalle (§§ 455, 495, 2075).

2. Bei der **aufschiebenden** Bedingung besteht zwar das Rechtsgeschäft schon jetzt, der beabsichtigte Rechtserfolg kann jedoch noch nicht eintreten. Ist eine Forderung oder ein Recht nur bedingt übertragen, so steht die beabsichtigte dingliche Rechtsänderung einstweilen noch aus, und das Gläubigerrecht, das Eigentumsrecht usw. ist bei dem andern daher noch nicht entstanden. Ist ein bloßes Forderungsrecht unter einer aufschiebenden Bedingung begründet worden, so ist es auch noch nicht erfüllbar; die trotzdem gemachte Leistung kann somit nach

§ 812 zurückgefordert werden. Die unbedingte Abtretung einer aufschiebend bedingten Forderung ist selbst aber sofort wirksam, nicht erst mit Eintritt der Bedingung (RG 67, 425; Gruch 54, 1165).

3. **Eingetreten ist die Bedingung** — aufschiebende wie auflösende —, falls sich derjenige Tatbestand, der als Bedingung gesetzt worden, voll und ganz vollzogen hat, daher bei der bejahenden (Vorbem 2), sobald das Ereignis eingetreten ist; bei der verneinenden, sobald feststeht, daß es nicht eintreten kann (RG JW 1912, 135[7]). **Ausgefallen** ist die Bedingung, wenn sich der fragliche Tatbestand nicht mehr vollziehen kann; daher bei der bejahenden, sobald die Möglichkeit des Eintritts des fraglichen Ereignisses vereitelt ist; bei der verneinenden, sobald dasjenige Ereignis eingetreten ist (z. B. Verheiratung), von dessen Nichteintritt die Wirkung des Rechtsgeschäfts abhängig gemacht worden ist. Ein Zwang auf Erfüllung einer Bedingung besteht niemals. „Die Bedingung zwingt nicht", wie die Auflage es gerade tut. Ausnahmsweise soll nach § 2076 die einer letztwilligen Verfügung beigefügte Bedingung auch dann schon als erfüllt gelten, wenn sich der Tatbestand deswegen nicht hat verwirklichen lassen, weil der Dritte, dessen Mitwirkung dazu erforderlich gewesen wäre, diese versagt hat; vgl. ferner § 162. Besteht die Bedingung in einer Handlung des Verpflichteten, so überträgt sich die Erfüllungsmöglichkeit auf seine Erben (Vorbem 4). Die Zeit der Erfüllbarkeit muß stets erkennbar sein; andernfalls wäre das ganze Geschäft wegen Unbestimmtheit ungültig (RG 27. 2. 06 VII 308/05), soweit nicht die Lücke durch richterliche Entscheidung ausfüllbar ist; vgl. § 315. — Bis zum Eintritte der Bedingung besteht ein S c h w e b e z u s t a n d. Über die verbindlichen Beziehungen zwischen den beiden Beteiligten während des Schwebezustandes vgl. die §§ 160, 161.

4. Der **Eintritt** der **aufschiebenden Bedingung** hat den **Eintritt der Wirkung des Rechtsgeschäfts** zur Folge, und zwar vom Zeitpunkte des Eintritts ab (§ 159). Das vom Berechtigten zuvor nur bedingt erworbene Recht ist nunmehr zu einem unbedingten geworden. Hatte also die Übertragung der veräußerten Forderung, die Übergabe der Sache bereits stattgefunden, so bedarf es, um den Erwerb zu einem endgültigen zu machen, auch nicht mehr eines weiteren Übertragungsakts (RG 54, 341; JW 08, 270[3]). Das zum Zwecke der Vertragserfüllung vor Eintritt der Bedingung Geleistete kann jetzt nicht mehr zurückgefordert werden. **Fällt dagegen die Bedingung aus,** so verliert das Geschäft jede Wirksamkeit und der Erwerber auch jede Rechtsanwartschaft; die ihm übergebene Sache, die ihm übertragene Forderung hat er fortan ohne Rechtsgrund hinter sich, und die Rückforderung kann sowohl mit der dinglichen Klage wie mit dem Bereicherungsanspruche nach Satz 2 § 812, wie endlich auch mit der Vertragsklage erfolgen. Denkbar ist es freilich, daß die Parteien das dingliche Vollzugsgeschäft, z. B. die Übergabe der Kaufsache auch dann unbedingt vornehmen, wenn das Schuldverhältnis ein bedingtes war. In dem Falle bleibt das dingliche Geschäft vom Schicksale des Schuldverhältnisses unberührt, und bei Ausfall der Bedingung verbleibt der Erwerber daher in dem ihm übereigneten Rechte, so daß der Veräußerer jetzt auf die Rückforderung aus § 812 und auf die Vertragsklage gewiesen ist (vgl. § 125 A 1c).

5. Bei der **auflösenden Bedingung** liegt die Sache umgekehrt wie bei der aufschiebenden: Die dingliche Rechtsänderung entsteht sofort; der Veräußerer büßt somit das unter einer auflösenden Bedingung veräußerte Recht sogleich ein, während auf der andern Seite der Erwerb schon jetzt erreicht ist. Tritt aber die Bedingung ein, so e n d i g t damit die W i r k u n g des Rechtsgeschäfts, und zwar kraft Gesetzes sogleich, und es t r i t t nunmehr ohne weiteres, und zwar von jetzt ab, der f r ü h e r e R e c h t s z u s t a n d w i e d e r ein (§ 159). Das Forderungsrecht, oder gegebenenfalls das Eigentumsrecht, verliert also der Erwerber, und es entsteht jetzt wiederum beim Veräußerer. Diese Wirkung ist eine d i n g l i c h e und zeigt sich daher nicht nur im Verhältnisse der unmittelbar Beteiligten untereinander, sondern auch Dritten gegenüber (vgl. das Nähere hierüber bei § 161). Der Veräußerer kann fortan wieder die Eigentumsklage geltend machen und bei eingetragenen Rechten (RG JW 08, 270[3]) die Berichtigung des Grundbuchs verlangen gemäß § 894. Einer Übertragungshandlung, um die Forderung, das Recht dem Veräußerer als bedingt Berechtigtem zurückzugewähren, bedarf es nicht. Der Veräußerer ist materiell auch n i c h t R e c h t s n a c h f o l g e r des bedingt Verpflichteten (vgl. über die prozessuale Frage § 161 A 4); denn der Rückerwerb des Rechtes vollzieht sich unmittelbar allein zufolge des Eintritts der Bedingung. Das alles gilt freilich nur unter der Voraussetzung, daß nicht allein das Schuldverhältnis, sondern auch das dingliche Vollzugsgeschäft nach der Absicht der Parteien auflösend bedingt sein sollte. Andernfalls bliebe das letztere trotz Eintritts der Bedingung wirksam und die Rückgewährung könnte nur mit der persönlichen Klage gefordert werden (vgl. § 125 A 1 b). — F ä l l t die B e d i n g u n g a u s, so wird damit das Recht des auflösend Verpflichteten ein endgültiges.

6. Bei der **Übereignung von Grundstücken** durch Auflassung besteht die Besonderheit, daß dem Übereignungsgeschäfte selbst eine Bedingung überhaupt nicht beigefügt werden kann, weil nur eine unbedingte Auflassung zulässig ist (§ 925). Die Wirksamkeit der Eigen-

tumsübertragung kann hier daher höchstens mittelbar von einer Bedingung abhängig gemacht werden, nämlich nur insofern, als dem etwaigen Grundgeschäfte eine Bedingung hinzugefügt wird, woraus allerdings immer nur eine Verpflichtung oder anderseits Berechtigung persönlicher Art entstehen kann (RG 57, 96; 70, 55; vgl. § 125 A 1 b). Abgesehen davon bietet den Parteien eine Aushilfe die Vormerkung. Der Verkäufer eines Grundstücks läßt sich beispielsweise das Recht auf Rückauflassung des dem Käufer aufgelassenen Grundstücks für den Fall des Ausfalls der aufschiebenden oder für den Fall des Eintritts der auflösenden dem Vertrage beigefügten Bedingung eintragen (§ 883). Diese Vormerkung hat alsdann dingliche Wirkung und schützt den Verkäufer auch Dritten gegenüber.

7. **Die Beweislast.** a) Wer den Eintritt einer auflösenden Bedingung behauptet und daraus einen Anspruch herleitet (z. B. auf Rückgabe der bedingt veräußerten Sache), hat damit mittelbar zugegeben, daß das Recht oder die Forderung des Gegners vormals wirksam entstanden war, und macht demgegenüber nur geltend, daß das Recht, der Anspruch des Gegners, wieder erloschen sei. Demgemäß liegt ihm der Beweis ob, aber nicht nur für den Eintritt der angeblich als Bedingung gestellten Tatsache, sondern auch dafür, daß die Bedingung als solche gesetzt war. Wird dagegen ein Anspruch (auf Gewährung der Kaufsache) aus einem angeblich unbedingten Rechtsgeschäfte erhoben und vom Gegner alsdann eingewendet, das Rechtsgeschäft (der Kauf) sei auflösend bedingt abgeschlossen und durch Eintritt der Bedingung inzwischen wieder unwirksam geworden (etwa durch die als Bedingung gestellte Enteignung), dann hat der Gegner (der Verkäufer) die volle Beweislast, weil er eine rechtszerstörende Tatsache geltend macht (RG 28, 144).

b) Wird von dem auf Erfüllung eines Rechtsgeschäfts in Anspruch Genommenen behauptet, das Rechtsgeschäft sei nur unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossen worden und sei noch nicht wirksam geworden, so ist damit die Entstehung eines Geschäfts überhaupt eingeräumt, anderseits aber verneint, daß das Geschäft so zustande gekommen sei, wie es gegenteils als ein unbedingtes geltend gemacht wird, und insbesondere wird geleugnet, daß es schon Wirksamkeit erlangt habe (RG 18, 158; 29, 119; 68, 307). Demzufolge muß der Fordernde, der die derzeitige Wirksamkeit des Geschäfts geltend macht, indem er den bedingten Abschluß bestreitet und vielmehr unbedingten Abschluß behauptet, beweisen, daß das Geschäft mit einem Inhalte zustande gekommen ist, der eine Bedingung nicht enthält oder wenigstens nicht erkennen läßt (RG 18, 157; 29, 119; 68, 307; JW 1919, 304[3]; Warn 1918 Nr 72). Zieht der Kläger indessen vor, die ihm entgegengesetzte Behauptung des Gegners nicht zu bestreiten, dann muß er beweisen, daß die Bedingung eingetreten ist. Anders gestaltet sich die Sache, wenn der Beklagte etwa einwendet, daß eine Bedingung erst nach dem Hauptgeschäfte verabredet sei. Hier handelt es sich um die Erhebung eines selbständigen Einwandes, die den Beklagten beweispflichtig macht. Vgl. § 154 A 3. Die Entscheidung RG Gruch 51, 828 vertritt den Grundsatz, daß hinsichtlich der Beweislast bei bedingten Geschäften auch auf dem Boden des BGB an der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts festzuhalten sei. Es handelte sich in jener Sache um eine aufschiebende Bedingung.

§ 159

Sollen nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts die an den Eintritt der Bedingung geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden, so sind im Falle des Eintritts der Bedingung die Beteiligten verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären[1]).

E I 130 II 129; M 1 254 ff.; P 1 180 ff.

1. Diese Bestimmung bringt zum Ausdrucke, daß dem Eintritte der Bedingung an sich eine **rückwirkende Kraft versagt** ist, und zwar sowohl bei der auflösenden wie bei der aufschiebenden (RG 77, 190). Das will besagen, daß dasjenige Ergebnis, welches durch den Eintritt der Bedingung entsteht, erst in dem Zeitpunkte als eingetreten zu gelten hat, in dem die Bedingung sich erfüllt hat, und nicht bereits im Zeitpunkte des Geschäftsabschlusses. Denn das Gesetz macht die Zurückziehung der an den Bedingungsfall geknüpften Folgen ausdrücklich von dem Inhalte des Rechtsgeschäfts abhängig, mithin nicht schlechthin von dem Eintritte der Bedingung, sondern davon, daß die Zurückbeziehung rechtsgeschäftlich vereinbart worden ist, wie auch der § 158 in Abs 1 u. 2 nur von der mit dem Eintritt der Bedingung eintretenden oder endigenden Wirkung, nicht aber von einer Zurückwirkung spricht. Ist also beispielsweise Folge der auflösenden Bedingung, daß das Eigentum des bedingt Verpflichteten aufhört und der bedingt Berechtigte wieder Eigentümer ist, so äußern sich doch die Wirkungen dieser Rechtsänderung erst seit den Zeitpunkte des Eintritts der Bedingung und nicht schon von dem des Geschäftsabschlusses ab. Daß eine Zurückwirkung stattfinden soll, setzt

eben nach dem Gesetze eine entsprechende Vereinbarung voraus, und demnach begründet eine solche auch nur einen Anspruch auf Herstellung desjenigen Zustandes, der dann eingetreten wäre, wenn sich die Wirkung der Bedingung bereits im Zeitpunkte des Vertragsabschlusses erfüllt hätte. Denn auch die Abrede der Rückwirkung hat nach dem Gesetze nicht die Tragweite, daß das schließlich gewollte Ergebnis nunmehr ohne weiteres eintritt (z. B. das Eigentum an den Früchten demjenigen ohne weiteres zufällt, dem kraft Eintritts der Bedingung nunmehr das Eigentum an der Sache zusteht). Vielmehr sollen die Beteiligten nur persönlich verpflichtet sein, einander das zu gewähren, was sie haben würden, wenn die Folgen schon in „dem früheren Zeitpunkte" eingetreten wären. Mithin keine dingliche Rückwirkung. Vgl. § 141 A 3 und anderseits § 142 A 1; ferner RG 59, 371; 68, 276. Welcher Zeitpunkt schließlich der maßgebende sein soll, entscheidet sich ebenfalls lediglich nach dem Inhalte der Abrede. Von der Frage, ob der Eintritt der Bedingung zurückwirken soll oder nicht, hängt insbesondere ab, welchem Teile die Früchte der Zwischenzeit seit der Errichtung des Rechtsgeschäfts bis zum Eintritte der Bedingung gebühren, und wer die Gefahr während dieser Schwebezeit zu tragen hat. Von der Rückwirkung gegenüber Zwischenverfügungen handelt § 161, wo sie an und für sich angenommen wird.

§ 160

Wer unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem anderen Teile verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt[1]).

Den gleichen Anspruch hat unter denselben Voraussetzungen bei einem unter einer auflösenden Bedingung vorgenommenen Rechtsgeschäfte derjenige, zu dessen Gunsten der frühere Rechtszustand wiedereintritt[1]).

E I 134 II 130; M 1 258 ff.; P 1 183 ff.

1. **Schadensersatzanspruch des bedingt Berechtigten.** Der bedingt Berechtigte ist während des Schwebezustandes (§ 158 A 2, 3, 5) nicht in der Lage, seinerseits solche Vorkehrungen zu treffen, daß ihm eintretendenfalls bei einer aufschiebenden Bedingung das zu erwerbende Recht und bei einer auflösenden Bedingung das zurückzuerwerbende Recht auch wirklich, und zwar ungeschmälert, zuteil wird und überhaupt zuteil werden kann; denn er hat rechtlich keine Möglichkeit, auf die Erhaltung der Sache oder des Rechtes unmittelbar einzuwirken. Während ihm nun als prozessuale Sicherheitsmittel der Arrest und die einstweilige Verfügung zur Seite stehen, nach § 259 ZPO auch eine Klage auf künftige Leistung zulässig ist (RG 51, 243), sorgt der § 160 dafür, daß der bedingt Berechtigte jedenfalls schadlos gestellt wird, wenn der Verpflichtete es während des Schwebezustandes schuldhaft verursacht, daß der bedingt Berechtigte eintretendenfalls nicht das erlangt, was er hat erlangen sollen (RG JW 1912, 135[7]). Nach § 160 haftet daher der Verpflichtete gegebenenfalls sowohl für schuldhafte (§ 276) positive Handlungen, sei es tatsächlicher, sei es rechtlicher Art, wie für vertretbare Unterlassungen auf Ersatz des vollen dem Berechtigten dadurch verursachten Schadens. Die Durchführung des Anspruchs regelt sich nach den §§ 249 ff. Die Gefahr des Zufalls trägt dagegen der bedingt Berechtigte. Er muß von vornherein damit rechnen, daß ihm sein Recht während der Schwebezeit durch zufällige Ereignisse vereitelt werden kann (§ 446 A 8). Hinsichtlich des Sonderfalls, daß dem bedingt Berechtigten oder aber Verpflichteten das Recht durch dingliche Verfügung schon übertragen war, vgl. § 161 A 1.

§ 161

Hat jemand unter einer aufschiebenden Bedingung über einen Gegenstand verfügt, so ist jede weitere Verfügung, die er während der Schwebezeit über den Gegenstand trifft, im Falle des Eintritts der Bedingung insoweit unwirksam, als sie die von der Bedingung abhängige Wirkung vereiteln oder beeinträchtigen würde[1]). Einer solchen Verfügung steht eine Verfügung gleich, die während der Schwebezeit im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt[2]).

Dasselbe gilt bei einer auflösenden Bedingung von den Verfügungen desjenigen, dessen Recht mit dem Eintritte der Bedingung endigt[1]).

Die Vorschriften zugunsten derjenigen, welche Rechte von einem Nichtberechtigten herleiten, finden entsprechende Anwendung[3]) [4]).

E I 135 II 131; M 1 259 ff.; P 1 184; G 129 ff., 133.

1. **Zweck des Gesetzes ist der Schutz des bedingt Berechtigten gegenüber nachträglichen Verfügungen des bedingt Verpflichteten.** Während der § 160 den Berechtigten nur schadlos halten will, wenn sein Rechtserwerb durch irgendwelche Maßnahmen des bedingt Verpflichteten beeinträchtigt oder vereitelt wird, bezweckt der § 161, dem Berechtigten den Rechtserwerb (Abs 1), oder im Falle auflösender Bedingung die Möglichkeit des Rückerwerbs (Abs 2), soweit beide durch Zwischenverfügungen des bedingt Verpflichteten gefährdet werden könnten, überhaupt zu sichern. In Abs 1 hat das Gesetz dabei den Fall vor Augen, daß über den Gegenstand des Rechtserwerbs zugunsten des aufschiebend bedingt Berechtigten bereits dinglich verfügt (z. B., daß ihm die Kaufsache übergeben) war, so daß es für ihn zur endgültigen Erlangung des Rechtes nur noch des Eintritts der aufschiebenden Bedingung bedürfte, und daß er mit diesem Vorgange das Recht auch wirklich unbedingt erwerben würde. Abs 2 sodann betrifft den Fall, daß der bedingt Berechtigte das auf den bedingt Verpflichteten unter einer auflösenden Bedingung übertragene Recht bei Eintritt der Bedingung unter gewöhnlichen Umständen ohne weiteres zurückerwerben würde. Die Gefahr aber, daß der (bedingungsweise) vorgesehene Rechtserfolg (dort der Erwerb, hier der Rückerwerb) vereitelt werden könnte, erblickt das Gesetz in der Möglichkeit, daß der bedingt Verpflichtete vor Eintritt der Bedingung den Gegenstand des Rechtserwerbs mit der Wirkung noch auf einen andern übertragen könnte, daß hierdurch der Erwerb, bzw. der Rückerwerb, von seiten des bedingt Berechtigten auch im Falle des Eintritts der Bedingung ausgeschlossen sein würde. Denn das Recht, das jener andere inzwischen erworben hätte, bliebe an und für sich vom Eintritte der Bedingung um deswillen unberührt, weil das Gesetz dem Eintritte der Bedingung rückwirkende Kraft versagt (§ 159), und weil es dem bloßen Recht zur Sache, auf das der bedingt Berechtigte während des Schwebezustandes beschränkt ist, einen Schutz grundsätzlich nicht gewährt. Um nun dem bedingt Berechtigten gegebenenfalls trotzdem den Rechtserwerb zu ermöglichen, hat das Gesetz zu einem besonderen Mittel gegriffen. Von dem allgemeinen Rechtsgedanken ausgehend „resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum“, stellt das Gesetz den Grundsatz auf (vgl. anderseits Abs 3), daß unter den erörterten Voraussetzungen die nachträgliche, zugunsten eines Dritten getroffene dingliche Verfügung im Falle des Eintritts der Bedingung **insoweit unwirksam** ist, als die Verfügung den Rechtserwerb auf seiten des bedingt Berechtigten beeinträchtigen oder vereiteln würde. Naturgemäß kann übrigens der Fall des Abs 1 nur dann gegeben sein, wenn der bedingt Verpflichtete trotz der bereits erfolgten Übertragung des Rechtes auf den bedingt Berechtigten überhaupt noch in der Lage verblieben ist, über das Recht nochmals weiter verfügen zu können. Das würde zwar ausgeschlossen sein, sofern die Sache dem bedingt Berechtigten bereits übergeben wäre und die weitere Rechtsübertragung wiederum durch körperliche Übergabe erfolgen müßte, würde dagegen möglich sein im Falle der weiteren Rechtsübertragung mittels einer Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 931, ferner überall bei Abtretungen von bloßen Forderungen. Das praktische Ergebnis des § 161 wäre sonach im Einzelfalle folgendes: Wenn A die dem B unter einer aufschiebenden Bedingung veräußerte (bewegliche) Sache während der Schwebezeit nochmals, und zwar an C veräußert (§ 931), so ist bei Eintritt der Bedingung diese zweite Verfügung des A zugunsten des B unwirksam; ist anderseits die Veräußerung an B unter einer auflösenden Bedingung erfolgt, und veräußert demnächst B die Sache während der Schwebezeit an C, dann ist eintretendenfalls dieses Veräußerungsgeschäft des B zugunsten des A unwirksam. C stünde mithin in beiden Fällen dem bedingt Berechtigten gegenüber nicht anders, als hätte er das Recht niemals erworben (soweit freilich nicht gutgläubiger Erwerb nach Abs 3 in Frage käme). — Nach der weiteren Regelung des Gesetzes tritt indessen **die Unwirksamkeit** der Verfügungen des dinglich Verpflichteten gegebenenfalls nicht nur (wie im Falle des § 135) zugunsten des Berechtigten ein, sie besteht vielmehr **jedem gegenüber** (RG 76, 91), insbesondere auch gegenüber dem weiteren Rechtsnachfolger des Dritterwerbers, da der letztere gegebenenfalls auch schon seinerseits ein Recht nicht wirksam erlangt hätte — freilich überall mit der aus Abs 3 sich ergebenden Beschränkung. Da anderseits jedoch die Verfügung nach der vorliegenden Bestimmung nicht nichtig, sondern nur unwirksam ist, und zwar lediglich im Interesse des bedingt Berechtigten, so folgt, daß auch hier (wie bei § 135) die Grundsätze von der Genehmigung und Einwilligung Platz greifen können (RG 76, 91), insbesondere aber in entsprechender Anwendung auch die Regel des § 185, nach welcher die Verfügung eines Nichtberechtigten durch die nachträgliche Zustimmung des Berechtigten wirksam wird. Vgl. unten §§ 183—185 (RG Warn 1914 Nr 126, wo § 161 auch für den Fall anzuwenden ist, daß ein Vorerbe ohne Zustimmung des Nacherben über ein Grundstück verfügt). Da endlich aber die Unwirksamkeit der Zwischenverfügung immer nur insoweit eintreten soll, als dies im Interesse des Berechtigten erforderlich ist, so versteht es sich von selbst, daß die Verfügung im übrigen wirksam bleibt. Ist beispielsweise jemand nur ein Recht an fremder Sache (Pfandrecht) bedingt eingeräumt worden, so bliebe die spätere Übereignung der Pfandsache an einen Dritten wirksam, da durch sie das Pfandrecht nicht berührt würde.

Über das Verhältnis zwischen Veräußerungsverbot und Bedingung vgl. § 137 A 5. In Betracht dessen, daß der Eintritt der Bedingung gemäß § 158 unmittelbar kraft Gesetzes wirkt, nicht aber in Eigenschaft einer rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung, ist die Bedingung auch eintragungsfähig. Im Falle der Auflassung kann nur die Eintragung einer Vormerkung helfen gemäß § 883 (§ 158 A 6).

2. Vgl. § 135 Abs 1 Satz 2 (RG 59, 92; Gruch 54, 1166).

3. Die Grundsätze vom **gutgläubigen Erwerbe** (§§ 892, 893, 1032, 1207) finden zugunsten des Dritten (A 1) dahin Anwendung, daß, wenn der Dritte hinsichtlich der Gebundenheit des bedingt Verpflichteten im guten Glauben war (§ 932 Abs 3), sein durch die Zwischenverfügung des bedingt Verpflichteten erlangter Rechtserwerb auch dann wirksam bleibt, wenn die Bedingung zugunsten des bedingt Berechtigten eintritt. In den A 1 gegebenen Beispielen würde also der gutgläubige C. das ihm von A bzw. von B übertragene Recht behalten, auch wenn diese Rechtsübertragung wegen Eintritts der Bedingung im Falle aufschiebender Bedingung zugunsten des B, und im Falle auflösender Bedingung zum Vorteile des A nach den Grundsätzen von Abs 1 u. 2 an sich unwirksam sein müßte (vgl. § 135 A 4).

4. **Prozeßführung** bedeutet keine Verfügung (vgl. Vorbem 7 vor § 104). Gemäß § 325 ZPO wirkt jedoch ein Urteil, das gegenüber demjenigen ergeht, der ein Recht unter einer auflösenden Bedingung erworben hat, auch für und gegen seinen Vorgänger, falls dieser das Recht nach Eintritt der Rechtshängigkeit zurückerwirbt, da insoweit das Bestehen einer Rechtsnachfolge gemäß § 325 ZPO anzunehmen ist. Denn als Rechtsnachfolger ist jedesmal der gegenwärtige Inhaber desjenigen Rechtes zu verstehen, welches vorher der Kläger oder der Beklagte innegehabt hatte, gleichgültig ob er dieses Recht im Wege der Ableitung von dem Rechte des Vorgängers oder auf ursprüngliche (originäre) Weise erworben hat (RG 40, 339; a. A. Staudinger A 3).

§ 162

Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil er gereichen würde, wider Treu und Glauben verhindert, so gilt die Bedingung als eingetreten[1]).

Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Vorteil er gereicht, wider Treu und Glauben herbeigeführt, so gilt der Eintritt als nicht erfolgt[1])[2]).

E I 136 II 132; M 1 262 ff.; P 1 184; 6 133 ff.

1. **Arglistiges Verhalten des bedingt Berechtigten oder bedingt Verpflichteten.** Abs 1 stellt eine Fiktion zugunsten desjenigen auf, dem der Eintritt der Bedingung, Abs 2 zugunsten desjenigen, dem das Ausbleiben der Bedingung vorteilhaft wäre. Im ersten Falle soll die Bedingung als eingetreten, im zweiten als nicht eingetreten gelten, wenn der Gegner wider Treu und Glauben dort ihren Eintritt vereitelt, hier ihn herbeigeführt hat, was nach den Umständen des Falles zu beurteilen ist (§ 157; RG 53, 257; 79, 98; 88, 4). Gegebenenfalls kann daher der Berechtigte auch die Erfüllung des Vertrags fordern; demgemäß kann er aber auch, wenn der Eintritt der Bedingung schon zur Zeit des Vertragsabschlusses unmöglich war und er hierüber durch den bedingt Verpflichteten arglistig getäuscht worden, statt des negativen Schadens das positive Vertragsinteresse geltend machen (RG Warn 1915 Nr 200). Ist die Wirksamkeit eines Vertrags von einem Ereignisse abhängig gemacht, dessen Eintritt von dem Willen des bedingt Verpflichteten an sich unabhängig war, dann entspricht es nicht Treu und Glauben, wenn er eine Tatsache herbeiführt, die ihm bewußt dazu angetan ist, die Bedingung zu vereiteln (RG JW 1912, 188[3]) oder auch nur ihren Eintritt zu erschweren (RG 66, 226). Ein Fall des § 162 liegt beispielsweise auch dann vor, wenn der Verkäufer den Käufer, der sich das Rücktrittsrecht bis zu einem bestimmten Zeitpunkte vorbehalten hat, durch arglistige Täuschung vom Rücktritt zurückhält; die auflösende Bedingung der Rücktrittserklärung muß in dem Falle als eingetretene gelten (RG 9. 3. 10 I 167/09). Desgleichen, wenn zugunsten eines nacheingetragenen Hypothekars eine Vermerkung für den Fall eingetragen ist, daß die Forderung des vorgehenden Hypothekengläubigers nicht zur Entstehung gelangen sollte, als Bedingung aber für diese Forderung gesetzt worden ist, daß der Vorhypothekar die zur Bebauung des Grundstücks erforderlichen Mittel darleiht; hindert der Eigentümer alsdann die Weiterführung des Baues wider Treu und Glauben, und hält der Nachhypothekar aus diesem Grunde die Weitergewährung der Mittel zurück, die er andernfalls gegeben hätte, dann muß seine Forderung trotzdem als entstanden gelten, und von der Löschungsvermerkung kann der Nachhypothekar keinen Gebrauch machen (RG 93, 121). Der Gesichtspunkt des § 162 trifft auch dann zu, der bedingt Berechtigte ist also auch dann gegebenenfalls so zu stellen, als wäre die in Wirklichkeit ausgefallene Bedingung eingetreten, wenn der bedingt Verpflichtete ihn darüber getäuscht hat, daß die Bedingung aller Voraussicht nach nicht eintreten werde

(RG Gruch 60, 305). — Grundsätzlich erforderlich ist einmal die Absicht der Vereitlung, während bloße Fahrlässigkeit, selbst grobe, nicht genügt (RG 12. 12. 06 V 169/06). Ferner setzt die Handlungsweise regelmäßig ein positives Eingreifen in den Gang der Dinge voraus. Bloßes Unterlassen von Bemühungen, um den Eintritt der Bedingung zu vereiteln oder herbeizuführen, genügt mithin (namentlich) dann nicht, wenn zur Aufwendung von Bemühungen keinerlei Pflicht vorhanden war. Eine Rechtspflicht zum Handeln besteht indessen ohne weiteres, wenn der bedingt Verpflichtete nach Treu und Glauben auch im Interesse des andern zu handeln hatte. So beispielsweise, wenn ein Grundstückseigentümer zur Verzinsung einer Hypothek unter der Bedingung verpflichtet worden ist, daß alle Wohnungen seines Grundstücks vermietet seien; er muß alsdann bei Vermietung der Wohnungen nach der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt handeln (RG JW 07, 357[3]). Niemals aber ist erforderlich, daß der bedingt Verpflichtete zur Erfüllung der Bedingung auch vertraglich verpflichtet war, da es sich für die Anwendbarkeit des § 162 niemals darum handelt, ob sich der bedingt Verpflichtete einer vertraglichen Verpflichtung entzogen hat, sondern nur darum, ob er wider Treu und Glauben den Eintritt desjenigen Ereignisses gehindert hat, das zur Bedingung gestellt war. Daher ist auch dann, wenn der Eintritt des Ereignisses von der Vornahme einer Handlung des bedingt Verpflichteten abhängig war, für die Anwendbarkeit des § 162 nicht entscheidend, ob für den Genannten zur Vornahme der Handlung eine vertragliche Verpflichtung bestand, sondern nur das, ob die Vornahme nach dem Gebote von Treu und Glauben geboten war; danach wird es sich endlich aber auch regeln, in welcher Weise die Handlung vorgenommen werden mußte, um nicht die Bedingung zu vereiteln (RG 79, 96). Eine Verkehrssitte, daß gegen eine, betreffs eines Rechtserwerbs oder eines Rechtsverlustes als Bedingung gesetzte Entscheidung des Gerichts das zulässige Rechtsmittel einzulegen sei, besteht nicht; in der Unterlassung kann somit auch nicht ein Handeln wider Treu und Glauben gefunden werden (RG 5. 2. 06 V 512/05). Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Eingreifen des andern und anderseits dem Ausfallen der Bedingung ist nachzuweisen; eine Fiktion besteht insoweit nicht (RG 66, 222). Die Partei genügt aber ihrer Beweispflicht, wenn sie darlegt, daß der andere Teil wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung herbeigeführt (oder aber gehindert), den Erfolg mithin verursacht hat; sie braucht demnach gegebenenfalls nicht ferner nachzuweisen, daß andernfalls der Vertrag jedenfalls wirksam geworden wäre, daß also in dem Verhalten des andern Teils die einzige Ursache für den Eintritt (oder Ausfall) der Bedingung zu erblicken ist (RG JW 1911, 213[10]). — Als Zeitpunkt, in dem gegebenenfalls die Bedingung als eingetreten zu gelten hat, ist der Zeitpunkt anzusehen, in dem der Eintritt bei redlichem Verhalten des bedingt Verpflichteten erfolgt sein würde (RG 79, 96).

2. Das **Anwendungsgebiet** des § 162 beschränkt sich grundsätzlich auf solche Fälle, in denen die Erfüllung der Bedingung der Willkür der Parteien entzogen sein soll (Vorbem 3 vor § 158). Eine Partei, deren Verpflichtung nach dem Vertrage von einer bloßen Willkürbedingung abhängt, handelt mithin (regelmäßig) nicht gegen Treu und Glauben, falls sie den Eintritt der Bedingung wenn auch in der Absicht verhindert, sich die Vorteile des Geschäfts auf andere Weise zu sichern (RG 53, 257). Freilich läßt sich schwerlich verkennen, daß auch solche Fälle denkbar sind, in denen der bedingt Verpflichtete gegen sich gelten lassen muß, daß er den an sich in seine Willkür gestellten Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben vereitelt hat. Jedenfalls kann es unter besondern Umständen nach Treu und Glauben geboten sein, daß der bedingt Verpflichtete, auf dessen Handeln eine Bedingung abgestellt ist, durch sein an sich in seine Willkür gestelltes Tun die Entscheidung in der gehörigen Weise wirklich herbeiführt (RG 79, 96; hier hatte der Kläger vom Beklagten dessen Grundstück unter der Bedingung gekauft, daß der Beklagte die Konzession für den Hotelbetrieb erhalte; der Beklagte erlangte die Konzession nicht, und der Kläger machte geltend, daß der Beklagte den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben vereitelt habe, weil er die Instandsetzung seines Grundstücks unterlassen hätte). Wäre ferner jemand bereits bestimmt entschlossen gewesen, die zur Bedingung gestellte Handlung rechtzeitig vorzunehmen, hat sie dann aber nicht bis zu dem in die Bedingung aufgenommenen Zeitpunkte, sondern erst kurz darauf vorgenommen, und zwar ganz ausschließlich zu dem Zwecke, um nicht durch den Eintritt der Bedingung den Vertrag wirksam werden zu lassen, so schiene es doch recht und billig, die Sache so anzusehen, als wäre die Bedingung wider Treu und Glauben vereitelt worden (§ 157). — Anwendbar ist der § 162 auch bei der bedingungsweise erfolgten Verzeihung einer Eheverfehlung (RG JW 1919, 820[2]).

§ 163

Ist für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts bei dessen Vornahme ein Anfangs- oder ein Endtermin bestimmt worden, so finden im ersteren Falle die

für die aufschiebende, im letzteren Falle die für die auflösende Bedingung geltenden Vorschriften der §§ 158, 160, 161 entsprechende Anwendung[1][2]).

E I 141 II 132; M 1 269 ff.; P 1 186; 2 694.

1. Die beigefügte **Zeitbestimmung** ist der Bedingung — aufschiebenden wie auflösenden — unter der Voraussetzung gleichgestellt, daß durch sie ebenfalls die Wirkung des Rechtsgeschäfts beeinflußt, auch von ihr also der Beginn oder die Beendigung der Wirkung vom Eintritt des Zeitpunkts abhängig gemacht wird (**RG** 54, 898; JW 09, 11[3]). Entsprechende Anwendung finden dann die §§ 158, 160, 161. Eine Zurückwirkung kraft Gesetzes kann hier niemals stattfinden. Bloße Verpflichtungen im Sinne des § 159 zu begründen, muß jedoch den Parteien auch hier nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit unbenommen sein (**RG** 68, 141). Eine entsprechende Anwendung auch des § 162 auf die Zeitbestimmung ist der Natur der Sache nach ausgeschlossen. Soll trotz Bestimmung eines Anfangstermins die Wirkung des Rechtsgeschäfts sofort eintreten, dann bleibt für die Gleichstellung der Zeitbestimmung mit der Bedingung kein Raum mehr. In solchen Fällen spielt der Anfangs- wie der Endtermin bei Schuldverhältnissen nur die Rolle, das Recht auf die Leistung oder anderseits den Zeitpunkt der Leistungspflicht hinauszuschieben; es handelt sich alsdann lediglich um ein betagtes oder befristetes Recht (vgl. § 813), bei dem die Wirksamkeit sofort besteht und nur die Befugnis zur Ausübung (Fälligkeit) hinausgeschoben ist. Ob nach der Parteiabsicht Bedingung oder bloße Befristung vorliegt, ist Sache der Auslegung. Vgl. **RG** 8, 140; Gruch 46, 366; SeuffA 57 Nr 217. Auch in der Bestimmung eines Anfangstermins, von dem ungewiß ist, ob und wann er eintreten werde, ist nur eine Befristung „während einer angemessenen Zeit" enthalten (**RG** Gruch 46, 366; vgl. auch Gruch 54, 898). Der § 1154, der für die Abtretung einer Briefhypothek die Abtretungserklärung und die Übergabe des Hypothekenbriefs fordert, schließt die Hinausschiebung der Wirkung durch Setzen einer aufschiebenden Bedingung oder einer Zeitbestimmung nicht aus (**RG** JW 1912, 681[3]). Auch das befristete Recht stellt gleich dem bedingten ein bereits erworbenes Vermögensrecht dar. Vgl. Vorbem 5. — Der § 163 ist nicht anwendbar, wenn bei einem Kaufe verabredet worden, daß der Abruf bis zu einem bestimmten Zeitpunkte erfolgt sein müsse und dieser Klausel nicht der Bedeutung eines Endtermins, sondern die Bedeutung beigelegt worden ist, daß nach Ablauf des Zeitraumes die Erfüllung habe ausgeschlossen und die Erfüllung nicht mehr möglich habe sein sollen — vgl. § 361 A 1 (**RG** Warn 1916 Nr 273).

Zulässig sind Fristsetzungen wo das nicht ausdrücklich für unzulässig erklärt worden (§§ 388 Satz 2, 925 Abs 2, 1017 Abs 2, 317 Abs 2, 1598 Abs 2, 1724, 1742, 1768 Abs 1 Satz 2, 1947, 2180 Abs 2 Satz 2, 2002 Abs 2 Satz 2), bei Rechtsgeschäften jeder Art.

Nach §§ 257—259 ZPO kann auch schon vor Eintritt der Fälligkeit auf Leistung geklagt werden. Den Eintritt des Fälligkeitstermins erst nach der Klagerhebung kann der Kläger in den beiden ersten Instanzen ohne Klagänderung geltend machen (**RG** 57, 46).

2. **Beweislast.** Sofern die Zeitbestimmung einer Bedingung gleichsteht, greifen lediglich die bei einer solchen bestehenden Beweisregeln Platz (§ 158 A 7). Steht nur eine Befristung (A 1) in Frage, dann gilt der Grundsatz, daß, wer vom Gesetze abweichende Nebenbestimmungen behauptet, hierfür beweispflichtig ist, demgemäß auch der Beklagte für seine Behauptung, daß eine andere als die gesetzliche Kündigungsfrist abgemacht sei (**RG** 57, 96). Demnach hat der Beklagte auch die Behauptung der Stundung zu beweisen. Vgl. auch § 433 A 12.

Fünfter Titel

Vertretung Vollmacht

1. **Vertretung** liegt vor, wenn jemand „für" einen andern, also in dessen Interesse, oder wenn er „namens" des andern, also an dessen Stelle handelt. Danach ist eine Vertretung unter den verschiedensten Verhältnissen denkbar. So auch bei rein tatsächlichen, indem der eine an Stelle des andern und für ihn dessen Angelegenheit, insbesondere „ein Geschäft" besorgt (§ 675), wobei nur Voraussetzung ist, daß überhaupt eine vertretbare Handlung in Frage steht (§§ 887, 888 ZPO). In solchen nur tatsächlichen Fällen bleibt die Vertretung aber allemal eine rein innere Angelegenheit zwischen den beiden Beteiligten, wirkt rechtlich nicht nach außen hin und hat juristisch nichts Eigentümliches. Eine Stellvertretung im eigentlichen Sinne ist dagegen nur die rechtsgeschäftliche, bei welcher der eine entweder „für" den andern oder „an dessen Statt" ein Rechtsgeschäft vornimmt. Vgl. **RG** Warn 1910 Nr 479. Im ersteren Falle handelt es sich um mittelbare (indirekte) Stellvertretung, im letzteren um unmittelbare (direkte). Nach außen tritt nur die letztere in die Erscheinung, während es bei der mittelbaren Vertretung gerade eigentümlich ist, daß der Vertreter, weil er zwar

im Interesse des Vertretenen, dabei aber doch auf eigenen Namen handelt, nach außen selbst als der Geschäftsherr zu gelten hat, so daß die Wirkungen des Vertretungsverhältnisses sich auch hier nur nach innen betätigen können (RG 58, 276; 80, 417), und daher auch die vom stillen Stellvertreter erworbene Forderung von seinen Gläubigern gepfändet werden kann (RG JW 1914, 866[6]). Vom Gesetze selbst geregelte Fälle der Art sind: das Speditions- und Kommissionsverhältnis (§§ 383ff., 407ff. HGB). Nur im Falle von Vertragsverletzungen gilt der Grundsatz, daß der mittelbare Stellvertreter vom Vertragsgegner nicht nur denjenigen Schaden ersetzt verlangen kann, den er selbst erlitten hat, sondern auch den seinem Auftraggeber erwachsenen; vgl. § 249 A 3. — Treuhandverhältnisse stehen in Frage, wenn jemand (der Treuhänder) kraft eigenen Rechtes und in eigenem Namen zu handeln hat, aber in fremdem Interesse und auf Grund eines ihm geschenkten Vertrauens (fiduziarisches Verhältnis). Dabei hat das Treuhandverhältnis zur Voraussetzung, daß der Treugeber dem Treuhänder einen Gegenstand aus seinem Vermögen zu treuen Händen anvertraut, d. h. übereignet, und zwar für das Innenverhältnis maßgeblich derart, daß der Treuhänder das ihm übertragene Recht in eigenem Namen ausüben, aber nicht zu eigenem Vorteile gebrauchen soll; das Recht scheidet mithin zwar rechtlich, aber nicht wirtschaftlich aus dem Vermögen des Treugebers aus (RG 84, 21; 91, 12). Solche Treuhandverhältnisse sind auch unter Eheleuten möglich (RG JW 1912, 32[16]; Warn 1915 Nr 135 — hier wurden die Erben der Frau, weil diese das Geschäft nur als Treuhänder ihres Ehemanns innegehabt hatte, mit ihrer Klage auf Herausgabe von Vermögenswerten abgewiesen). Vgl. über Treuhänder bei Hypothekenbanken §§ 29ff. HypBankG. Dem Treugeber steht, falls die für ihn auf Grund des Treuverhältnisses vom Treuhänder in eigenem Namen erworbene Sache von einem Gläubiger des letztgenannten gepfändet wird, die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO sowie gegebenenfalls auch das Aussonderungsrecht im Konkurse zu (RG 79, 121). Vermittler (Agent, Makler) ist derjenige, der ein Rechtsgeschäft nur derart vorbereitet, daß sein demnächstiger Abschluß Sache des Geschäftsherrn bleibt. Schließt aber namens des letzteren der Agent selbst ab, dann liegt (auftragslose) Stellvertretung vor (RG Warn 1910 Nr 321).

2. Der 5. Titel beschäftigt sich nur mit der **rechtsgeschäftlichen Vertretung**, der eigentlichen Stellvertretung, und zwar nur mit der unmittelbaren. Die rechtlichen Folgen der mittelbaren regeln sich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, soweit nicht für die zutreffenden Fälle die besondern Grundsätze des HGB Platz greifen. Der Titel behandelt im übrigen die gesetzliche wie die gewillkürte Stellvertretung. Die letztere beruht auf der Vollmacht (§ 166 Abs 4), die erstere auf einer gesetzlich geregelten Beziehung zwischen den beteiligten Personen: elterlicher Gewalt (§ 1630), Vormundschaft (§ 1793), Schlüsselgewalt der Ehefrau (§ 1357). Eine solche Vertretungsmacht ist auch dem Vorstande einer juristischen Person nach § 26 beigelegt. — Der Konkursverwalter, der Zwangsverwalter, der Testamentsvollstrecker haben nicht die Stellung eines Vertreters im eigentlich juristischen Sinne, sie haben nach dem Gesetze die Befugnis, kraft eigenen Rechtes über fremde Rechte mit Wirkung für und gegen den Rechtsinhaber zu verfügen (RG 29, 29; 49, 129; 52, 333; JW 1910, 802[9]; Warn 1914 Nr 271). S. auch § 855 A 5. Für das Gebiet des Handelsrechts vgl. die §§ 125ff., 149, 231, 247, 298, 493, 494 HGB; ferner das GenG §§ 24ff. und das GmbHG §§ 35ff. Nach dem Beschlusse der vereinigten Zivilsenate vom 2. 6. 13 III 13/12 (RG 82, 83) besteht zwischen dem Gerichtsvollzieher und dem ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftragenden Gläubiger keinerlei privatrechtliches Rechtsverhältnis; der Gerichtsvollzieher tritt vielmehr ausschließlich als Organ der Staatsgewalt in Tätigkeit und hat diese in voller Unabhängigkeit vom Gläubiger zu entfalten; die vormals gemäß dem Plenarbeschlusse (RG 16, 396) vertretene Auffassung, daß im Verhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem Gerichtsvollzieher auch die Grundsätze des „Mandats" Anwendung fänden, ist aufgegeben worden. Dahingestellt ist in der Plenarentscheidung gelassen, ob der Gerichtsvollzieher in gewissen Fällen als (gesetzlicher) Stellvertreter des Gläubigers zu gelten hat (RG 77, 24). Verneint ist die Stellvertretung des Gerichtsvollziehers bei der Vornahme von Vollstreckungshandlungen in RG 90, 193 und JW 1914, 863[3] mit Bezug auf § 166. Vgl. § 166 A 2. — Zu unterscheiden ist zwischen der aktiven Stellvertretung, bei welcher der Vertreter die Willenserklärung namens des Vertretenen abgibt, und der passiven, bei der er im Namen des Vertretenen die Willenserklärung eines Dritten entgegennimmt (§ 164 Abs 3). — Die Stellvertretung ist eine befugte, wenn die Vertretungsmacht auf gesetzlicher oder rechtsgeschäftlicher Grundlage, nämlich Vollmacht (§ 166 Abs 2), beruht. Stellvertretung setzt indessen begrifflich eine solche Befugnis nicht voraus. Das Gesetz regelt ausdrücklich auch die Stellvertretung ohne Vertretungsmacht (§ 177).

3. Nicht alle Rechtsgeschäfte lassen eine **Stellvertretung** zu. **Unzulässig** ist sie in den Fällen der §§ 1317, 2064, 2256 Abs 3, 2274, 2281, 2290 Abs 2, 2347 Abs 2, in denen persönliche Anwesenheit des Beteiligten erforderlich ist, sowie nach Bestimmung der §§ 1307, 1336, 1337 Abs 3, 1358 Abs 3, 1595, 1598 Abs 3, 1728, 1731, 1748 Abs 2, 1750, 1755, 2271, 2282,

2296. Die Fälle, in denen durch besondere Vorschriften eine Vertretung in familienrechtlichen Verhältnissen ausgeschlossen ist, lassen sich nicht verallgemeinern.

4. Eine **unmittelbare Stellvertretung beim Besitzerwerbe** ist zunächst möglich beim Erwerbe mittels bloßer Einigung (§ 854 A 4); außerdem ist sie insofern zulässig, als es nach § 855 möglich ist, daß jemand — der Vertretene — unmittelbar Besitzer wird, wiewohl die tatsächliche Gewalt nicht durch ihn, sondern durch einen andern, nämlich seinen Besitzdiener, erlangt und ausgeübt wird. Sonst kann der eine durch Handlungen des andern als seines Vertreters nur in der Weise Besitz erlangen, daß zwischen beiden ein Verhältnis der in § 868 bezeichneten Art hergestellt, und der Vertretene dadurch zum mittelbaren Besitzer wird, daß der Vertreter den unmittelbaren Besitz erwirbt. Das kann sich auch in der Form des Verhandelns des Vertreters mit sich selbst nach § 181 vollziehen. Vgl. §§ 854 A 5, 181 u. 868 A 1, ferner § 181 A 1.

§ 164

[1]) Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen[2]). Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder ob die Umstände ergeben, daß sie in dessen Namen erfolgen soll[3]).

Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht[3]).

Die Vorschriften des Abs 1 finden entsprechende Anwendung, wenn eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung dessen Vertreter gegenüber erfolgt[4])[5]).

E I 116 II 134; M 1 225 ff.; P 1 136 ff.

1. **Stellvertretung bei Rechtsgeschäften.** Sie liegt vor, wenn jemand ein Rechtsgeschäft in der Weise vornimmt, daß die Wirkung sich unmittelbar und auch nur allein in der Person eines andern äußern und somit das Rechtsgeschäft seiner gesamten Wirkung nach, wiewohl es nicht von dem andern vorgenommen worden, dennoch als das seinige gelten soll. Erforderlich ist dazu in erster Linie, daß der Erklärende, sei es ausdrücklich, sei es auch nur erkennbar, im Namen des andern, des Geschäftsherrn, handelt. Daß nun die beabsichtigte Folge der bloßen und unmittelbaren Außenwirkung auch wirklich eintreten kann, dazu ist weiter erforderlich das Vorhandensein eines eine solche Vertretungsmacht gewährenden Rechtsgrundes. Diesen Rechtsgrund kann entweder das Gesetz selbst bieten (Fall der gesetzlichen Stellvertretung: väterliche Gewalt, Vormundschaft, Schlüsselgewalt der Ehefrau), oder eine dem Vertreter von dem andern rechtsgeschäftlich erteilte Ermächtigung (gewillkürte Stellvertretung; Vorbem 2 vor § 164 u. § 166 A 3). Handelt der Stellvertreter anstatt eines andern zwar in der Absicht der bloßen Außenwirkung, aber ohne eine entsprechende Ermächtigung, dann liegt nur ein Fall auftragsloser Stellvertretung vor (§ 177), und alsdann können die rechtlichen Folgen einer Stellvertretung mit Ermächtigung auch erst damit eintreten, daß der andere das Rechtsgeschäft durch nachträgliche Genehmigung zu dem seinigen macht. — Die Stellvertretung selbst äußert sich entscheidend nicht in der Abgabe der Erklärung namens des Geschäftsherrn, sondern in der Willensbetätigung anstatt des letzteren. Hierdurch unterscheidet sich der Stellvertreter vom Boten als bloßem Vertreter in der Erklärung (RG 58, 347), und da das Gesetz diesen letzteren Fall gesondert für sich behandelt und dabei durchaus zu andern Ergebnissen gelangt als bei der eigentlichen Stellvertretung (vgl. einerseits § 120 und anderseits § 166), so liegt hierin der beste Beweis dafür, daß das Gesetz selbst bei der Stellvertretung gerade eine Willensvertretung annimmt (Repräsentationstheorie). Über den bedeutsamen Unterschied zwischen Willensvertretung und Erklärungsvertretung in den Folgeerscheinungen vgl. § 120 A 1. Bemerkt sei hier nur noch, daß ein Bevollmächtigter noch nicht dadurch zum Boten wird, daß er erst die Willensmeinung des Vollmachtgebers einholt; nach außen hin kann er trotzdem Bevollmächtigter bleiben (RG 76, 99). Die Auffassung des Gesetzes, wonach der Stellvertreter den Geschäftsherrn im Willen vertritt, geht indessen nicht zugleich dahin, daß der Wille des Geschäftsherrn als der eigentliche Träger des Rechtsgeschäfts zu erachten wäre, sei es bei seiner Entstehung (Vorbem 1 vor § 104), sei es hinsichtlich seiner Rechtsbeständigkeit. Vielmehr vertritt das Gesetz den Standpunkt, daß das Rechtsgeschäft, was seine Begründung, seine Rechtsbeständigkeit und seine Tragweite anlangt, ausschließlich auf der Entschließung und auf der Handlung des Vertreters beruht. Sein Wille ist die rechtserzeugende Quelle (Vorbem 1 vor § 104; § 165 A 1), auch nur

seine Erklärung ist maßgebend (§ 166 A 1), und bei Verträgen kann mithin auch allein der Vertreter selbst als derjenige angesehen werden, der den Vertrag abschließt (Kontrahent), während Vertragspartei der Vertretene ist. Diese Auffassungsweise ist auch dann von besonderer Bedeutung, wenn ein Bevollmächtigter wider die ihm vom Machtgeber erteilten Weisungen handelt. Sind nämlich nach außen hin allein sein Wille und seine Erklärung maßgebend, so versteht es sich von selbst, daß das Rechtsgeschäft, sofern nur die Grenzen der Vollmacht selbst eingehalten werden, so gelten muß, wie der Vertreter es abgeschlossen hat, während die Weisungen des Vollmachtgebers grundsätzlich nur für das Innenverhältnis zwischen ihm und dem Vertreter von Belang bleiben. Das Nähere hierüber § 166 A 3 Abs 2.

Über den **Mißbrauch der Vertretungsmacht** und dessen Folgen vgl. § 166 A 3 Abs 3.

2. **Unmittelbare Wirkung der Willenserklärung des Vertreters für und gegen den Vertretenen.** Dieser wird demnach ohne weiteres und sofort berechtigt oder verpflichtet, als hätte er selbst gehandelt. Demgemäß wirkt auch bei dinglichen Geschäften die zum Rechtserwerbe erforderliche, durch den Vertreter vorgenommene „Einigung“ (§§ 873, 929, 1032, 1205) unmittelbar zugunsten des Vertretenen. Über die Möglichkeit auch des für den dinglichen Rechtserwerb noch weiter erforderlichen (§ 929 usw.) Besitzerwerbs durch den Stellvertreter vgl. oben Vorbem 4. — Das Rechtsverhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter regelt sich nach den außerhalb der Vollmacht sonst zwischen ihnen bestehenden Beziehungen, dem Grundgeschäfte mithin. Keineswegs hat der Vertreter dem Vertretenen gegenüber auf Grund des bloßen Vollmachtsverhältnisses eine Klage auf Erfüllung des für jenen wirksam abgeschlossenen Vertrags (**RG** 24. 3. 11 III 58/10). — Ein Rechtsverhältnis zwischen dem Vertreter und dem Dritten entsteht bei der befugten unmittelbaren Stellvertretung überhaupt nicht (A 1).

3. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Satz 1 ist, daß der Vertreter im **Namen des Vertretenen** gehandelt hat. Gleichgültig ist aber, ob es ausdrücklich oder nur in einer nach den Umständen erkennbaren Weise geschehen ist. Daher kann beispielsweise ein Vertrag mit der Firma zustande kommen, wenn das Angebot nicht an diese, sondern an die Privatadresse des Firmeninhabers gerichtet war und dann von diesem unter seinem Namen angenommen worden ist (**RG** Warn 1918 Nr 3). Ein von den Gesellschaftern gemeinschaftlich gemachter Erwerb gilt als Erwerb der Gesellschaft auch dann, wenn der Wille, für sie zu erwerben, dem Gegner gegenüber nicht kundgetan worden ist (**RG** 24. 1. 14 V 444/3). Es spricht keine Vermutung dafür, daß der Teilhaber einer Erwerbsgesellschaft, dessen Namen mit der Gesellschaftsfirma gleichlautet, und der ein Geschäft in dem Handelszweige der Gesellschaft abschließt, solches nicht für sich, sondern für die Gesellschaft tut; gegebenenfalls könnte mangelnde Willensübereinstimmung in Frage kommen (**RG** Warn 1914 Nr 210). — Auch bei einem Wechselvertrage ist eine stillschweigende Stellvertretung zulässig (**RG** Warn 1919 Nr 92).

Ist der Vertreter weder ausdrücklich noch erkennbar namens des zu Vertretenden aufgetreten (**RG** 85, 183), hat er anderseits aber auch nicht **den Willen gehabt, in eigenem Namen zu handeln** (sei es, daß er sich gerade d e n Willen, nicht für sich zu handeln, gemäß § 116 insgeheim vorbehielt, sei es, daß er sich über die Art und Tragweite seiner Erklärung selbst im Irrtum befand), so fehlt es einerseits an den Voraussetzungen der Stellvertretung nach Abs 1; anderseits aber mangelt es dem Vertreter auch an dem eigenen Geschäftswillen (Vorbem 1 vor § 116; **RG** 58, 276). Danach könnte die Erklärung des Vertreters weder in der Person des Vertretenen (§ 164 Abs 1 Satz 1) noch auch in der des Vertreters Wirksamkeit erlangen. Ein Rechtsgeschäft käme also unter solchen Umständen überhaupt nicht zustande. Das Gesetz schützt jedoch das Verkehrsinteresse auch hier, indem es vorsieht, daß **der Mangel des eigenen Geschäftswillens** auf seiten des Vertreters gegebenenfalls **nicht in Betracht kommt,** und daß daher das Geschäft zwischen dem Dritten und dem Vertreter trotz seines entgegengesetzten Willens (**RG** 58, 276; JW 06, 380[8]) zustande kommt. Diese Regel anzuwenden, liegt freilich dann kein Anlaß vor, wenn nicht nur vom Vertreter, sondern auch vom Geschäftsgegner der Abschluß des Geschäfts mit Wirkung für den Vertretenen gewollt war (**RG** JW 08, 29[3]), was insbesondere auch dann zutrifft, wenn jemand mit dem im Geschäftsraume anwesenden Bevollmächtigten des Geschäftsinhabers in der irrigen Annahme verhandelt, es mit dem letzteren selbst zu tun zu haben, und dabei die beiden Verhandelnden beabsichtigen, den Geschäftsinhaber selbst zur Geschäftsperson zu machen (**RG** 30, 78; 67, 149; Warn 1910 Nr 316). Die Vorschrift des Abs 2 § 164 greift auch dann gegenüber dem Verhandelnden Platz, wenn dieser den Vertrag mit dem Namen eines andern — des angeblich Vertretenen — unterschreibt, der Vertragsgegner aber annahm und annehmen durfte, der Verhandelnde selbst sei der andere (**RG** 95, 188). Ist im besondern Falle fraglich, wer eine Erklärung abgegeben hat, so sind für die Feststellung dessen nicht die §§ 133, 157, sondern die §§ 164, 177 maßgebend (**RG** 87, 145).

Auch beim **dinglichen Erwerbsgeschäfte,** insonderheit in Ansehung der dazu neben der Übergabe erforderlichen Einigung, regelt sich die Frage, ob der Vertreter, der nicht erkennbar

im Namen des Machtgebers handelt, seinerseits das Recht erwirbt, oder ob es gegebenenfalls der Machtgeber erwirbt, durchaus nach der Regel des Abs 2. Grundsätzlich wird sich also im vorausgesetzten Falle der Rechtserwerb in der Person des Vertreters und nicht des Vertretenen vollziehen, beispielsweise der Erwerb des Eigentums an den vom Geschäftsgegner veräußerten Sachen. Jedoch kann das Gegenteil dann eintreten, wenn zweierlei zusammentrifft: einmal, daß der Veräußerer nicht den Willen gehabt hat, das Recht gerade auf den mit ihm verhandelnden Vertreter zu übertragen, daß ihm vielmehr die Person des Erwerbers gleichgültig war (Veräußerung in incertam personam), und zweitens, daß der Vertreter anderseits für seine Person (beispielsweise, weil er ein Bediensteter des Auftraggebers ist), den Willen gehabt hat, das Recht gerade für seine Machtgeber zu erwerben, und daß er dazu bei Erlangung des Besitzes gleichzeitig durch Verhandeln mit sich selbst (§ 181) zugunsten des Vertretenen ein Besitzkonstitut (§ 868) vornimmt (**RG** 30, 141; Gruch 47, 987). Diese Abweichung von der Regelung rein schuldrechtlicher Verhältnisse erscheint um deswillen statthaft, weil bei derartigen Verhältnissen die Person des Schuldners regelmäßig von wesentlicher Bedeutung ist (vgl. **RG** 58, 277), während bei Veräußerungsgeschäften dem Veräußernden die Person des Erwerbers häufig genug gleichgültig ist.

Durch die Einzahlung eines Sparkassenguthabens wird, gleichgültig, auf wessen Namen das Buch ausgestellt ist, unbedingt derjenige der Gläubiger, zu dessen Gunsten die Einzahlung erfolgt ist, da die Sparkasse nur mit dem wirklichen Darlehnsgeber den Vertrag abschließen will; der Abs 2 des § 164 steht dem nicht entgegen (**RG** 43, 7; 8. 2. 12 VI 463/11; vgl. § 328 A 3).

4. Willenserklärung gegenüber dem Vertreter = passive Stellvertretung (Vorbem 2). Sie kann ebenfalls sowohl bei schuldrechtlichen wie bei dinglichen Rechtsgeschäften in Frage kommen. Die Erklärung muß dem Vertreter gegenüber erkennbar in dieser Eigenschaft abgegeben sein, während nicht erforderlich ist, daß auch der Vertreter die Erklärung als Vertreter in Empfang zu nehmen willens war.

5. Beweislast. Ist jemand als Vertragspartei in Anspruch genommen und behauptet er, nicht in eigenem Namen gehandelt zu haben, so bedeutet das ein Leugnen des Klagevorbringens, zwingt also den Gegner nachzuweisen, daß der in Anspruch Genommene in eigenem Namen aufgetreten ist. Hierfür genügt der Beweis der Tatsache, daß der Betreffende nicht erklärt hat, er handle als Bevollmächtigter (**RG** 24. 10. 07 VI 537/06, unter Hinweis auf **RG** 2, 195 u. 3, 122; ferner JW 08, 480[14]).

§ 165

Die Wirksamkeit einer von oder gegenüber einem Vertreter abgegebenen Willenserklärung wird nicht dadurch beeinträchtigt, daß der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist[1]).

E II 135; P 1 138 ff.

1. Durch die Bestimmungen der §§ 107, 108 ist die Geschäftsfähigkeit der Minderjährigen und nach § 114 die der ihnen Gleichgestellten nur in Richtung auf ihre eigenen Angelegenheiten beschränkt. Die Eigenschaft **beschränkter Geschäftsfähigkeit** des Vertreters schließt sonach seine Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften namens anderer nicht aus. Geschäftsunfähige, deren Willenserklärungen nichtig sind (§ 105), können dagegen auch die bezeichnete Fähigkeit nicht haben. Der § 165 greift sowohl bei der gewillkürten wie bei der gesetzlichen Vertretung Platz, und zwar sowohl im Falle befugter wie nicht befugter Stellvertretung (Vorbem 2). Über den Ausschluß der Haftung des minderjährigen Vertreters vgl. § 179.

§ 166

Soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflußt werden, kommt nicht die Person des Vertretenen, sondern die des Vertreters in Betracht[1]).

Hat im Falle einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht)[4]) **der Vertreter nach bestimmten Weisungen des Vollmachtgebers gehandelt, so kann sich dieser in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen**[2]). **Dasselbe gilt von Umständen, die der Vollmachtgeber kennen mußte, sofern das Kennenmüssen der Kenntnis gleichsteht**[2])[3])[4])[5]).

E I 117 II 136 f.; M 1 226 ff.; P 1 139 ff.

1. **Willensmängel** (§§ 116—123) begründen Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Willenserklärung. Wird nun eine Willenserklärung durch einen Stellvertreter namens eines andern abgegeben, so entsteht der Zweifel, ob es bei der Frage nach der Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts auf das Vorhandensein des Willensmangels in der Person des Vertreters oder der des Vertretenen ankommt. Das Gesetz erklärt die Person des Vertreters für entscheidend (RG 58, 347; 59, 349; 76, 109; 78, 353). Vgl. § 164 A 1 sowie RG 76, 107. Das gleiche gilt, wenn es sich um das Kennen oder Kennenmüssen gewisser Umstände handelt, beispielsweise betreffs des guten Glaubens (§ 932; RG 3. 2. 17 V 358/16), oder der Kenntnis von Mängeln (§ 460), oder betreffs Ausschlusses des Anspruchs auf das negative Interesse (§ 122). Alles das erklärt sich aus der Auffassung, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich auf der Willensentschließung und auf der Erklärung des Vertreters beruht (§ 164 A 1). Daher greift § 166 auch da Platz, wo zwar keine eigentliche Stellvertretung stattfindet, jemand aber wenn auch kraft eigenen Rechtes so doch mit unmittelbarer Wirksamkeit für andere Rechtsgeschäfte abschließt, wie beispielsweise der Zwangsverwalter (RG 21. 9. 18 V 122/18). Eine weitere Folge des Grundsatzes des Abs 1 ist es, daß der Vertretene durch bewußt wahrheitswidrige Erklärungen des Vertreters auch keine Rechtsvorteile erlangen kann. Insbesondere verliert der Versicherungsnehmer den Schadensersatzanspruch, wenn der Stellvertreter das Verzeichnis wissentlich falsch aufgestellt hat und vertragsgemäß mit der wissentlich falschen Herstellung des Verzeichnisses Verlust des Versicherungsanspruchs verbunden war (RG 58, 343). Vgl. dazu § 157 A 3 a. E. Ein Irrtum des Vertreters über den Inhalt des ihm erteilten Auftrags begründet keinen Anfechtungsgrund (RG Gruch 49, 1049; JW 1913, 733[1]). — Die **Grundsätze des Abs 1 finden Anwendung** auch auf dem Gebiete der Gläubigeranfechtung in und außerhalb des Konkurses (RG 68, 375; 72, 133; 80, 5) sowie bei einem vom auftragslosen Geschäftsführer abgeschlossenen und nachträglich genehmigten Rechtsgeschäfte (RG 68, 376; JW 1911, 575[6]). Kenntnis des Beauftragten (Vermittlers), der nicht zugleich Vollmacht hat, schadet dem Auftraggeber nichts (RG Warn 1913 Nr 102).

Ist jemand gleichzeitig Vertreter beider Teile (§ 181), dann ist seine Kenntnis oder das Kennenmüssen notwendig beiden Vertretenen in gleicher Weise zuzurechnen (RG 74, 414). Wird eine Genossenschaft durch mehrere Mitglieder vertreten, dann ist die Kenntnis der Genossenschaft (im Falle der actio pauliana) anzunehmen, wenn sie auch nur einem der Vertreter beiwohnte (RG JW 1911, 1012[2]); desgleichen gilt eine offene Handelsgesellschaft als bösgläubig, wenn die Kenntnis auch nur einem von den Gesellschaftern beiwohnte (RG 9, 145; 190, 23). Insoweit als der Gerichtsvollzieher kraft Gesetzes als Vertreter seines Auftraggebers handelt (§ 897 Abs 1 ZPO; RG 82, 89; Vorbem 2 vor § 164), kommt es beim Rechtserwerbe gemäß § 164 Abs 1 auf seine Kenntnis an (RG 77, 24). Bei der Pfändung ist jedoch der Gerichtsvollzieher nicht Vertreter des Gläubigers (JW 1914, 863[3]); daher ist auch dem Gläubiger hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Pfändung die etwaige Kenntnis des Gerichtsvollziehers nicht zuzurechnen (RG 90, 193; Warn 1915 Nr 274). Steht die Kenntnis des Fiskus in Frage, so kommt es darauf an, ob wenigstens eine von den mehreren Personen, durch die er vertreten worden, die fragliche Kenntnis gehabt hat (RG 59, 408). Die Kenntnis des bloßen Vermittlers ersetzt überhaupt nicht die fehlende Kenntnis des Geschäftsherrn (RG Warn 1913 Nr 86). Schließt aber der Vermittler das Geschäft selbst ab, dann liegt (auftragslose) Stellvertretung vor (RG Warn 1910 Nr 321). — Bei Beantwortung der Streitfrage, ob im Falle der Anfechtung wegen Irrtums, dessen Erheblichkeit (vgl. § 119 A 2) aus der Person des Vertretenen oder der des Vertreters zu prüfen ist, kann nur von dem Gesichtspunkte ausgegangen werden, daß der Vertreter der Vertragschließende ist und daß mithin zu erwägen ist, wie er sich bei richtiger Kenntnis der Dinge verhalten haben würde (RG 82, 196). Dabei ist zu beachten, daß der Vertretene regelmäßig der sachlich Beteiligte ist, und daß um deswillen für den Vertreter voraussichtlich die Rücksicht auf das Interesse des Vertretenen bestimmend war. Waren Fehler der Sache oder der Mangel von Eigenschaften auch nur dem Vertretenen bekannt, dann kann ihm freilich die Unkenntnis des Vertreters nicht zugute kommen. War aber im Sonderfalle dem Vertreter die Vollmacht zu eigenem Interesse oder im Interesse eines Dritten erteilt (vgl. § 168), dann könnten für ihn nur seine eigenen Verhältnisse oder die des Dritten ausschlaggebend gewesen sein.

2. Abweichend von der Regel des Abs 1 kommt es unter gewissen Umständen auf die **dem Vertretenen beiwohnende Kenntnis** an. Dieser soll nämlich, falls die Folgen der Willenserklärung durch das Kennenmüssen gewisser Umstände (§§ 122 Abs 2, 276) — beispielsweise hinsichtlich der Gutgläubigkeit (§§ 892, 932), oder des „Vertrauens auf die Gültigkeit" (§§ 122, 307), oder des Laufes einer Erklärungsfrist (§§ 1943, 1944) — beeinflußt werden, dann nicht die Unkenntnis seines Vertreters vorschützen dürfen, wenn er selbst die Kenntnis hatte oder haben mußte, und wenn überdies der Vertreter auf Grund einer ihm erteilten Vollmacht und zugleich nach den ihm erteilten Weisungen gehandelt hat, so daß gegebenenfalls — was

erforderlich — alle drei Voraussetzungen zusammen erfüllt sind. Diese Ausnahmebestimmung will das Interesse des Dritten schützen und gilt daher nur zuungunsten des Vertretenen, ist mithin gerade dann von Wichtigkeit, wenn der Vertreter selbst die Kenntnis nicht hatte. Im entgegengesetzten Falle greift schon die Grundregel des Abs 1 durch. Hat ein dem Vertreter übergeordneter Generalbevollmächtigter dem Vertreter die Weisungen erteilt, dann kommt es auch auf seine Schlechtgläubigkeit an (RG Gruch 58, 907). Der Begriff **„nach bestimmten Weisungen"** ist nicht zu enge auszulegen; der Fall ist schon dann gegeben, wenn der Bevollmächtigte zu dem bestimmten Geschäfte schreitet, zu dessen Vornahme der Vollmachtgeber ihn veranlaßt hat (RG JW 1916, 317[2]; hier war einem Rechtsanwalte Vollmacht zur Einklagung eines Wechsels und damit auch „gemäß § 81 ZPO ohne weiteres auch Vollmacht zum Betriebe der Zwangsvollstreckung erteilt worden"). — Die Ausnahmebestimmung des Abs 2 besteht ausschließlich bei der gewillkürten Stellvertretung (Vorbem 2), und zwar einschließlich des Falles der Stellvertretung ohne Vertretungsmacht (RG 68, 376), dann aber auch beim dinglichen Vertrage (RG 62, 218). Bei der gesetzlichen Stellvertretung ist für die Bestimmung naturgemäß kein Raum. Betreffs der Vertreter juristischer Personen vgl. § 26.

3. Der § 166 trifft keine Bestimmung für den Fall, daß sich der **Vertreter einer arglistigen Täuschung** oder einer **Drohung** dem Geschäftsgegner gegenüber schuldig gemacht hat. In dieser Hinsicht ist folgendes zu sagen:

a. In Ansehung der **Anfechtung** kann der Vertreter nicht als Dritter im Sinne des § 123 in Betracht kommen; der Geschäftsherr muß daher die Handlungsweise des Vertreters unmittelbar gegen sich gelten lassen. Vgl. § 123 A 4; RG 58, 347; 76, 107. Die Anfechtung aus § 123 kann aber auch auf eine arglistige Handlungsweise des Vertretenen selbst gestützt werden, und zwar auch dann, wenn der Vertreter seinerseits gutgläubig gehandelt hat. — Hat eine juristische Person (Aktiengesellschaft) mehrere Vertreter, und hat nur einer von diesen das Rechtsgeschäft abgeschlossen, dann genügt es für dessen Anfechtung, wenn der abschließende Vertreter zwar gutgläubig war, ein anderer Vertreter jedoch den Irrtum des Vertragsgegners gekannt, es aber trotz seiner Wissenschaft um das Bevorstehen des Vertragsabschlusses unterlassen hat, den Vertragsgegner sowie den gutgläubigen abschließenden Vertreter über die wirkliche Sache in Kenntnis zu setzen (RG 81, 433; 17. 1. 14 V 358/13).

b. Die **Haftung auf Schadensersatz** regelt sich gegebenenfalls nach folgenden Gesichtspunkten:

α) Für Erklärungen des bevollmächtigten Vertreters, die zum Vertragsinhalte geworden sind, muß der Vertretene schlechthin aufkommen, da das Rechtsgeschäft ihm gegenüber im ganzen so wirksam geworden ist, wie es abgeschlossen wurde (§ 164).

β) Sind die Erklärungen des bevollmächtigten Vertreters nicht Bestandteil des Vertrags geworden, handelt es sich mithin nur um eine bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses begangene betrügerische Täuschung (§ 823 Abs 2, § 826), dann kann eine Haftung des Vertretenen gemäß § 831 in Frage kommen, da auch die Bestellung zu einem Vertragsabschlusse als Bestellung zu einer Verrichtung im Sinne des § 831 angesehen werden darf, und in solchem Falle stünde dem Vertretenen auch der Entlastungsbeweis nach § 831 offen (RG 73, 436) — Eine vertragsmäßige Haftbarkeit des Vertretenen hat das Reichsgericht in den Urteilen RG 61, 209; 96, 177 für Fälle bezeichneter Art grundsätzlich verneint. — Dieser Standpunkt scheint jedoch bedenklich, und dürfte das praktische Bedürfnis wenig befriedigen, auch schwerlich mit Recht und Billigkeit vereinbar sein. Erteilt jemand einem andern Vollmacht zum Vertragsabschlusse ohne jede Einschränkung, und weist er hiermit den Vertragsgegner, anstatt selbst mit diesem zu verhandeln, schlechthin an den Bevollmächtigten, dann gibt er dem Vertragsgegner zu erkennen, daß das gesamte, dem Vertragsabschlusse dienende Verhalten des Bevollmächtigten und dessen gesamte Erklärungen auch für ihn, den Vollmachtgeber, so maßgebend sein sollen, als hätte er sie selbst abgegeben und daß der Vertragsgegner sich in jeder Hinsicht auf die Handlungsweise des Bevollmächtigten so verlassen könne, als hätte er, der Vollmachtgeber, selbst verhandelt. Da ist es aber auch richtig, daß der Vollmachtgeber dem durch fälschliche Vorspieglungen oder durch ein arglistiges, dem Bevollmächtigten zur Last fallendes Verschweigen geschädigten Vertragsgegner in gleicher Weise haftbar sein muß, als hätte er sich bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses selbst des Betrugs schuldig gemacht. Vgl. dazu RG 63, 150. Dem Vollmachtgeber wäre daher auch (entgegen der Entscheidung JW 1913, 587[1]) der Einwand zu versagen, daß er den Vertreter zur Betätigung eines arglistigen Verhaltens nicht ermächtigt habe. Daß der Vertragschließende für eigene culpa in contrahendo einzustehen hat, wird vom Reichsgericht zur Zeit nicht mehr bezweifelt (vgl. § 276 A 1). In dem Maße muß der Vollmachtgeber aber auch für die culpa in contrahendo seines Bevollmächtigten einstehen, falls er diesen ohne jede Einschränkung zum Vertragsabschlusse ermächtigt hat. Zu einer Unbilligkeit sodann müßte die entgegengesetzte Ansicht um deswillen führen, weil es nicht billig sein kann, daß der Vollmachtgeber zwar den Vorteil genießen könnte, den ihm

das betrügerische Verhalten seines Vertreters bei Abschluß des Vertrags gebracht hat, anderseits aber für den Nachteil, den der Vertragsgegner erleidet, nicht einzustehen brauchte. Erwägt man endlich, welcher Teil in Fällen in Rede stehender Art überhaupt eher Anspruch auf Schutz hat, ob der Vollmachtgeber oder der Vertragsgegner, so müßte entscheidend sein, daß der letztere nur Schaden von sich abwenden, der andere Teil dagegen den Vorteil sich wahren wollte, den er durch den Vertrag erlangt hätte. Hier gilt es also mangels einer gesetzlichen Entscheidung der Frage um eine dem Bedürfnisse des Verkehrs dienende Fortbildung des Rechtes. — Wie sich der Anspruch des Vertragsgegners gegen den Vollmachtgeber im Einzelfalle regeln würde, beantwortet sich genau nach den Grundsätzen der Haftung für culpa in contrahendo. Regelmäßig wird der geschädigte Vertragsgegner also nur von den Rechtsbehelfen aus §§ 249ff. Gebrauch machen dürfen und nur im Falle des § 463 Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses haben. Vgl. § 276 A 1.

Daß man schon unter entsprechender Anwendung des § 166 zu dem wünschenswerten, billigen Ergebnisse gelangen könnte (vgl. RG 58, 347; 76, 109; 83, 244), erscheint nicht als zutreffend. Der § 166 hat es nur mit abgegebenen Willenserklärungen zu tun, die zum Bestandteile des Rechtsgeschäfts geworden sind, und betrifft nur die Frage nach der Wirksamkeit oder nach der Fehlerhaftigkeit solcher Willenserklärungen, und diese Frage muß allerdings in erster Linie aus der Person des Vertreters, als des Urhebers der Erklärung, beurteilt werden. In unserm Falle dagegen handelt es sich nur um ein bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses betätigtes Verhalten des Vertreters, also auch nur um etwaige Erklärungen außerhalb des Vertrags, und hier steht überhaupt nicht die Rechtsbeständigkeit der etwaigen Erklärungen, sondern die Haftung des Vollmachtgebers in Frage. Vgl. RG 96, 177. — In RG 83, 244 hat der V. ZS den Grundsatz, daß der Vollmachtgeber in Fällen gedachter Art nicht haftbar sei, dahin eingeschränkt, daß eine vertragsmäßige Haftung gemäß § 463 dann gegeben sei, wenn der Vertreter entweder Fehler der Kaufsache arglistig verschwiegen oder nicht vorhandene Eigenschaften arglistig vorgespiegelt habe (vgl. dazu auch RG Warn 1915 Nr 166). Es ist indes wiederum nicht einzusehen, wie diese Entscheidungen gerade in § 463 eine Stütze finden könnten. Allerdings soll eine nach § 463 erhobene Schadensersatzklage so behandelt werden, als hätte der Verkäufer für sein Verhalten beim Vertragsabschlusse auf Grund des Vertrags einzustehen. Aber die Fiktion, auf welcher diese Regelung beruht, als gehörte nämlich die Verschweigung oder die fälschliche Versicherung zum Vertragsinhalte, kann doch nicht so weit reichen, daß gegebenenfalls zugleich fingiert werden dürfte, es sei der Vertreter, der sich bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses einer arglistigen Verschweigung oder einer fälschlichen Vorspieglung schuldig gemacht habe, auch zu diesem Verhalten durch den Vollmachtgeber ermächtigt gewesen, während doch grundsätzlich gerade angenommen werden soll, in der Erteilung der Vollmacht zum Vertragsabschlusse sei noch nicht die Ermächtigung zu einer unerlaubten Handlungsweise enthalten. Das genannte Urteil beweist mithin nur, daß in ihm gegenüber dem Grundsatze, daß der Vollmachtgeber für ein arglistiges, schädigendes Verhalten des Vertreters bei Gelegenheit des Vertragsabschlusses nicht hafte, ein Ausweg gesucht worden ist, um auf diese Weise zu dem zu billigenden Ergebnisse zu gelangen. Dieser Ausweg scheint jedoch nicht gangbar. — Im Urteile RG Warn 1914 Nr 109 und den dort weiter angeführten Entscheidungen hat sich der VII. ZS zutreffend auch auf den Standpunkt gestellt, daß der Versicherte für das betrügerische Verhalten seines Vertreters bei der Schadensermittlung aufkommen muß. — Die Vorschrift des § 85 ZPO bezieht sich nur auf die prozessualen Wirkungen der Handlungen des Prozeßvertreters und verpflichtet die Partei auch nur insoweit (RG 96, 177).

γ) Eine Haftung für die Arglist des gesetzlichen Vertreters (elterlichen Gewalthabers, Vormundes) ist stets ausgeschlossen, weil es niemals zutreffen kann, daß das Gesetz den Vertreter auch hätte befähigen wollen, den Vertretenen durch eine unerlaubte Handlung zu verpflichten (RG 61, 209; JW 1913, 587[1]).

δ) Eine Haftung für die Arglist eines bloßen Vermittlers besteht regelmäßig ebenfalls nicht (RG JW 04, 354[3]). Eine außervertragliche Haftung kann jedoch auch hier nach Maßgabe des § 831 gegeben sein (RG SeuffA 69 Nr 197); eine vertragliche ferner nach den oben unter b dargelegten Gesichtspunkten (RG 63, 150); so wenn der Verkäufer den Käufer wegen der gewünschten Auskünfte an den Vermittler verweist.

ε) Die unbedingte Haftung der juristischen Person für die Arglist ihres Vorstandes ergibt sich daraus, daß der Vorstand nicht der Vertreter der juristischen Person ist, sondern gemäß § 26 Abs 2 ihr Willensorgan darstellt, und seine Erklärungen daher der vertretenen nicht bloß zugerechnet werden, vielmehr als ihre eigenen Erklärungen zu gelten haben. Vgl. RG 81, 433ff.; 72, 133; 76, 107. — Gemäß § 31 haftet eine juristische Person (Stadtgemeinde) für den Schaden, der auch nur eines von ihren Vorstandsmitgliedern (der Bürgermeister) einem Dritten betrügerisch zufügt, sofern das Vorstandsmitglied innerhalb der ihm verfassungsmäßig an sich zustehenden Befugnis (Abschluß eines Darlehnsvertrags) gehandelt hat (RG JW 1913, 587[1]). — Über die Haftung der Vereine vgl. § 31 (RG 63, 183).

Über die Haftung für ein Verschulden des Vertreters bei Erfüllung einer Verbindlichkeit, die auch den Abschluß eines Vertrags zum Inhalte haben kann (RG JW 1915, 240[3]), vgl. § 278 A 3.

4. **Vollmacht** ist die dem Vertreter durch Rechtsgeschäft (Bevollmächtigung) erteilte Vertretungsmacht mit den Wirkungen des § 164. Daß die Ermächtigung eines andern die ihr zugeschriebene Wirkung überhaupt zu äußern vermag, beruht auf der durch die Rechtsentwicklung gezeitigten Vorstellung des Gesetzes, daß es grundsätzlich möglich ist, auf einen andern die Befugnis zu übertragen, Rechtsgeschäfte mit unmittelbarer Wirkung für den die Ermächtigung Erteilenden vorzunehmen. — Über den Unterschied zwischen Vollmacht und Einwilligung vgl. § 182. Die einem andern erteilte Ermächtigung, in eigenem Interesse über ein Recht des Erklärenden zu verfügen, enthält nur eine Zustimmung, keine Vollmacht (RG 53, 274). — Die Bevollmächtigung ist ein einseitiges, empfangsbedürftiges, selbständiges (abstraktes) Rechtsgeschäft, welches von dem ihm etwa zugrunde liegenden Grundgeschäfte, durch das es veranlaßt worden, begrifflich unabhängig besteht (RG 62, 337; 69, 234; JW 08, 655). A. A. Planck § 167 A 3. Sie setzt das Vorhandensein eines solchen Grundgeschäfts begrifflich überhaupt nicht voraus, weder für ihre Entstehung noch für ihren Fortbestand (§ 168). Es spricht sich in der Vollmacht lediglich die selbständig für sich bestehende Befugnis aus, nach außen hin als Stellvertreter eines andern aufzutreten, ohne daß aus dieser Befugnis an und für sich betrachtet irgendein Anspruch für einen der Beteiligten erwüchse. Das die Vollmachterteilung veranlassende Grundgeschäft anderseits äußert seine Wirkungen ausschließlich zwischen den beiden unmittelbar beteiligten Personen, wie beispielsweise der Auftrag und der Dienstvertrag. Auch die Ungültigkeit des Grundgeschäfts berührt mithin dem Dritten gegenüber, der gutgläubig auf Grund der ordnungsmäßig erscheinenden Vollmacht mit dem Bevollmächtigten verhandelt, die Gültigkeit der Vollmacht nicht (RG 69, 232). Daß die Vollmacht indes in ihren Wirkungen doch nicht völlig unabhängig ist von dem etwaigen Grundgeschäfte, ergibt die Bestimmung des § 168 über ihr Erlöschen (RG 75, 299; JW 1911, 399[5]). Da bei der Vollmacht das etwaige Grundgeschäft begrifflich unwesentlich ist und die Außenwirkung das wesentliche ist, so kann sie auch durch Erklärung gegenüber dem Geschäftsgegner erteilt werden (§ 167). — Zur Wirksamkeit der Vollmacht gehört es, daß sie von einem zur entsprechenden Verfügung Befugten erteilt wird. Die Bestellung eines Prokuristen oder eines Handlungsbevollmächtigten für den gesamten Geschäftsbetrieb einer Gesellschaft m. b. H., die nur durch den Geschäftsführer ohne Mitwirkung der Gesellschafter erfolgt, ist jedoch nur nach innen unwirksam, nach außen dagegen wirksam, weil der § 46 Nr 7 des Gesetzes nur das Innenverhältnis im Auge hat (RG 75, 164 — unter Heranziehung auch des § 37 Abs 2 des Ges). Darüber, ob durch die Nichtigkeit des Grundschäfts auch die auf Grund desselben erteilte Vollmacht hinfällig wird, vgl. § 139 A 1 Abs 2.

Als selbständiges Rechtsgeschäft ist die Vollmacht auch **selbständig anfechtbar,** und Anfechtungsgegner ist gemäß § 243 Abs 3, je nachdem die Vollmachtserteilung gegenüber dem Bevollmächtigten selbst, oder nur gegenüber dem Dritten gemäß §§ 167, 170, oder endlich nur gemäß § 171 durch öffentliche Bekanntmachung erklärt worden, entsprechend der Bevollmächtigte, oder der Dritte, oder jeder andere, mit dem das Rechtsgeschäft durch den Vertreter abgeschlossen worden ist. Streitig. Vgl. Planck § 167 A 4. Da die Anfechtung der Vollmacht gemäß § 142 zurückwirkt, so hat dies zur Folge, daß die vom Bevollmächtigten bereits vorgenommenen Rechtsgeschäfte als von einem auftragslosen Vertreter (§ 177) vorgenommen anzusehen sind. Kommt es daher dem Vollmachtgeber nur darauf an, die Vollmacht für die Zukunft zu beseitigen, so wird er sich des Widerrufs nach § 168 bedienen müssen. Anfechtbar ist die Bevollmächtigung aus Gründen in der Person des Vollmachtgebers (Irrtum), oder in der Person des Bevollmächtigten (eine durch ihn begangene arglistige Täuschung des Vollmachtgebers), oder, falls ein Dritter sich eine arglistige Täuschung schuldig gemacht hat, gemäß § 123 Abs 2. Daß auch das vom Bevollmächtigten abgeschlossene Rechtsgeschäft für den Vollmachtgeber anfechtbar ist, kann nicht zweifelhaft sein. Dagegen ist die Ansicht unhaltbar, daß die Anfechtung der Vollmacht zugleich die Anfechtung des auf Grund ihrer abgeschlossenen Geschäftes bedeutet.

Umfang der Vollmacht. Wieweit der Bevollmächtigte den Machtgeber ohne weiteres zu berechtigen und zu verpflichten vermag, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Inhalte der Vollmacht allein, der seinerseits nach dem besondern Inhalte des vorzunehmenden Rechtsgeschäfts und namentlich wie sonst eine Willenserklärung durch Auslegung gemäß §§ 133, 157 zu ermitteln ist (RG 71, 221; 73, 349), wobei der Grundsatz gilt, daß, soweit nicht der größere Umfang nachweisbar ist, nur der geringere Umfang angenommen werden kann (RG JW 1913, 1634[3]). Handelt der Vertreter außerhalb dieser Grenze, dann liegt ein Fall des § 177 vor, gleichviel ob eine bloße Überschreitung der Vollmacht vorliegt oder ob der Vertreter überhaupt ein anderes Rechtsgeschäft als das vollmachtsmäßige abgeschlossen hat. Etwaige Weisungen, die der Geschäftsherr dem Bevollmächtigten erteilt, bilden keinen

Bestandteil der Vollmacht. Sie sind daher an und für sich auch nur für das Innenverhältnis zwischen den Genannten von Belang (RG Gruch 52, 953) und können im übrigen behufs Feststellung des Vollmachtsumfangs höchstens als Auslegemittel dienen. Mithin kommt es auch betreffs der Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts für den Vollmachtgeber grundsätzlich gar nicht darauf an, ob der Vertreter den Weisungen gemäß oder ihnen zuwidergehandelt hat. Es greift hier auch schon der allgemeine Gesichtspunkt durch, daß derjenige, der eine an sich immer nur für die Außenwirkung berechnete Vollmacht erteilt, gleichviel ob die Erteilung gegenüber dem Vertreter selbst oder einem bestimmten Dritten (§ 167), oder endlich der Allgemeinheit gegenüber (§ 171) erfolgt, damit ohne weiteres zu erkennen gibt, daß er nach Maßgabe dieser Vollmacht gebunden sein wolle, sofern der Ermächtigte auf Grund der Vollmacht und innerhalb der Vollmachtsgrenze abschließe. Sodann aber besteht auch keine innere Berechtigung für die Vermutung, daß eine Vollmacht eingeschränkt sei, wie freilich eine Vermutung auch nicht für die Ausdehnung der Vollmacht gegeben ist (RG 23. 9. 05 V 42/05, wonach in der Ermächtigung zum Verkaufe nicht zugleich die zu einer Garantieübernahme enthalten ist).

Mißbrauch von der Vollmacht. Die Regel, daß für die Verbindlichkeit des Rechtsgeschäfts dem Vollmachtgeber gegenüber grundsätzlich allein der Vollmachtsinhalt maßgebend ist, muß indessen dann eine Ausnahme erleiden, wenn zuungunsten des Geschäftsgegners die Grundsätze vom Handeln wider Treu und Glauben Platz greifen. Der Geschäftsgegner braucht sich im allgemeinen zwar nur um die Vollmachtsmäßigkeit des Rechtsgeschäfts zu kümmern, und diese wird auch noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Stellvertreter auftragswidrig und gar gegen das Interesse seines Machtgebers handelt (RG 71, 222). Vgl. auch RG Warn 1912 Nr 198. Indessen kennt der Geschäftsgegner die Weisungen, weil sie etwa in der Vollmachtsurkunde mitenthalten sind, oder weil er von ihnen sonst erfahren hat, oder mußte er sich ohnehin sagen, daß der Stellvertreter dem Willen des Machtgebers offenbar zuwiderhandle (vgl. § 116 A 1) und daß der letztere das fragliche Geschäft keinesfalls beabsichtigt haben könne (RG 52, 98); oder war dem Geschäftsgegner bekannt (RG 71, 219; 74, 219; 75, 299), oder hat er auch nur erkennen müssen (RG 16. 9. 11 V 101/11; 27. 10. 17 V 151/17), daß der Stellvertreter die Interessen seines Machtgebers beeinträchtige, und hat er trotzdem das Rechtsgeschäft mit dem Stellvertreter abgeschlossen, dann kann er daraus keine Rechte herleiten, vielmehr ist das Rechtsgeschäft für den Vertretenen trotz seiner äußeren Vollmachtsmäßigkeit unverbindlich. Es entsteht alsdann aber auch dadurch nicht wirksam, daß der Geschäftsgegner sich demnächst etwa anheischig macht, die Bedingungen des Vertretenen einhalten zu wollen (RG SeuffA 61 Nr 385). Verspricht der Dritte dem Bevollmächtigten einen Vorteil dafür, daß der Bevollmächtigte gegen das Interesse des Vollmachtgebers handelt, dann ist der vom Bevollmächtigten mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag gemäß § 138 nichtig (RG 26. 5. 06 II 107/06; 5. 2. 19 V 318/18). — Bei der gesetzlichen Ermächtigung besteht für alle vorstehenden Erwägungen über ein anweisungswidriges Verhalten des Vertreters selbstverständlich kein Raum. Hier entscheidet über den Umfang der Ermächtigung lediglich das Gesetz selbst. Wohl aber kann es auch hier den zuvor dargestellten Grundsätzen gemäß in Betracht kommen, ob der Geschäftsgegner bei Anwendung gehöriger Sorgfalt hätte erkennen können (§ 122 A 2), daß der gesetzliche Vertreter mit seiner Ermächtigung Mißbrauch treibe (RG 83, 348; 17. 1. 14 V 358/13, betreffend einen Testamentsvollstrecker). — Ob sich der Vertreter durch ein anweisungswidriges oder pflichtwidriges Verhalten dem Vertretenen gegenüber haftbar macht oder nicht, entscheidet sich nach dem zwischen ihnen sonst bestehenden Rechtsverhältnisse und nach den allgemeinen Grundsätzen vom vertraglichen oder außervertraglichen Schadensersatze.

Ersatzvollmacht (Substitution). Die Frage, ob die Vollmacht das Recht zu einer derartigen Weiterübertragung enthält, daß der ursprünglich Bevollmächtigte ganz ausscheidet, ist für die Regel zu verneinen (§§ 27, 86, 613, 664, 713; ferner §§ 52, 58 HGB). Die Bevollmächtigung enthält aber im Gegensatze zur Prozeßvollmacht gemäß § 81 ZPO auch nicht ohne weiteres die Befugnis zur Bestellung eines Ersatzbevollmächtigten mit der Tragweite, daß auch das ursprüngliche Vollmachtsverhältnis bestehenbleibt und der Ersatzbevollmächtigte nur an Stelle des Bevollmächtigten handeln soll, dem Geschäftsherrn aber gegenüber mit der gleichen Wirkung, als hätte der Bevollmächtigte selbst gehandelt. Schließlich handelt es sich jedoch auch hier um eine Auslegungsfrage. Man wird annehmen können, daß die Befugnis zur Übertragung insoweit gegeben sein soll, als es einerseits der Übertragung zur Ausführung des Geschäfts bedarf, und als die Übertragung anderseits das Interesse des Machtgebers in keiner Weise verletzt. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die Vollmacht schon an sich die Ermächtigung zur Vornahme aller derjenigen Handlungen umfaßt und umfassen soll, ohne die das aufgetragene Geschäft nicht ausgeführt werden kann (§ 98 I 13 ALR). Danach ist übrigens auch zu beurteilen, ob der Bevollmächtigte befugt ist, die Ausführung nur einzelner, dem Zwecke des Ganzen dienenden Verrichtungen auf einen andern zu übertragen.

Je nachdem die Vollmacht für ein bestimmtes Geschäft oder für alle das ganze Vermögen betreffenden Angelegenheiten erteilt ist, unterscheidet man **Spezial- und Generalvollmacht.** Auch die letztere ermächtigt den Bevollmächtigten dem Vollmachtgeber gegenüber nicht zu Geschäften, die gegen dessen ausgesprochenen Willen vorgenommen würden, und wenn der Vertragsgegner diesen Widerspruch kennt, so kann er aus einem derartigen Geschäft Rechte nicht herleiten (RG 52, 100; 71, 222; vgl. auch § 164). In der Generalvollmacht kann auch die Ermächtigung des Bevollmächtigten enthalten sein, namens des Vollmachtgebers für seine, des Bevollmächtigten, eigene Schuld einem Dritten gegenüber eine Bürgschaft zu übernehmen; ob die Bürgschaftsübernahme im Interesse des Vollmachtgebers liegt, berührt an sich nur das innere Verhältnis zwischen ihm und dem Bevollmächtigten (RG 71, 221). Der Begriff des Generalvertreters ist kein feststehender, er wird auch in Fällen verwendet, wo der Generalvertreter in eigenem Namen und für eigene Rechnung handelt (RG 65, 37; Warn 1912 Nr 8). Auch die freie Widerruflichkeit der Generalvollmacht richtet sich nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse (RG JW 1912 Nr 1102²).

Gesamtvollmacht. Ist die Vollmacht mehreren erteilt, so kann entweder beabsichtigt sein, daß jeder einzelne von ihnen, oder daß nur alle zusammen zur Vertretung befugt sein sollen (Gesamtvollmacht). Das ist von Fall zu Fall zu entscheiden. Eine Regel stellt das Gesetz nicht auf. Die Grundsätze der §§ 420 ff. werden hier schwerlich Anwendung finden können, da, wie bereits erwähnt, aus dem Vollmachtsverhältnisse Ansprüche überhaupt nicht hervorgehen, mithin insoweit auch von Gläubigerschaft und Schuldnerschaft nicht die Rede sein kann. Sondervorschriften sind gegeben für die Gesellschafter in den §§ 709, 710 in Verbindung mit § 714; im HGB in den §§ 48 Abs 2, 125 Abs 2, 150, 232; ferner beim GenG in § 25 und GmbHG in § 35 Abs 2. Bei der Gesamtvertretung ist ein Zusammenwirken aller Vertreter notwendig, und daher wird das Rechtsgeschäft fehlerhaft (nichtig oder anfechtbar), wenn ein Willensmangel auch nur in der Person eines Vertreters bestanden hat. Vgl. A 1. Die Mitwirkung aller braucht nicht eine gleichzeitige zu sein; sie muß aber von seiten jedes einzelnen dem Geschäftsgegner gegenüber erfolgen (RG 61, 223; 75, 423). Nach RG JW 1913, 482² genügt es jedoch, wenn die Genehmigung gegenüber den Mitvertretern (auch nur formlos) erteilt worden ist. Dieser Ansicht dürfte beizupflichten sein. Denn jeder der einzelnen Gesamtvertreter kann den andern Gesamtvertreter wiederum zu seiner Vertretung ermächtigen (RG 80, 180). Nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte reicht auch eine stillschweigend erklärte Genehmigung aus (RG JW 1911, 491²⁰), und diese kann auch schon darin gefunden werden, daß der andere Geschäftsführer die von dem einen abgeschlossenen fortgesetzten Geschäfte unbeanstandet gelassen hat (RG 75, 419). Genügt satzungsgemäß das Zusammenwirken von zwei Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft, so ist das durch nur einen von ihnen abgeschlossene Rechtsgeschäft zunächst unwirksam, wird jedoch wirksam, wenn das andere Mitglied seine Genehmigung erteilt; unzulässig ist aber eine Übertragung der einem von den mehreren Mitbevollmächtigten zustehenden Gesamtbefugnis auf einen Dritten (§ 184; RG 79, 285). Der Vorstand einer eingetragenen Genossenschaft kann zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften auch eines seiner Mitglieder ermächtigen, und dieses ist von seiner Mitwirkung bei Erteilung dieser Ermächtigung nicht ausgeschlossen (RG 80, 180). Bei der passiven Stellvertretung können dagegen Willenserklärungen gegenüber nur einem von mehreren Gesamtvertretern mit Wirkung für die vertretene Person abgegeben werden, und Kenntnis einer Tatsache auf seiten eines der Gesamtvertreter genügt, um Kenntnis der vertretenen Person annehmen zu können (RG 53, 230). Ist das Rechtsgeschäft formbedürftig, dann muß die Form von allen mitwirkenden Vertretern gewahrt werden; handelt einer von den mehreren Gesamtvertretern allein und daher ohne Vertretungsmacht (als auftragsloser Geschäftsführer), dann genügt für die nach § 177 erforderliche Zustimmung eine formlose Erklärung (RG JW 1913, 482²; 6. 12. 12 III 343/12). Wie die juristische Person außervertraglich auf Schadensersatz haftet, wenn auch nur einer von den mehreren Gesamtvertretern die unerlaubte Handlung dem Geschädigten gegenüber sich hat zuschulden kommen lassen (RG JW 1913, 587¹), so genügt es auch für die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des von den Gesamtvertretern vorgenommenen Rechtsgeschäfts, wenn der Willensfehler nur bei einem von ihnen vorlag (RG 78, 354). Der § 125 Abs 2 HGB schließt nicht aus, daß mehreren Gesellschaftern in der Art das Vertretungsrecht eingeräumt wird, daß der eine von ihnen für sich allein, die andern aber nur alle zusammen vertretungsberechtigt sind (RG 90, 21).

5. Der § 166 gilt auch für die **Prozeßerklärungen,** z. B. bei einem Rechtsmittelverzichte (RG Gruch 49, 1049). Vgl. Vorbem 8 vor § 104. — Hat der Bevollmächtigte seinen Auftrag im Auslande auszuführen und dort auf Grund seiner Vollmacht zu handeln, dann ist auch die Frage, ob die Angaben des Bevollmächtigten als solche des Machtgebers zu erachten sind, nach dem fremden Rechte zu beurteilen (RG 78, 60).

§ 167

Die Erteilung der Vollmacht erfolgt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll[1]).

Die Erklärung bedarf nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht[2]).

E II 137; M 1 228 ff.; P 1 143 ff.; 6 124 ff., 134.

1. Die **Erteilung der Vollmacht** erfolgt durch eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung. — Über den Begriff der Vollmacht usw. vgl. § 166 A 4. — Annahme der Vollmachtserteilung von seiten des Bevollmächtigten nicht erforderlich. Auch stillschweigende Erklärungen reichen aus. Das ist beispielsweise anzunehmen, wenn der Agent einer Versicherungsgesellschaft ermächtigt ist, die Police zu unterschreiben (RG 50, 75); wenn der Inhaber eines geschäftlichen Unternehmens sich jeder tatsächlichen Mitwirkung bei der Geschäftsführung enthält und diese ganz einem andern überläßt (RG Gruch 52, 937); wenn jemand als Bevollmächtigter eines andern auftritt und dieser es in einer Weise geschehen läßt, die nach Treu und Glauben als Erteilung einer Vollmacht aufgefaßt werden kann (RG 43, 190; 65, 295; Warn 1913 Nr 130); wenn der Handlungsgehilfe, der für seinen Geschäftsherrn Vertragsbedingungen zu vermitteln hat, Erklärungen abgibt, und der Geschäftsherr beim Vertragsschlusse nicht Gegenteiliges erklärt (RG 1. 2. 07 II 272/06); weiter im Falle der fortgesetzten wissentlichen Duldung der Überschreitung einer Vollmacht (RG 8. 12. 05 VII 173/05 u. 27. 2. 06 VII 280/05). Der Umfang der stillschweigenden Vollmacht hängt davon ab, welche Schlüsse aus dem Verhalten des Geschäftsherrn in Hinsicht auf seinen Willen gezogen werden können, aus dem Dulden minder wichtiger Geschäfte kann nicht auch auf eine Ermächtigung zu wichtigen Geschäften, beispielsweise auf die zur Eingehung wechselrechtlicher Verbindlichkeiten, geschlossen werden (RG 26. 1. 18 V 235/17). Zu berücksichtigen sind bei Bemessung des Umfangs einer stillschweigend erteilten Vollmacht die allgemeinen Grundsätze der §§ 133, 157 und die Verkehrssitte (RG 73, 349, betreffend einen kaufmännischen Angestellten). Vgl. auch RG 81, 257 und dazu § 171 A 1; ferner Warn 08 Nr 439 u. 463; 1913 Nr 130. Gemäß § 54 HGB hat ein Geschäftsreisender Abschlußvollmacht nur insoweit, als er im allgemeinen zum Abschlusse oder zur Vermittlung von Geschäften ermächtigt worden ist (RG 97, 1). Unter Umständen greifen die Grundsätze von der stillschweigenden Vollmachtserteilung auch schon dann Platz, wenn der Vertretene das Auftreten des Vertreters zwar nicht kannte, aber bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte kennen müssen (RG 65, 295; Warn 1913 Nr 130). Vgl. noch § 171 Abs 1 a. E. Der Gegner muß jedoch jedenfalls gewußt haben, daß der Vertreter im Namen des (angeblich) Vertretenen gehandelt hat (RG Warn 1914 Nr 38; hier hatte der Wechselnehmer nicht gewußt, daß die Akzepte nicht vom Beklagten selbst, sondern von einem andern auf die Akzepte gesetzt waren). Hat der Geschäftsherr in seinem Geschäfte einem Geschäftsführer eine Stellung eingeräumt, die ihn zum Abschlusse von Verträgen ermächtigte, dann währt diese Befugnis Dritten gegenüber fort, bis er Widerruf der Vollmacht nach außen hin erkennbar geworden ist (RG Warn 15 Nr 273). Im Falle des § 714 soll eine Vermutung für eine Bevollmächtigung des geschäftsführenden Gesellschafters bestehen, und zwar genau im Umfange der Geschäftsführungsbefugnis (RG 3. 12. 07 III 178/07 u. 27. 2. 06 VII 280/05). „Vermutete Vollmacht" im Falle der §§ 370 (Quittungsempfänger). Vgl. auch § 54 HGB. — Stillschweigend kann auch eine Prozeßvollmacht erteilt werden (RG 95, 269 zu § 233 ZPO).

2. Die Bevollmächtigungserklärung ist grundsätzlich **formfrei** (RG 54, 79; 65, 178; Gruch 50, 115), auch dann, wenn sie auf den Erwerb oder auch auf die Veräußerung von Grundstücken gerichtet ist; denn der § 313 bezieht sich nur auf das entsprechende Hauptgeschäft — die Veräußerung —, nicht aber auch auf ein Hilfsgeschäft, wie Vollmacht oder Antrag (RG 62, 336). Anders freilich, wenn die Vollmacht ein Teil des einheitlichen Geschäfts ist, das der Form bedarf (vgl. dazu § 139 A 1 u. 2 Abs 2 u. § 313 A 1 v); oder wennschon die Vollmacht in Wirklichkeit demselben Zwecke dienen soll und dient wie der Abschluß des formbedürftigen Hauptgeschäfts (§ 313); beispielsweise, wenn der Verkäufer eines Grundstücks einen andern ermächtigt, den Kauf gemäß § 181 mit sich selbst abzuschließen, oder wenn der zum Abschlusse des Verkaufs mit einem Dritten Ermächtigte dem Vollmachtgeber gebunden worden, lediglich nach dessen Weisungen als willenloses Werkzeug tätig zu sein (RG 54, 79; 62, 336; 76, 183; 79, 215; 81, 51; Warn 1911 Nr 393); oder wenn der Bevollmächtigung zum Verkaufe des Grundstücks ein unwiderruflicher Auftrag zugrunde liegt (RG JW 1911, 806[9]; Warn 1917 Nr 104). Vgl. auch § 120 A 1 a. E. Eine andere Frage ist es, ob die wegen Nichtigkeit des Grundgeschäfts (sei es wegen eines Willensfehlers, sei es wegen Formmangels) anzunehmende Nichtigkeit auch der erteilten Vollmacht auch einem gutgläubigen Dritten entgegen-

gehalten werden kann; das ist zu verneinen; der gutgläubige Dritte muß sich auf die Gültigkeit einer ordnungsmäßig erscheinenden Vollmacht verlassen können, es kann ihm die Prüfung der Gültigkeit des der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts nicht zugemutet werden (RG 69, 234; 97, 273). Vgl. dazu auch die §§ 171, 172. — Die Vollmacht, die eine Stadtgemeinde zu einem Vertrage erteilt, durch den sie verpflichtet werden soll, unterliegt den Formvorschriften des § 56 Nr 8 der StOrdnung (RG 64, 413; 10. 3. 15 V 510/14). Vollmachtserteilung ist auch durch öffentliche Bekanntmachung möglich (§ 171).

§ 168

Das Erlöschen der Vollmacht bestimmt sich nach dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse[1]). Die Vollmacht ist auch bei dem Fortbestehen des Rechtsverhältnisses widerruflich, sofern sich nicht aus diesem ein anderes ergibt[2]). Auf die Erklärung des Widerrufs findet die Vorschrift des § 167 Abs 1 entsprechende Anwendung[3]).

E I 119 II 138; M 1 233 ff.; P 1 143 ff.

1. Erlöschen der Vollmacht **nach dem ihr zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse.** Regel ist, daß mit dem Rechtsverhältnisse auch die Vollmacht endigt. Nur mittelbarer Erlöschungsgrund. Welche Umstände aber das Grundverhältnis zur Erledigung bringen, das bestimmt sich jedesmal nach seiner Sondernatur. In Betracht kommen als Rechtsverhältnisse in Rede stehender Art wesentlich Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Gesellschaft, und demgemäß als Erlöschungsgründe entsprechend Kündigung — sowohl von seiten des Vollmachtgebers wie des Bevollmächtigten —, Tod, Konkurs, Eintritt der Geschäftsunfähigkeit gemäß den §§ 671 ff., 620 ff., 649, 723 ff., endlich das Rücktrittsrecht gemäß § 326 und § 23 KO. Eine Vollmacht für die Dauer eines Rechtsverhältnisses (sogar eines solchen im eigenen Interesse des Bevollmächtigten) kann auch durch eine Verfügung von Todes wegen erteilt werden (RG 28. 11. 07 IV 146/07).

2. **Widerruf der Vollmacht** durch den Vollmachtgeber als unmittelbarer Erlöschungsgrund. Er ist jederzeit zulässig, und zwar ohne Rücksicht auf den Fortbestand des Rechtsverhältnisses, falls sich nicht aus diesem ein anderes ergibt. Da die letztere Voraussetzung stets nur dann gegeben sein kann, wenn die Vollmacht mit Rücksicht auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis erteilt worden, so folgt, daß die rein abstrakte Vollmacht unter allen Umständen frei widerruflich ist, mithin auch dann, wenn ihr die Bestimmung der Unwiderruflichkeit beigefügt wird, während umgekehrt eine solche Bestimmung bindend ist, wenn sie mit Rücksicht auf das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis hinzugefügt und erkennbar dazu vorgesehen ist, die Fortdauer der Vollmacht für die Dauer des Rechtsverhältnisses selbst, oder aber bis zur Erledigung aller aus ihm hervorgehenden Beziehungen zu sichern (RG 62, 337). Der einseitige Verzicht des Vollmachtgebers auf die mit Rücksicht auf ein bestehendes Rechtsverhältnis erteilte Vollmacht ist nicht bindend (RG 62, 337); wohl aber ist es der durch Annahme des Verzichts abgeschlossene Verzichtvertrag. Eine auf Einräumung der Verwaltung des ganzen Vermögens und auf Vertretung in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten gerichtete Vollmacht (Generalvollmacht im weitesten Sinne) kann ohnehin schon gemäß § 138 (wegen übermäßiger Beschränkung der Willensfreiheit) nichtig sein (RG Warn 1912 Nr 413). Eine abstrakt erteilte Generalvollmacht ist frei widerruflich; bei einer auf Grund eines Rechtsverhältnisses erteilten Generalvollmacht greifen die gewöhnlichen Regeln Platz (RG Warn a. a. O.). Frei widerruflich kann die Vollmacht indessen ohnehin nicht sein, wenn sie nicht im Interesse des Vollmachtgebers, sondern in fremdem Interesse, dem des Bevollmächtigten oder eines Dritten, erteilt ist, insbesondere, um den Bevollmächtigten zu ermächtigen, eine Forderung zu eigener Befriedigung oder der eines Dritten einzuziehen (RG 52, 99; 53, 419; Warn 08 Nr 123). Denn unter solchen Umständen folgt der Verzicht des Vollmachtgebers auf das Widerrufsrecht und seine Annahme durch den Bevollmächtigten aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse ohne weiteres. Die einer Vollmacht beigefügte Unwiderruflichkeitsabrede ist wirkungslos, wenn der Vollmachterteilung lediglich ein Auftrag zugrunde gelegen hat (RG Warn 1912 Nr 369). Für einen Widerruf durch den Bevollmächtigten ist kein Raum, da er bei Begründung des Vollmachtsverhältnisses überhaupt nicht mitwirkt und seine Rechtsstellung sich überhaupt in einer bloßen Befugnis erschöpft. Der Bevollmächtigte kann jedoch mittelbar auf die Beseitigung des Vollmachtsverhältnisses in der Weise einwirken, daß er das Grundverhältnis zum Erlöschen bringt (A 1).

Andere Umstände, die die Vollmacht unmittelbar beenden, sind, falls die Vollmacht befristet oder bedingt erteilt ist, der Ablauf der Frist und der Eintritt der Bedingung. Daß der Tod des Vollmachtgebers grundsätzlich als ein unmittelbar wirkender Erlöschungsgrund anzusehen sei, bestimmt das Gesetz nicht, ist daher auch nicht anzunehmen. Es wird nur Aus-

legungssache sein, ob der Machtgeber die Ermächtigung ausschließlich für seine Person hat geben wollen. Dagegen findet die Annahme, daß der Tod des Bevollmächtigten das Vollmachtsverhältnis der Regel nach unmittelbar beendet, in der Erwägung ihre Rechtfertigung, daß die Vollmachterteilung regelmäßig Vertrauenssache ist und sonach schon die Vermutung für eine Beschränkung auf die Person spricht. Regelmäßig stellt die in der Vollmacht enthaltene Befugnis auch kein Vermögensrecht im Sinne des § 1922 dar. Eintretende Geschäftsunfähigkeit des Bevollmächtigten wird aus dem zuvor angeführten Grunde ebenfalls als Erlöschungsgrund anzusehen sein, während kein Grund vorliegt, ein gleiches hinsichtlich nachträglicher Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers anzunehmen. Bloße Beschränkung der Geschäftsfähigkeit ist an und für sich einflußlos. Vgl. § 165. Die Beschränkung in der Verfügungsbefugnis (§ 6 KO) ist insoweit von Bedeutung, als sie auf das Grundverhältnis einwirkt. Daher wird auch die Vollmacht, die eine Ehefrau vor der Ehe einem Dritten zur Auflassung ihres später von dem Verwaltungsrechte des Mannes betroffenen Grundstücke erteilt hatte, mit Begründung des Verwaltungsrechts ihres Ehemanns erlöschen (in RG 80, 248 unentschieden gelassen). Erlischt das Verfügungsrecht des Vollmachtgebers in Ansehung eines fremden Vermögens (wie das des Konkursverwalters, Zwangsverwalters, Testamentsvollstreckers), dann erlischt damit auch die Vollmacht. Die vom gesetzlichen Vertreter erteilte Vollmacht erlischt dagegen mit Aufhören des Vertretungsrechts nicht (RG 41, 65 — für preußisches Recht). Über das etwaige Fortbestehen der Vertretungsbefugnis trotz Erlöschens der Vollmacht vgl. §§ 170—173.

3. Danach kann die **Erklärung des Widerrufs** entweder dem Bevollmächtigten oder dem Geschäftsgegener gegenüber abgegeben werden, und der Dritte ist jedenfalls in den Fällen der §§ 170—172 der richtige Erklärungsempfänger. Sie ist eine einseitige, formlose, empfangsbedürftige Willenserklärung.

§ 169

Soweit nach den §§ 674, 729 die erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder eines geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend gilt, wirkt sie nicht zugunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß[1]).

E I 119 II 138; M 1 234 ff.; P 2 518 ff.

1. Ist das Grundverhältnis Auftrag und endet dieser in anderer Weise als durch Widerruf oder Kündigung, z. B. durch Konkurs des Auftraggebers, so gilt er nach § 674 **zugunsten des Beauftragten als fortbestehend**, bis dieser von dem Erlöschen Kenntnis erhalten hat, oder bis er es kennen muß (§ 122). Gemäß § 729 währt das Recht des geschäftsführenden Gesellschafters zur Stellvertretung fort, wenn die Gesellschaft auf andere Weise als durch Kündigung aufgelöst wird. Beide Bestimmungen bezwecken, den gutgläubigen Beauftragten gegen die Gefahr zu schützen, die für ihn aus einer auftragslosen Geschäftsführung entstehen kann, und zu dem Ende geht auch § 169 davon aus, daß gegebenenfalls die gemäß § 168 Satz 1 an sich erloschene Vollmacht zugunsten des Vertreters als fortbestehend gilt. In den beiden bezeichneten Fällen (§§ 674, 729) ist die Fortwirkung der Vertretungsbefugnis auch **zugunsten des Dritten noch davon abhängig**, daß dieser das Erlöschen der Befugnis des ehemaligen Vertreters nicht gekannt hat und daß es ihm auch nicht aus bloßer Fahrlässigkeit (§ 122) unbekannt geblieben ist (RG JW 05, 488[7]).

§ 170

Wird die Vollmacht durch Erklärung gegenüber einem Dritten erteilt, so bleibt sie diesem gegenüber in Kraft, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird[1]).

E II 139; P 1 147 ff.

1. Ist die Vollmacht durch Erklärung gegenüber dem Dritten gemäß § 167 begründet (nicht also bloß eine Vollmachtserteilung gemäß § 171 angezeigt) worden, so kann sie dem Dritten gegenüber trotz ihres Erlöschens (§ 168 Satz 1 u. 2) auch nur dadurch außer Kraft gesetzt werden, daß ihm das **Erlöschen** der Vollmacht **angezeigt**, und ihm diese Mitteilung also auch zugänglich gemacht wird (§ 130). Zu beachten bleibt dabei jedoch die Regel des § 173, wonach schlechtgläubige Dritte das Fehlen der Anzeige nicht vorschützen können. Ist die Erteilung der Vollmacht durch Erklärung dem Bevollmächtigten gegenüber erfolgt, so greift der § 170 nicht Platz, und es muß daher der Dritte das Erlöschen der Vollmacht auch im Falle unterbliebener Anzeige unbedingt gegen sich gelten lassen. Da das Gesetz eine Verpflichtung des Vollmachtgebers zur Anzeige des Erlöschens der Vollmacht überhaupt nicht vorsieht, so

kann er vom Dritten wegen Unterlassens der Anzeige höchstens nach den Grundsätzen von unerlaubten Handlungen (§§ 823 ff.) haftbar gemacht werden. — Die Vorschrift des § 170 ist entsprechend auch dann anwendbar, wenn die Vollmacht des Vertreters inhaltlich abgeändert, namentlich eingeschränkt wird (RG JW 1915, 998[6]).

§ 171

Hat jemand durch besondere Mitteilung an einen Dritten oder durch öffentliche Bekanntmachung kundgegeben, daß er einen anderen bevollmächtigt habe, so ist dieser auf Grund der Kundgebung im ersteren Falle dem Dritten gegenüber, im letzteren Falle jedem Dritten gegenüber zur Vertretung befugt[1]).

Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird[2]).

E I 120 II 140; M 1 237 ff.; P 1 145 ff.

1. Im Falle **besonderer Mitteilung oder öffentlicher Bekanntmachung** der angeblich einem Dritten erteilten Vollmacht gilt diese als wirklich erteilt, ohne Rücksicht darauf, ob ein Vollmachtsverhältnis wirklich besteht oder nicht (RG 3. 12. 07 III 178/07). Die Stellvertretungsbefugnis wird daher, auch wenn das Vollmachtsverhältnis in Wirklichkeit überhaupt nicht begründet worden, oder aber aus irgendeinem Grunde nicht wirksam zur Entstehung gelangt (Schein, Scherz), oder endlich durch Anfechtung vernichtet ist, selbständig begründet, und zwar bei Mitteilung an einen bestimmten Dritten diesem, bei öffentlicher Bekanntmachung jedem Dritten gegenüber. Die Mitteilung bedarf keiner Form (RG 2. 7. 02 V 160/02). Ebensowenig ist eine bestimmte Art der Bekanntmachung vorgesehen. Sie kann daher in jeder geeigneten Weise (auch durch Anschlag im Geschäftslokale oder durch das Firmenschild) bewirkt werden. Zu beachten bleibt aber auch hier die Vorschrift des § 173 (RG 3. 12. 07 III 178/07). Kannte der Dritte die Unwirksamkeit der Vollmacht, dann kann er sich auf § 171 nicht berufen; er würde wissen, daß der angeblich Bevollmächtigte mit der nur scheinbaren Vollmacht Mißbrauch treibe (vgl. § 166 Anm 3 Abs 4). Unkenntnis aus bloßer Fahrlässigkeit kann dagegen dem Dritten nicht entgegenstehen; der § 173 hat lediglich den Fall des Erlöschens der Vollmacht und nicht auch den ihrer Erteilung im Auge. — Auf den guten Glauben des anzeiglich Bevollmächtigten kommt es nicht an, denn die Bestimmung des § 171 dient lediglich zum Schutze des gutgläubigen Dritten (vgl. dagegen § 169 A 1). Hat der Gläubiger die von ihm mit einer Blankozession ausgestellte Schuldurkunde einem andern ausgehändigt, dann gilt dieser Dritten gegenüber als zur freien Verfügung über die Forderung befugt, zumal wenn der andere ein Bankier ist; verfügt der andere über die Forderung auch nicht auftragsgemäß im Interesse des Gläubigers, sondern mißbräuchlich im eigenen Interesse, so ist die Verfügung gleichwohl wirksam, es sei denn, daß der Dritte gewußt hat, oder wenigstens aus den Umständen, insbesondere aus dem Inhalte der Blankozession ersehen mußte, daß der andere auftragswidrig und mißbräuchlich handle (RG 71, 22; 16. 9. 11 V 101/11). Nach den gleichen Grundsätzen muß auch derjenige, welcher einem andern eine zu dessen Gunsten lautende Abtretungsurkunde ausgehändigt hat, dem Dritten gegenüber, der von dem angeblichen Zessionar gutgläubig erworben hat, seine Zessionserklärung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn sie nur zum Schein abgegeben worden ist (RG 90, 277). Wer einem andern Grundschuldbriefe nebst unterschriebenen Abtretungsformularen aushändigt, gibt jedem Dritten, mit dem sich der andere einläßt, zu erkennen, daß er den andern zur Verfügung über die Grundschuldbriefe ermächtigt hat (RG 81, 257).

2. Die nach Abs 1 anzunehmende Vertretungsmacht kann wiederum nur auf dem Wege der **Mitteilung** oder der öffentlichen **Bekanntmachung beseitigt werden.** Auch diese Erklärungen sind formfrei. Demjenigen Dritten gegenüber, dem der Widerruf besonders bekanntgemacht worden, bedarf es, um die Vollmacht ihm gegenüber zu entkräften, gegebenenfalls nicht erst der öffentlichen Bekanntmachung des Widerrufs (§ 173).

§ 172

Der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung durch den Vollmachtgeber steht es gleich, wenn dieser dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt[1]).

Die Vertretungsmacht bleibt bestehen, bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird[2]).

E I 121 II 141 4; M 1 238 ff.; P 1 147 ff.

1. **Vorlegung der Vollmachtsurkunde.** An sich ist die Beurkundung der Vollmacht kein Erfordernis. Ist sie aber erfolgt, die Urkunde dem Vertreter auch ausgehändigt, und von ihm alsdann dem Geschäftsgegner vorgelegt worden, dann gilt dem letzteren gegenüber auch jetzt das Vollmachtsverhältnis als wirklich und als wirksam bestehend, selbst dann, wenn tatsächlich das Gegenteil der Fall. Vgl. § 171 A 1 und die dort angeführten Anwendungsfälle. Auf § 172 kann sich nach § 173 nur der gutgläubige Dritte berufen. So kann auch dem gutgläubigen Erwerber eines Grundstücks, dem bei der Auflassung die in den Veräußerungsvertrag eingeschlossene Auflassungsvollmacht vorgelegt wurde, die Nichtigkeit des Veräußerungsvertrags (aus § 138) und die daraus sich gleichzeitig ergebende Nichtigkeit der Vollmacht (RG 94, 147) nicht entgegengehalten werden (RG 97, 275). — Zur Vorlegung (die auch vor dem Geschäftsabschlusse erfolgt sein kann) gehört, daß die Urkunde der sinnlichen Wahrnehmung des Dritten unmittelbar zugänglich gemacht wird, während eine bloße Bezugnahme auf sie, sogar im Falle des Verzichts auf die Vorlegung durch den Bevollmächtigten, nicht ausreicht (RG 56, 63). Daß die Partei sich alsdann von der Richtigkeit der Vollmacht durch die Einsichtnahme in die Urkunde auch überzeugt hat, ist nicht mehr wesentlich (RG 97, 275). Notwendig ist im übrigen die Vorlegung der Vollmacht in ihrer Urschrift (RG 88, 430). — Die Aushändigung einer Löschungsbewilligung an einen Notar enthält keine Vollmacht zum Zahlungsempfange, aber der Erteiler der Löschungsbewilligung ist an die vom Notar gegen Empfang der Zahlung weitergegebene Löschungsbewilligung gebunden, auch wenn der Notar das Geld unterschlägt (RG 15. 1. 08 V 116/07).

2. Bis der eine oder der andere Fall eingetreten ist, **bleibt die Vertretungsbefugnis** ohne Rücksicht darauf **bestehen,** gleichgültig ob die Vollmachtsurkunde zur Verfügung des Dritten belassen wurde oder nicht (vgl. indessen § 173). Die Kraftloserklärung erfolgt nach § 176.

§ 173

Die Vorschriften des § 170, des § 171 Abs 2 und des § 172 Abs 2 finden keine Anwendung, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß[1]).

E I 120 II 142; M 1 239; P 1 147 ff.; 4 225; 6 134.

1. Die hier angezogenen Bestimmungen, welche sämtlich vor Augen haben, daß eine Vollmacht trotz ihres Erlöschens zugunsten Dritter als noch fortbestehend zu gelten hat, sollen nur **dem gutgläubigen Dritten** zugute kommen. Nicht geschützt ist daher, wer das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Geschäfts — also zu irgendeiner Zeit vor seinem völligen Abschlusse — gekannt hat oder bei Anwendung der nötigen Sorgfalt gekannt haben würde (§§ 122 Abs 2, 276; RG 69, 235).

§ 174

Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, ist unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist[1]). Die Zurückweisung ist ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber den anderen von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hatte[2]).

E I 122 II 143; M 1 240; P 1 152 ff.

1. Das Anwendungsgebiet dieser Vorschrift beschränkt sich auf **einseitige, empfangsbedürftige Geschäfte** (Vorbem 1 vor § 116), wie beispielsweise die Kündigung. Sie geht davon aus, daß der Erklärungsempfänger bei diesen Rechtsgeschäften handelnd überhaupt nicht mitwirkt, die Vornahme des Rechtsgeschäfts auch nicht hindern kann und daher für den Fall, daß ihm die Erklärung durch einen (angeblichen) Vertreter seines Gegners abgegeben wird, wenigstens Sicherheit darüber verlangen kann, daß der Vertreter befugt handelt. Das Gesetz, das nach § 180 Satz 1 bei einseitigen Rechtsgeschäften eine Stellvertretung ohne Vertretungsrecht grundsätzlich als unzulässig erklärt, gewährt daher dem Erklärungsempfänger das Recht, das vom Vertreter vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft zurückzuweisen, falls der Genannte nicht eine Vollmachtsurkunde vorlegt (§ 172 Abs 1). Macht er von dieser Befugnis Gebrauch, und zwar unverzüglich (§ 121 A 2), so soll die Erklärung ohne Wirkung bleiben. Zurückweisung aus anderm Grunde würde diese Folge nicht haben. Die Vorlegung einer nicht ausreichenden Vollmachtsurkunde genügt nicht (RG 66, 431). Ähnlich § 111. Daß er das Rechtsgeschäft zurückgewiesen habe, hat der Erklärungsempfänger, die Nichtrechtzeitigkeit hat der Gegner (§ 121 A 7) zu beweisen. — Die Vorschrift des

§ 174 ist auf den Fall eines vom gesetzlichen Vertreter (besonders dem Vormunde) vorgenommenen einseitigen Rechtsgeschäfts auch nicht entsprechend anwendbar (RG 74, 263), weil die Bestallung nicht die Eigenschaft einer Vollmacht, sondern nur die Bedeutung eines gerichtlichen Zeugnisses über die Bestallung der betreffenden Person als Vormund hat.

2. Unter dieser Voraussetzung (§ 171) besteht für das Zurückweisungsrecht kein Raum.

§ 175

Nach dem Erlöschen der Vollmacht hat der Bevollmächtigte die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückzugeben: ein Zurückbehaltungsrecht steht ihm nicht zu[1]).

E I 121 II 144; M 1 239; P 1 147, 149 ff.

1. Der § 175 gibt dem Vollmachtgeber in allen Fällen einen unbedingten **Anspruch auf Rückgabe** der Vollmachtsurkunde nach Erlöschen der Vollmacht, gleichgültig, ob der Vollmachtgeber oder der Bevollmächtigte das Eigentum an ihr hat. Der Anspruch wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß in der Urkunde außer der Bevollmächtigung etwa noch das ihr zugrunde liegende Rechtsverhältnis erklärt worden ist (RG JW 02 Beil 211 Nr 52). Der Anspruch kann auch nicht, was gerade das Wesentliche der Vorschrift ist, durch die Einrede der Zurückbehaltung beeinträchtigt werden. Im Falle des Verzugs macht sich der Bevollmächtigte gemäß §§ 284 ff. ersatzpflichtig. — Nach dem Wortlaute des Gesetzes besteht der Anspruch nur dem Bevollmächtigten gegenüber. Daß aber auch der Dritte, dem die Urkunde vom Bevollmächtigten ausgehändigt ist, ebenfalls zur Rückgabe verpflichtet ist, dürfte nicht zweifelhaft sein. Er kann vom Bevollmächtigten nicht mehr Recht an der Urkunde erlangt haben, als diesem selbst zustand, und resoluto jure concedentis resolvitur jus concessum. Nach Planck Anm 3 soll diese Rechtsansicht nicht zutreffen für den Fall, daß der Vertreter zur Aushändigung der Urkunde an den Dritten ermächtigt war. Indes läge in einer solchen Ermächtigung nicht zugleich ihre Beschränkung für so lange, als das Vollmachtsverhältnis bestände? Denkbar ist es freilich, daß der Dritte ein besonderes Interesse an Zurückbehaltung der Urkunde hat, und solange das der Fall, wird der Dritte die ihm kraft der dem Bevollmächtigten erteilten Ermächtigung ausgehändigte Urkunde auch weiter zurückbehalten dürfen. — Ist die Urkunde in den Besitz sonst irgendeines andern gelangt, dann wird das Rückforderungsrecht nach den zutreffenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beurteilen sein. Daß § 175 einen besondern Anspruch jedem beliebigen Besitzer gegenüber gewährt (Staudinger A 5 zu § 175), kann nicht angenommen werden. In jedem Falle käme dem Vollmachtgeber zum Schutze gegen eine Gefährdung jedwedem Dritten gegenüber § 176 zu Hilfe.

§ 176

Der Vollmachtgeber kann die Vollmachtsurkunde durch eine öffentliche Bekanntmachung für kraftlos erklären; die Kraftloserklärung muß nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung veröffentlicht werden. Mit dem Ablauf eines Monats nach der letzten Einrückung in die öffentlichen Blätter wird die Kraftloserklärung wirksam[1]).

Zuständig für die Bewilligung der Veröffentlichung ist sowohl das Amtsgericht, in dessen Bezirke der Vollmachtgeber seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, als das Amtsgericht, welches für die Klage auf Rückgabe der Urkunde, abgesehen von dem Werte des Streitgegenstandes, zuständig sein würde[1]).

Die Kraftloserklärung ist unwirksam, wenn der Vollmachtgeber die Vollmacht nicht widerrufen kann[2]).

E I 121 II 144; M 1 239 ff.; P 1 150 ff.; 6 135.

1. Die **Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde**, so insbesondere wenn die Urkunde verlorengegangen ist oder wenn sich der Rückforderung Schwierigkeiten entgegensetzen (§ 175 a. E.), dient dazu, die Urkunde für Dritte rechtlich unverwendbar zu machen, um den Vollmachtgeber gegen die Gefahr zu schützen, daß die Urkunde trotz Erlöschens der Vollmacht gegen ihn gemäß § 172 noch wirksam verwendet werden kann. Die **Veröffentlichung** der Erklärung ist durch das Amtsgericht (Abs 2) zu bewilligen. Die Bewilligung ist Sache der freiwilligen Gerichtsbarkeit; der Beschluß ist mit Beschwerde anfechtbar (§§ 19 ff. FGG). Die Veröffentlichung selbst ist nach den Vorschriften §§ 204, 205 ZPO durchzuführen. Wirksam

wird die Kraftloserklärung, entsprechend § 206 ZPO, mit dem Ablaufe eines Monats (§§ 187, 188) nach der letzten Einrückung.

2. Unwirksamkeit der Kraftloserklärung. Rechtlich belanglos ist das ganze Verfahren, wenn die Vollmacht überhaupt nicht erloschen ist, und wenn insbesondere der Widerruf ausgeschlossen ist (§ 168 A 2). Denn die Kraftloserklärung der Urkunde vermag nicht, auch die Vollmacht selbst zum Erlöschen zu bringen. Immerhin kann etwa, soweit die Vollmacht frei widerrufbar ist, in Herbeiführung der Kraftloserklärung zugleich ein wirksamer Widerruf gefunden werden.

§ 177

[1]) Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab[2]).

Fordert der andere Teil den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Erklärung nur ihm gegenüber erfolgen; eine vor der Aufforderung dem Vertreter gegenüber erklärte Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung wird unwirksam[3]). Die Genehmigung kann nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert[3])[4]).

E I 123 II 145; M 1 240 ff.; P 1 154 ff.; 6 124 ff., 276 ff.

1. Die den §§ 108, 109 nachgebildeten §§ 177—180 behandeln die **Stellvertretung ohne Vertretungsmacht.** Sie liegt vor sowohl, wenn der Vertreter der Vertretungsbefugnis überhaupt ermangelt, sei es, daß ihm Vollmacht überhaupt nicht erteilt worden, sei es, daß die erteilte Vollmacht nichtig ist (RG 69, 266, wegen Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers, ferner JW 08, 709[1]), wie auch im Falle der Überschreitung (RG Warn 09 Nr 345) der gegebenen Befugnis (§ 164 A 1; Vorbem 3). Der § 177 betrifft im Falle eines Vertragsabschlusses durch einen unbefugten Stellvertreter (und zwar nach richtiger Ansicht auch eines dinglichen Vertrags, RG 69, 263) die Stellung des Vertretenen, § 178 die des Vertragsgegners und § 179 die des Vertreters. Entsprechend ist § 177 anwendbar, auch wenn jemand kraft Amtes oder in einer amtsähnlichen Stellung (beispielsweise als Verwalter eines Fideikommisses) in eigenem Namen, aber in fremdem Interesse handelt (RG 80, 417). — Die Stellvertretung gemäß § 177 wirkt auch zugunsten eines in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten; das Rechtsgeschäft wird für wie gegen ihn wirksam durch die Genehmigung des gesetzlichen Vertreters (nötigenfalls durch die hinzukommende Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts); dabei reicht es aus, wenn der auftragslose Geschäftsführer das Rechtsgeschäft unter Voraussetzung seiner künftigen Bestellung als Vertreter abgeschlossen hat und er es alsdann nach seiner Bestellung selbst genehmigt (RG JW 1916, 1016[2]).

2. **Genehmigung des Vertretenen.** Ihre E r t e i l u n g macht das Rechtsgeschäft wirksam, wie wenn der Vertreter mit Vertretungsbefugnis gehandelt hätte, so daß zutreffendenfalls auch die Vorschriften des § 166 Abs 1 u. 2 Anwendung finden (RG 68, 376; 76, 107; JW 11, 574[6]). Zugleich wäre übrigens eine etwaige Auftragsüberschreitung auch gegenüber dem Vertreter genehmigt, und daher ein Ersatzanspruch gegen ihn ausgeschlossen (RG 7, 306). Ist die Vollmacht wegen Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nichtig, so ist das auf Grund ihrer vorgenommene Rechtsgeschäft des Vertreters doch genehmigungsfähig gemäß § 177 (RG 69, 266). E r t e i l t der Vertretene die Genehmigung n i c h t, so bleibt der Vertrag für wie gegen ihn ohne jede Wirkung (RG JW 02 Beil 211[51]). — Die G e n e h m i g u n g s e r k l ä r u n g kann auch durch schlüssige Handlungen abgegeben werden, beispielsweise durch Entgegennahme der etwaigen Vertragsurkunde ohne Beanstandung (RG 30. 10. 07 I 601/06), oder auch durch Unterlassung des Widerspruchs, wobei vorauszusetzen, daß der Vertretene sich ausdrücklich überhaupt nicht erklärt hat, wie ferner, daß dem Vertragsgegner der Mangel der Vertretungsmacht unbekannt war (RG Warn 1910 Nr 369). Ein vom Vertreter der Vorschrift des § 181 zuwider vorgenommenes Rechtsgeschäft kann nur durch die Genehmigung der beiden Vertretenen gültig werden (RG 67, 51). Regelmäßig kann die Genehmigung mit Wirkung sowohl dem Vertreter wie dem Geschäftsgegner gegenüber erklärt werden (vgl. den Ausnahmefall A 3). Hat aber der Vertreter mit sich in eigenem Namen zugleich namens des Vertretenen abgeschlossen (§ 181), dann kann zur Entgegennahme der Genehmigungserklärung nur der Vertreter berechtigt sein. Hätte daher A durch Verhandeln mit sich selbst ohne Ermächtigung des B eine Forderung an C abgetreten, dann käme die Übertragung auch dadurch nicht wirksam zustande, daß B gegen C Klage erhöbe und auf diese Weise zugleich die Abtretung stillschweigend zu genehmigen beabsichtigte (RG 8. 10. 10 V 309/09). Im übrigen vgl. noch § 181 A 1 oben. Eine Geneh-

migung unter Erweiterungen oder Einschränkungen kann nicht schlechthin als ihre Verweigerung gelten (**RG** 6. 11. 03 III 413/03). Auch die Wechselunterschrift eines Vertreters ohne Vertretungsmacht wird durch nachträgliche Genehmigung gültig (**RG** SeuffA 56 Nr 464). Für den Fall einer Gesamtvertretung vgl. § 166 A 3 (Gesamtvollmacht).

3. Aufforderung zur Genehmigung. An sich ist das Recht zur Genehmigung nicht befristet. Das Gesetz gibt jedoch dem Vertragsgegner ein Mittel, den endgültigen Zustand herbeizuführen. Er kann nämlich den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern, und zwar mit der Folge, daß der Aufgeforderte sich alsdann mit Wirkung nur ihm gegenüber zu erklären vermag, und daß sogar eine zuvor dem Vertreter gegenüber bereits abgegebene Erklärung noch nachträglich unwirksam wird. Vgl. § 108 A 2. Die Genehmigung muß auch innerhalb der Ausschlußfrist von 14 Tagen nach Empfang der Aufforderung erklärt werden, widrigenfalls anzunehmen ist, daß sie verweigert wurde. Die Aufforderung dient gegebenenfalls zugleich zur Klarstellung des Verhältnisses des Geschäftsgegners dem Vertreter gegenüber gemäß § 178 (das. A 1).

4. Beweislast. Wer im Falle des § 177 die Wirksamkeit des Vertrags geltend machen will, hat die Voraussetzungen hierfür zu beweisen, mithin die rechtzeitige Genehmigung. Der andere Teil könnte einwandsweise den zuvor erfolgten Widerruf nach § 178 nachweisen. Falls der Vertretene dessen Wirkungslosigkeit behaupten will, hat er den Beweis für die Kenntnis des Vertragsgegners zu erbringen (§ 178 A 1).

§ 178

Bis zur Genehmigung des Vertrags ist der andere Teil zum Widerrufe berechtigt, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt hat. Der Widerruf kann auch dem Vertreter gegenüber erklärt werden[1]).

E I 123 II 145; M 1 243; P 1 154 ff.

1. Vgl. § 109. Eine Gebundenheit des Vertragsgegners besteht vor erteilter Genehmigung grundsätzlich nicht. Er hat vielmehr regelmäßig **das Recht des Widerrufs.** Seine Gebundenheit besteht aber von vornherein, wenn er, gleichviel infolge welchen Vorgangs, den Mangel der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Geschäfts gekannt hat. Die Gebundenheit wird endlich eine unbedingte und dauernde (nach § 177), sobald der Vertretene durch Genehmigung des Geschäfts (vor erfolgtem Widerrufe) jenes damit wirksam gemacht hat. Denn die Genehmigung wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts zurück (§ 184). Die Genehmigung bildet also die Grenze für den Widerruf, wie anderseits der voraufgegangene Widerruf das Recht zur Genehmigung ausschließt.

§ 179

Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatze verpflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert[1]).

Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat[2]).

Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat[2]) [3]).

E I 125 II 146; M 1 243 ff.; P 1 156 ff.

1. **Verpflichtung des auftragslosen Vertreters** dem Geschäftsgegner gegenüber. Sie hat zur Voraussetzung, daß jemand beim Abschlusse eines Vertrags als Vertreter eines andern aufgetreten ist, das Vorhandensein aber der Vertretungsmacht, gleichviel ob sie bestand oder nicht, nicht nachweist oder nicht nachzuweisen vermag. Weitere Voraussetzung ist, daß der Vertrag an und für sich zwar zum Abschlusse gekommen ist, dem Vertretenen gegenüber jedoch der Wirksamkeit entbehrt, weil es an der Vertretungsmacht tatsächlich fehlte,

oder um deswillen, weil der Vertreter den ihm obliegenden Nachweis der Vertretungsbefugnis nicht erbringt. Für die Anwendbarkeit des § 179 kann dagegen dann niemals Raum sein, wenn der Vertretene den Vertrag genehmigt, da hierdurch die Unwirksamkeit des Vertrags ihm gegenüber gemäß § 177 auf alle Fälle beseitigt wird. Letzte Voraussetzung des § 179 ist demnach, daß der Vertreter seine Genehmigung auf die Aufforderung des Geschäftsgegners gemäß § 177 (das. A 3) verweigert. Falls alle Voraussetzungen erfüllt sind, gibt das Gesetz dem Geschäftsgegner einen unmittelbaren Anspruch gegen den Vertreter, und zwar nach eigener Wahl (§§ 262ff.) auf Erfüllung oder auf Schadensersatz. — Die Ausübung des Wahlrechts des ersatzberechtigten Vertragsgegners bestimmt sich nach den Grundsätzen vom Wahlschuldverhältnisse (vgl. die §§ 262ff.). Büßt der Vertragsgegner das Wahlrecht ein, wenn der auftragslose Vertreter die Leistung anbietet? Das wird zu bejahen sein, da der Gläubiger nach § 267 die Leistung ohnehin auch von einem Dritten annehmen muß. Wird die **Erfüllung des Vertrags** gefordert, so bedeutet das nicht, daß der Vertreter dadurch zur Vertragspartei wird, oder daß dadurch ein Vertrag zwischen dem Vertreter und dem andern zustande käme; es bedeutet vielmehr nur, daß der Vertreter nunmehr eben das zu leisten hat, was der Vertretene selbst im Falle der Wirksamkeit des Vertrags auf Grund dieses zu leisten gehabt hätte, und bezweckt sonach nur eine Art von Interessenausgleichung (reparatio damni; Vorbem 5 vor § 249). Das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses zwischen dem Geschäftsgegner und dem Vertreter läßt sich, da der Vertreter im Sinne des § 179 nicht in eigenem Namen, sondern namens eines andern verhandelt haben muß, schlechterdings nicht annehmen (a. A. Planck Anm 4b, wonach der Vertreter an Stelle des Vertretenen in den Vertrag eintreten muß). Demnach ist auch die andere Annahme ausgeschlossen, als könnte der haftende Vertreter, falls der Geschäftsgegner von ihm die Erfüllung fordert, nun auch seinerseits Erfüllung verlangen. Da jedoch bei gegenseitigen Verträgen Leistung und Gegenleistung durch einander bedingt sind, so folgt hieraus wenigstens so viel, daß gegebenenfalls auch dem haftenden Vertreter die Rechtsbehelfe aus den §§ 320ff. zustehen. Ist der auftragslose Vertreter nach der Natur der Leistung als einer unvertretbaren, sie an Stelle des Vertretenen zu erfüllen außerstande, dann ist der Vertragsgegner auf den Schadensersatzanspruch beschränkt (§ 265). — Der Anspruch auf **Schadensersatz** regelt sich hier nicht nach den §§ 249ff. Da nämlich gemäß § 249 der nämliche Zustand herzustellen sein würde, der bestünde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten, der Vertrag also dem Vertragsgegner gegenüber wirksam zustande gekommen wäre, so führte die Zustandsherstellung gemäß § 249 zu einem Ergebnisse, das der in § 179 vorausgesetzten Sachlage gerade widersprechen würde. Der Fall des § 179 ist eben der, daß der Vertrag nicht wirksam zustande kommt, und bei der Art der Geltendmachung des Ersatzanspruchs muß mithin ebenfalls gerade von diesem Tatbestande ausgegangen werden. Der Schaden ist danach lediglich in dem Unterschiede zwischen der Vermögenslage für den Fall der Wirksamkeit des Vertrags und anderseits seiner Unwirksamkeit zu finden (**RG** 58, 327; 59, 157; Gruch 51, 903). Auch die abstrakte Schadensberechnung ist zulässig (**RG** 58, 327).

Anwendbar ist § 179 sowohl im Falle des Handelns auf Grund angeblich gesetzlicher wie angeblich gewillkürter Stellvertretung; stets ist er aber auf den Fall der Stellvertretung zu beschränken, daher nicht auch auf den Fall der bloßen Übermittlung im Sinne des § 120 auszudehnen. Die Grundsätze des § 179 müssen im übrigen nach dem Rechtsgedanken und nach dem Zwecke des Gesetzes auch dann Platz greifen, wenn der Vertreter vorspiegelt, Vollmacht von jemand erhalten zu haben, der überhaupt nicht oder nicht mehr existiert. Der Wortlaut des Gesetzes schließt diese Annahme jedenfalls nicht aus, umfaßt vielmehr nach seiner uneingeschränkten Fassung unterschiedslos alle Fälle, in denen der Vertreter einer Vollmacht entbehrt, mithin auch den, daß er die fälschlich vorgespiegelte Vollmacht überhaupt nicht haben kann, weil der angebliche Vollmachtgeber gar nicht vorhanden ist. Anderseits fehlt auch jeder innere Grund dafür, daß der § 179 nur für solche Fälle gegeben sein könnte, in denen sich der Vertreter als Bevollmächtigten einer wirklich vorhandenen Persönlichkeit ausgibt. Insbesondere ist nicht ersichtlich, weshalb der als Vertreter Auftretende in dem hier fraglichen Sonderfalle besser gestellt sein sollte, als dann, wenn er sonst das Vorhandensein einer Vollmacht fälschlich vorgibt. Der für die entgegengesetzte Ansicht angeführte Grund (**RG** 30. 4. 09 VII 336/08; Staudinger A 3a), daß der namens einer nicht vorhandenen Person abgeschlossene Vertrag nichtig sei, ist hier um deswillen ohne Tragweite, weil der § 179 den falsus procurator überhaupt nicht aus dem Vertrage haften läßt (ebensowenig wegen Verschuldens **RG** 60, 345), sondern auf Grund der von ihm durch die Vorspieglung der Vollmacht übernommenen Gewährspflicht, mithin aber entsprechend zugleich aus der Gewährspflicht für das Vorhandensein der angeblich vertretenen Persönlichkeit. Auch wenn der Dritte die Erfüllung wählt, ist dieser Anspruch gerade deshalb begründet, weil der falsus procurator die Möglichkeit des Wirksamwerdens des Vertrags zwischen dem Dritten und dem angeblich Vertretenen durch seine falsche Vorspieglung vereitelt hat. Anwendbar ist § 179 auch dann, wenn ein gesetzlicher

Vertreter in Überschreitung der nach außen hin in gewisser Weise eingeschränkten Vertretungsmacht handelt, beispielsweise der Vertreter einer Gemeinde (RG Warn 1914 Nr 1). — Nicht anwendbar ist § 179, wenn jemand für einen andern handelt, als den er sich selbst fälschlich ausgibt, weil in solchem Falle eine Stellvertretung überhaupt nicht in Frage kommen kann (RG 38, 179), vielmehr Betrug vorliegt. Unanwendbar ist die Vorschrift auch, wenn vor der Eintragung einer G. m. b. H. oder einer Aktiengesellschaft namens der Gesellschaft gehandelt wird. In diesen Fällen kommt es auch auf die Kenntnis des Geschäftsgegners von dem Fehlen der Eintragung nicht an. Die Haftung des Handelnden ist hier nach dem Gesetze eine unbedingte (§ 11 Abs 1 u. 2 GmbHG, § 200 Abs 1 Satz 2 HGB).

2. Der Grundsatz des Abs 1 erleidet Abweichungen nach zwei Richtungen: a) Die **Haftung** des Vertreters **besteht überhaupt nicht** (Abs 3), wenn der Vertragsgegner den Mangel der Vertretungsmacht gekannt hat oder hat kennen oder erkennen müssen (§§ 122, 276), (weil er alsdann die Folgen selbst zu verantworten hat); ebensowenig dann, wenn der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gehandelt hat. Regelmäßig darf man auf das Vorhandensein der Vertretungsmacht des Handelnden oder aber auf die Herbeiführung der Genehmigung vertrauen (Mot 1, 244); aber unter Umständen kann die Sache auch so liegen, daß dem Geschäftsgegner nach den Anschauungen des gesunden Verkehrs die Erkundigungspflicht obliegt (RG Warn 1914 Nr 1).

b) Die Haftung des Vertreters ist **eine volle überhaupt nur dann** (Abs 2), wenn ihm der Mangel der Vertretungsmacht bekannt war. Sie geht dagegen nur auf das **negative Interesse**, und zwar nur bis zur Höhe des Erfüllungsinteresses, falls dem Vertreter jener Mangel unbekannt war. Kennenmüssen kommt hier nicht in Betracht. Über das negative Interesse vgl. § 122 A 2. Es kann hier auch eine abstrakte Schadensberechnung eintreten (Unterschied zwischen Kaufpreis und Marktpreis; RG 58, 326), und es kann der sog. Vertrauensschaden auch schon dann gefordert werden, wenn sich der Vertragsgegner, auf die Erfüllung des Vertrags vertrauend, im Interesse seines allgemeinen Geschäftsbetriebs, um seinen Kundenkreis befriedigen zu können, anderweit eindeckte; es ist auch nicht einmal erforderlich, daß er sich zur Lieferung solcher Waren nach anderer Seite schon gebunden hatte (RG Gruch 51, 903).

c) Hat der Vertreter den Vertrag ausdrücklich von der Genehmigung des Vertretenen abhängig gemacht, dann liegt der Fall eines b e d i n g t e n Rechtsgeschäfts vor (§ 158), und von einer Haftung des Vertreters kann auch hier im Zweifel keine Rede sein (RG 4. 3. 14 V 192/13; vgl. auch § 178 A 1).

3. **Beweislast.** Der vom Vertreter Erfüllung oder Schadensersatz fordernde Vertragsgegner muß beweisen, daß der Vertreter namens eines andern vrhandelt hat, daneben auch behaupten, daß der Vertretene die Erteilung der Vollmacht leugnet, oder daß er die Genehmigung verweigert hat, oder daß diese als verweigert anzusehen ist. Sache des in Anspruch genommenen Vertreters wäre es, demgegenüber die Vertretungsmacht nachzuweisen (RG JW 02, 365[23]), oder andernfalls zu beweisen, daß der Vertragsgegner ihr Nichtvorhandensein gekannt hat; oder daß er (der Vertreter) in seiner Geschäftszeit beschränkt war, während demgegenüber der Vertragsgegner die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zu beweisen hätte; wendet der Vertreter nur beschränkte Haftung ein, so muß er beweisen, daß er den Mangel der Vertretungsmacht selbst nicht gekannt hat.

§ 180

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft ist Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig. Hat jedoch derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet oder ist er damit einverstanden gewesen, daß der Vertreter ohne Vertretungsmacht handele, so finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung[1]). Das gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnisse vorgenommen wird[2])[3]).

E I 126 II 148; M 1 244 ff.; P 1 167 ff.

1. Vgl. § 177 A 1. Das **einseitige Rechtsgeschäft** (Vorbem 1 vor § 116) bleibt im Falle auftragloser Geschäftsführung grundsätzlich überhaupt wirkungslos, so daß es auch im Wege der Bestätigung nur im Falle seiner erneuten Vornahme Wirksamkeit erlangen kann (§ 141), und auch für die Genehmigungslage im Sinne des § 177 (A 2, 3) kein Raum ist. Dieser Grundsatz ist auch anwendbar, wenn eine Vollmacht unzureichend war (RG 66, 430). — Die Regel des Satz 1 ist jedoch keine unbedingte; sie kann durch das im Gesetze vorgesehene Ver-

halten des passiv Beteiligten, so des gemahnten Schuldners, mit der Folge beseitigt werden, daß an ihre Stelle die Vorschriften über Verträge (§§ 177, 178, 179) treten. Die vom Vertreter behauptete Vertretungsmacht ist nicht beanstandet, wenn weder Vorlegung einer Vollmachtsurkunde verlangt, noch das Geschäft zurückgewiesen wird (§ 174). Dabei ist vorausgesetzt, daß Vertreter und Erklärungsempfänger von derselben Art der Vertretungsmacht, also entweder einer rechtsgeschäftlichen oder einer gesetzlichen, ausgehen (RG JW 04, 574[5]). Hat der Vertreter ohne Vertretungsmacht dem nämlichen Dritten gegenüber nacheinander zunächst einen Vertrag abgeschlossen und daraufhin ein einseitiges Rechtsgeschäft vorgenommen (Mietvertrag-Kündigung), und hat der Geschäftsgegner die Vornahme des letzteren Geschäfts nicht beanstandet, so wird auslegungsweise angenommen werden können, daß er sich auch hinsichtlich des Vertrags des Widerrufsrechts aus § 177 begeben hat.

Eine Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht, entsprechend derjenigen aus § 179, ist in § 180 nicht vorgesehen, da die Vornahme des Geschäfts als unwirksam hingestellt wird. Sie kann mithin höchstens nach den allgemeinen Grundsätzen von unerlaubten Handlungen (§§ 823ff.) begründet werden. Der § 179 muß aber Platz greifen, falls der Geschäftsgegner die Vertretung nicht beanstandet und der Vertreter der Vertretungsmacht entbehrte. Ist der Geschäftsgegner mit der Vertretung ohne Vertretungsmacht einverstanden, dann ist der Vertreter nach § 179 Abs 3 Satz 1 haftfrei.

2. Das **gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht** vorgenommene einseitige Rechtsgeschäft (z. B. Kündigung) ist für den Vertretenen selbstverständlich unverbindlich. Satz 3 will nur besagen, daß das einseitige Rechtsgeschäft genehmigungsfähig ist (§§ 177ff.), falls der Erklärungsempfänger durch das im Gesetze vorausgesetzte Einverständnis die (passive) Stellvertretung übernommen hat (§ 164 Abs 3).

3. Die **Beweislast.** Wer die Wirksamkeit des einseitigen Geschäfts geltend macht, hat die Voraussetzungen hierfür nachzuweisen, also das Einverständnis oder die Nichtbeanstandung, wobei jedoch genügen muß, daß Tatsachen dargetan werden, aus denen das Einverständnis zu folgern ist. Sache des Gegners wäre es, demgegenüber nachzuweisen, durch welche Erklärung er die Vornahme des Geschäfts beanstandet habe, und daraufhin gegebenenfalls Sache des andern Teiles, die Verspätung der Beanstandung (§ 174) darzutun.

§ 181

[1]) Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist[2]), im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, daß das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht[2]).

E II 149; M 1 224 ff.; P 1 174 ff.; 2 78 ff.

1. **Verhandeln des Vertreters mit sich selbst.** Möglich sind hier zwei Fälle: Der Vertreter eines andern schließt für sich selbst und zugleich namens des Vertretenen ab; oder jemand vertritt zwei verschiedene Personen und verhandelt in sich namens dieser beiden. Die Bestimmung trifft im übrigen zweiseitige wie auch empfangsbedürftige einseitige Rechtsgeschäfte. Bei den letzteren spielt hier die etwaige Befugnis des Vertreters zur Erteilung der Einwilligung (§ 182) namens des Vertretenen eine besondere Rolle. Es fragt sich nämlich, ob § 181 auch dann Platz greift, wenn jemand dem von ihm in eigenem Namen mit einem andern abgeschlossenen Vertrage zugleich namens desjenigen Dritten die Genehmigung erteilt, von dessen Zustimmung die Wirksamkeit des Vertrags oder der Verfügung gemäß §§ 182ff. abhängig ist. Beispielsweise A tritt in eigenem Namen und durch Verhandeln mit sich selbst dem B die Forderung seines Vollmachtgebers C ab, und erklärt hierzu namens des C, den er zu vertreten an sich berechtigt ist, dessen Zustimmung. Erklärt er die erforderliche Zustimmung namens des Dritten (C) sich selbst gegenüber, dann kann an der Anwendbarkeit des § 181 kein Zweifel bestehen. Sein Fall wäre unmittelbar gegeben. Wie aber, wenn der Vertreter die Zustimmung gegenüber seinem Vertragsgegner (B) erklärt, da doch ein Fall des Verhandelns mit sich selbst äußerlich hier überhaupt nicht vorzuliegen scheint? Folgt man indessen dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 181: der Gefahr aus widerstreitenden Interessen vorzubeugen (RG 68, 175), dann muß die Anwendbarkeit des § 181 auch in Fällen der letztbezeichneten Art bejaht werden. Denn die Wirkung der Genehmigung ist die nämliche, gleichviel ob der Vertreter die Zustimmung sich selbst oder dem Vertragsgenossen gegenüber erklärt (§ 182), und es wäre doch nicht richtig, hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 181 trotzdem lediglich auf die Verschiedenartigkeit der äußeren Vorgänge, mittels deren die Wirkung herbeigeführt wird, das entscheidende Gewicht zu legen. Auch darf es schwerlich in das Belieben eines Vertreters gestellt sein, der zugunsten des zu Vertretenden gegebenen Gesetzesbestimmung geflissentlich dadurch auszuweichen, daß er die Erklärung nicht sich selbst,

sondern dem Vertragsgenossen gegenüber abgibt. Endlich aber ist gegebenenfalls das Schwergewicht der Vorschrift des § 181 überhaupt nicht auf die Erklärung der Zustimmung, sondern auf die Tatsache der Zustimmung selbst zu legen, da doch die Erklärung nur die Zustimmung zum äußeren Ausdrucke bringt, derjenige Umstand dagegen, der die in § 182 vorgesehene Wirkung hervorruft, allein die Zustimmung selbst ist. Steht nun aber die Zustimmung des Dritten ebensowohl dann in Frage, wenn sie von seinem Vertreter dem Vertragsgegner gegenüber erklärt wird, wie dann, wenn der Vertreter sie sich selbst gegenüber erteilt, dann scheint es auch aus diesen Gründen nicht richtig, bei der Anwendbarkeit des § 181 einen Unterschied zu machen je nach der verschiedenen Richtung der Erklärungsabgabe. Der Entscheidung RG 76, 89, die den entgegengesetzten Standpunkt vertritt, kann sonach nicht beigetreten werden (a. A. Planck Anm 1 d β). Zu Zweifeln hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 181 geben ferner namentlich auch die Fälle Anlaß, in denen es nach dem Gesetze möglich ist, rechtsgeschäftliche Erklärungen mit Wirkung für einen Dritten dem Grundbuchamte gegenüber abzugeben (§§ 873 Abs 2, 875 Abs 2, 1183 Satz 2). Beispielsweise, kann der Hypothekengläubiger, der die Löschung seiner Hypothek bewilligt, zugleich als Vertreter des Eigentümers in dessen Namen dem Grundbuchamte gegenüber gemäß § 1183 die Zustimmung zur Löschung trotz des § 181 wirksam erklären? Auch diese Frage dürfte zu verneinen sein (a. A. Planck a. a. O.). Denn als entscheidend erscheint auch hier, daß es für die Anwendbarkeit des § 181 nicht darauf ankommen kann, an wen die Einwilligung gerichtet ist, sondern nur darauf, daß die für den Vertretenen (im bezeichneten Falle für den Eigentümer) wirksame Erklärung mit Wirkung überhaupt abgegeben wird. Auch dürfte es hier ebenfalls nicht in das Belieben des Vertreters gestellt sein, den Fall des Gesetzes eintreten zu lassen, oder aber ihn auszuschließen, je nachdem er sich entschließt, die Erklärung sich selbst (als dem Gläubiger) gegenüber, oder gegenüber dem Grundbuchamte abzugeben. So ist es auch unzulässig, daß der Bevollmächtigte für sich auf dem Grundstücke des Vollmachtgebers eine Hypothek bestellt (RG 89, 371). Das Grundbuchamt darf seinem Antrage nicht stattgeben. Alle Rechtsveränderungen im Gebiete des Liegenschaftsrechts setzen in der Form der Einigung einen dinglichen Vertrag voraus (§ 873), und dieser Vertrag kann nur durch Einigung zwischen den beiden materiell Beteiligten zustande kommen (RG a. a. O.). Alle erörterten Fälle sind indessen streitig (vgl. Güthe, Grundbuchordnung, 2. Aufl., Bd. 2 S. 1697). Das Grundbuchamt in Fällen der bezeichneten Art (§§ 873 Abs 2, 875 Abs 2, 1183 Abs 2) als Vertreter des Eigentümers anzusehen, ist für den Regelfall unzulässig, da das Grundbuchamt die Erklärungen kraft eigener Befugnis, nicht aber namens des Eigentümers entgegennimmt (Prot 3, 86 II). Der § 181 schließt es für den Regelfall auch aus, daß der Vertreter namens des vertretenen Eigentümers einem Dritten eine Hypothek bestellt und zugleich namens des Dritten die zum Rechtserwerbe erforderliche Einigung zustande bringt (vgl. RG 89, 369). — Die Frage endlich, ob der Vertreter die Anwendung des § 181 dadurch hindern kann, daß er behufs Verhandlung mit dem Vollmachtgeber einen Dritten als weiteren Vertreter des Vollmachtgebers bestellt, ist für die Regel zu verneinen. Denn schließt jetzt der Bevollmächtigte mit dem von ihm bestellten Substituten ab, dann läge zwar äußerlich ein Fall des Verhandelns in sich selbst nicht vor; in Wahrheit aber handelte es sich gleichwohl darum, weil die Bestellung des Dritten als Vertreters des Vollmachtgebers auf die Entschließung des Bevollmächtigten zurückzuführen wäre und mithin die Gefahr einer Interessenkollision, der eben § 181 vorbeugen will, auch hier bestände. Es kann somit mit der Bestellung des Substituten leicht eine bloße Umgehung des Gesetzes beabsichtigt sein (RG 56, 107). Ein Fall des § 181 wird anderseits dann zu verneinen sein, wenn der Bevollmächtigte mit einem Dritten abschließt, der damals ohnehin schon zur Vertretung des Vollmachtgebers berechtigt war (etwa als Prokurist; RG 89, 371). Besonders läge der Fall natürlich dann, wenn in der Ermächtigung des Bevollmächtigten zur Bestellung eines weiteren Vertreters gelegentlich zugleich die Gestattung zu finden wäre, mit diesem zu verhandeln. Dann wäre für § 181 schlechthin kein Raum. Falls der Dritte nur zur Vertretung des Vertreters berufen wäre und dann mit diesem abschlösse, läge die Sache nicht anders, als wenn der Vertreter mit sich selbst verhandelte. — Ein Fall des Verhandelns mit sich selbst liegt nicht vor, wenn der gesetzliche Vertreter namens seiner und zugleich namens des Vertretenen mit einem Dritten einen Vertrag abschließt; er ist dazu vielmehr schlechthin befugt (RG Warn 1912 Nr 399). Desgleichen nicht, wenn der Prokurist einer Firma auf einen von ihm auf die Firma gezogenen Wechsel das Akzept der Firma setzt, weil es sich hier nicht um ein vom Prokuristen mit sich in eigenem Namen vorgenommenes Rechtsgeschäft handelt (RG Gruch 63, 84).

Der **Grundsatz.** Für die unter das Gesetz gehörenden Fälle ist bestimmt, daß der Vertreters das Rechtsgeschäft nicht vornehmen „kann“, soweit nicht einer der beiden vorgesehenen Ausnahmefälle (A 2) vorliegt. Zu Zweifeln über die Tragweite der Bestimmung gibt der Ausdruck „kann nicht“ Anlaß (vgl. § 134 A 1). Findet man in ihm ein Verbotsgesetz, so hätte ein Zuwiderhandeln ohne weiteres Nichtigkeit zur Folge. Dieser Standpunkt, den vormals auch das Reichsgericht vertrat (RG 51, 422), ist jedoch nicht der richtige. Er entbehrt jedes inneren Grundes. Das

Gesetz will vielmehr besagen: In der Vertretungsmacht liegt nicht ohne weiteres die Befugnis zum Abschlusse mit sich selber, und sie „kann" in ihr insbesondere auch deshalb nicht ohne weiteres gefunden werden, weil von vornherein mit der Möglichkeit sich widerstreitender Interessen zu rechnen ist. Der Vertreter, der trotzdem mit sich selbst abschließt, handelt mithin regelmäßig außerhalb der Grenzen seiner Vertretungsmacht. Dieses Bedenken fällt aber fort, wenn dem Vertreter die Befugnis zum Abschlusse mit sich selber vom Machtgeber eingeräumt ist, oder wenn nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse das Gesetz selbst von dem Bedenken absehen will; oder endlich, wenn ein solches Bedenken nach der Art der Geschäftserledigung an sich nicht bestehen kann. Von diesem Gesichtspunkte aus erklären sich auch folgerichtig die gesetzlichen Ausnahmefälle: die „Gestattung" und die ausschließliche Erfüllung einer Verbindlichkeit. Sofern lediglich eine Verbindlichkeit erfüllt wird, kann schon aus diesem Grunde von widerstreitenden Interessen keine Rede sein. Der gegenwärtige Standpunkt des Reichsgerichts ist ebenfalls der, daß unbefugtes Selbstkontrahieren bei gewillkürter Stellvertretung genau zu beurteilen ist wie eine Überschreitung der Vollmacht, so daß das Rechtsgeschäft nicht nichtig, sondern genehmigungsfähig ist im Sinne des § 177 (RG 56, 104; 67, 51; 68, 37; 89, 374; Warn 08 Nr 602).

Anwendungsgebiet. Es erstreckt sich auf Rechtsgeschäfte jedes Rechtsgebiets, einschließlich der familienrechtlichen, soweit hier die Stellvertretung überhaupt zulässig ist (RG 79, 283), einschließlich ferner des Liegenschaftsrechts (§§ 873, 929 ff.; RG 89, 367), und es umfaßt in gleicher Weise die aktive wie die passive Stellvertretung. Immer aber muß eine Stellvertretung stattfinden, und daher ist § 181 nicht anwendbar bei rein einseitigen Rechtsgeschäften. Von solchen ist jedoch nicht zu reden, wenn die Willenserklärung dem Grundbuchamte gegenüber behufs Erwerbs eines Rechtes für den Vertretenen, oder behufs Löschung seines Rechtes abgegeben wird. Vgl. oben Anm 1. — Ein Fall des Verhandelns mit sich selbst liegt ferner nicht vor, wenn jemand einen Wechsel in eigenem Namen annimmt, den er als Vertreter eines andern auf sich gezogen hat (RG 77, 139); oder wenn der mit Generalvollmacht versehene Schuldner für seine Schuld im Namen des Vollmachthabers Bürgschaft übernimmt (RG 71, 219), weil im ersteren Falle bei der Annahme des Wechsels überhaupt nicht die Vertretung des Ausstellers stattfindet, und im andern Falle, beim Bürgschaftsvertrage, weil der Schuldner ebenfalls nicht mit beteiligt ist. Besteht eine Gesellschaft m. b. H. nur noch aus einem Mitgliede, so kann dieses sich zwar zum Vorstande bestellen, es ist aber nicht befugt, sich als Vorstand zugleich die Befugnis zum Verhandeln mit sich selbst zu erteilen (RG 68, 172). — Wer als Vertreter eines andern mit sich selbst verhandelnd auf jenen Besitz und Eigentum beweglicher Sachen übertragen will, muß diesen Willen durch solche Tatsachen betätigen, die den Eigentumsübergang auch für andere erkennbar machen (RG 52, 130; 63, 16; 73, 415 zu § 1117; vgl. ferner § 868 A 6). Notwendig ist getrennte Vertretung auch bei der Umwandlung Gesamteigentums in einfaches Miteigentum (RG 67, 61). Zum Abschlusse eines Schuldvertrags genügt es dagegen, wenn der gemeinschaftliche Vertreter in sich die Willenseinigung vornimmt, ohne solches auch äußerlich zum Ausdrucke zu bringen (RG Gruch 1912, 895). — Der Paragraph 181 gilt sodann auch für den Fall der gesetzlichen Vertretung (RG 71, 163). Insbesondere auch für den Vormund, der nicht für mehrere seiner Mündel als deren beiderseitiger Vertreter abschließen kann (vgl. die §§ 1795, 1630; RG 67, 61). Dazu kann ihn auch das Vormundschaftsgericht nicht ermächtigen, wie es auch nicht dem Rechtsgeschäfte nachträglich durch Genehmigung Wirksamkeit zu verleihen vermag (RG 71, 162). Der Testamentsvollstrecker kann einen andern als Vertreter bestellen mit der Ermächtigung, in des Testamentsvollstreckers Namen mit sich selbst als Bevollmächtigtem der Erben die Auflassung entgegenzunehmen (RG 61, 139). Diese Entscheidung ist indes bedenklich. Richtig scheint es vielmehr, den Grundsatz des § 181 entsprechend auch in Ansehung aller derjenigen Persönlichkeiten anzuwenden, die zwar nicht auf Grund eines Stellvertretungsverhältnisses (vgl. Vorbem 2 vor § 164), wohl aber kraft ihrer gesetzlichen Stellung (Konkursverwalter, Testamentsvollstrecker, Fideikommißadministratoren) (RG 80, 416) mit gleicher Wirkung wie ein Stellvertreter für einen andern wie gegen ihn unmittelbar verbindlich handeln. Die Anwendbarkeit des § 181 kann seinem Zwecke nach auch dann gegeben sein, wenn die Stellvertretung von beiden Vertragsparteien nur scheinbar auf je eine verschiedene Persönlichkeit übertragen worden ist, während in Wirklichkeit die Sache anders liegt (vgl. RG Gruch 58, 176; hier war eine Landbank vom Kläger zum Ankaufe eines Grundstücks bevollmächtigt worden, und der Eigentümer, der das Verkaufsangebot machte, bevollmächtigte zum Vertragsabschlusse die Vorstandsmitglieder der Landbank, worauf das eine Vorstandsmitglied namens der Klägerin und das andere namens des Beklagten den Vertrag abschloß). Über das Wirksamwerden eines dem § 181 zuwider vorgenommenen Rechtsgeschäfts durch Genehmigung vgl. § 177 A 2. — Die Anwendbarkeit des § 181 wird endlich auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß das Rechtsgeschäft dem Vertretenen nur vorteilhaft ist. Daher kann auch der gesetzliche Vertreter nicht durch Verhandeln mit sich selbst mit dem Vertretenen einen Schenkungsvertrag wirksam abschließen (RG Warn 1910 Nr 414).

2. **Die Befugnis zum Selbstkontrahieren** kann beruhen auf rechtsgeschäftlicher Erklärung (RG 51, 422; 76, 184, Ermächtigung des Käufers, durch den Eigentümer den Verkaufsantrag an sich selbst zu stellen; JW 1912, 236[3], betreffend Verkaufsvollmacht mit der Gestattung, zugleich den Käufer beim Abschlusse zu vertreten) oder auf Gesetz (RG 68, 175; 71, 165); so in den Fällen des § 1009 Abs 2 (RG 47, 209), ferner der §§ 125, 232 HGB. Nach RG 64, 373 kann es für die Annahme einer Gestattung schon genügen, wenn die Zustimmung ohne Arglist nicht verweigert werden dürfte. Ein Bankier, der auftragsgemäß Wertpapiere für einen Kunden ankauft und ohne Nummerausgabe für ihn verwahrt, führt, wenn er anstatt abhanden gekommener Papiere andere anschafft und in die Verwahrung nimmt, den ursprünglichen Kommissionsauftrag aus und überträgt daher wirksam Eigentum auf den Kunden (RG 52, 130; 63, 16; vgl. auch Vorbem 5 vor § 164 und § 868 A 5). Bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers einschließlich der noch eingehenden liegt ohne weiteres die Ermächtigung für den Übereignenden, die eingehenden Waren für den andern in Empfang zu nehmen, und er erwirbt dadurch für ihn Eigentum, ohne daß es noch eines besondern Besitzkonstituts bedürfte (RG JW 1911, 762[21]). Versichert der Ehemann seiner Ehefrau gehörige, eingebrachte Sachen auf seinen Namen gegen Brandschaden, dann kann er den ihm erwachsenen Versicherungsanspruch durch Verhandeln mit sich selbst auf seine Ehefrau übertragen, und es genügt dazu, daß sein Wille irgendwie erkennbar in die Erscheinung trat (RG 76, 133). Die Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger kann in der Weise geschehen, daß der Eigentümer nach Empfang des Hypothekenbriefs mit sich selbst und als Vertreter des Gläubigers gemäß § 181 einen (durch schlüssige Handlungen erkennbaren) Vertrag im Sinne des § 930 abschließt (RG 73, 415). Das eine Mitglied von mehreren Mitgliedern des Vorstandes einer eingetragenen Genossenschaft ist zur Mitwirkung bei Erteilung der Vollmacht an sich selbst befugt (RG 80, 180).

Die Erfüllung einer Verbindlichkeit umfaßt unterschiedlos alle Erfüllungsgeschäfte, mögen sie in einer dinglichen Leistung oder in Eingehung von schuldrechtlichen Verbindlichkeiten bestehen. Voraussetzung ist aber stets, daß es sich um eine rechtsverbindliche Schuld (daher beispielsweise auch nur eine formgültige Schenkung, RG 23. 10. 12 V 239/12) und um Leistung des eigentlichen Schuldgegenstandes handelt. Daher gehört nicht hierher die Leistung an Erfüllungs Statt (§ 365). Wohl aber die Aufrechnung (§§ 387, 389). Niemals aber kann der Vertreter dem Vertretenen durch das Erfüllungsgeschäft etwas von seinem Rechte vergeben, daher nicht seine eigenen noch zweifelhaften oder noch nicht fälligen Forderungen an den Vertretenen durch Verwendung von Mitteln des letzteren befriedigen.

Sechster Titel

Einwilligung Genehmigung

§ 182

Hängt die Wirksamkeit eines Vertrags oder eines einseitigen Rechtsgeschäfts, das einem anderen gegenüber vorzunehmen ist, von der Zustimmung¹) eines Dritten ab, so kann die Erteilung sowie die Verweigerung der Zustimmung sowohl dem einen als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden²).

Die Zustimmung bedarf nicht der für das Rechtsgeschäft bestimmten Form³).

Wird ein einseitiges Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit von der Zustimmung eines Dritten abhängt, mit Einwilligung des Dritten vorgenommen, so finden die Vorschriften des § 111 Satz 2, 3 entsprechende Anwendung⁴).

E I 127 II 150; M 1 245 ff.; P 1 176 ff.; 6 124, 128, 138.

1. **Zustimmung.** Rechtsgeschäfte, durch die ohne Befugnis in eine fremde Rechtssphäre eingegriffen wird, sind im Sinne des Gesetzes nicht nichtig, aber unwirksam. Denn soll eine Willenserklärung rechtliche Wirkungen hervorbringen, so muß der Erklärende über den Gegenstand seiner Erklärung zu verfügen nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv berechtigt sein. Das hier in Frage stehende unwirksame Rechtsgeschäft unterscheidet sich vom nichtigen dadurch, daß die Nichtigkeit grundsätzlich unheilbar ist (§ 125 A 1), daß dagegen das bloß unwirksame Geschäft auf die gesetzlich vorgesehene Weise ungeschmälerte Wirksamkeit erlangen kann, und zwar gemäß § 184 von Anfang an. Das Mittel nun, durch welches dieser Erfolg herbeigeführt wird, ist die Zustimmung des Berechtigten. Diese umfaßt „die Einwilligung", d. i. die im voraus, und die „Genehmigung", d. i. die nachträglich erteilte Zustimmung. Während die Bestätigung (§ 141) eigene nichtige Rechtsgeschäfte des Erklärenden wirksam zu machen bestimmt

ist, kommt die Zustimmung in ihren beiden Formen in Frage bei Rechtsgeschäften, bei deren Abschluß der Erklärende selbst nicht beteiligt war. Hier sind aber die §§ 182—185 durchweg anwendbar, soweit nicht Sondervorschriften, insbesondere die §§ 108ff., betreffend die Rechtsgeschäfte Minderjähriger, 177, betreffend die auftraglose Geschäftsführung (RG 53, 275), 1395ff., betreffend die Genehmigung von Rechtsgeschäften des Vormundes durch den Gegenvormund, vorzugsweise Platz greifen (vgl. auch die §§ 415, 458, 1071, 1245, 1255, 1276, 1405, 1444, 1516, 2120). — Die Anwendbarkeit der §§ 182—185 ist nicht auf solche Fälle auszudehnen, in denen ein Rechtsgeschäft lediglich insoweit unwirksam ist, als es gegen das nur zugunsten eines andern bestehende gesetzliche (§ 135) oder gewillkürte (§ 399) Veräußerungsverbot verstößt. Denn im Sinne der §§ 182 ff. muß eine einstweilige unbedingte Wirkungslosigkeit in Frage stehen. In den Fällen der §§ 135, 399 wird demgemäß die Unwirksamkeit auch nicht durch die Genehmigung geheilt, wie bei § 182 vorgesehen ist; vielmehr handelt es sich dort gegebenenfalls um einen Verzicht des Geschützten auf Geltendmachung der Unwirksamkeit. Der Verzicht und anderseits die Genehmigung sind aber zwei an sich verschiedene Dinge. Insbesondere kann also in den Fällen der §§ 135, 399 auch der Grundsatz von der Rückwirkung der Genehmigung nicht schlechthin Platz greifen. Der nachträgliche Verzicht des Geschützten auf Geltendmachung seines Rechtes wirkt vielmehr nur von der Erklärung ab. Auf behördliche Zustimmungserklärungen, landesherrliche Genehmigung bei Stiftungen (§ 80), oder bei Zuwendungen an juristische Personen (EG Art 86), können die §§ 182ff. ebenfalls nicht Anwendung finden. Hier liegen bedingte Rechtsgeschäfte vor (RG 40, 235; 75, 407). Vor der Genehmigung besteht bereits ein bindendes Rechtsverhältnis und ein Schwebezustand, mit der Genehmigung wird das Rechtsgeschäft vollwirksam, und zwar gemäß Art 86 mit rückwirkender Kraft; ob für die Zwischenzeit die betreffs rechtsgeschäftlicher Bedingungen geltenden Vorschriften der §§ 160, 161 ebenfalls anwendbar sind (in RG 75, 409 unentschieden gelassen), kann streitig sein. Für den Fall der Stiftung ist die Frage mit Rücksicht auf § 81 zu verneinen; für den Fall des Art 86 dürfte die entsprechende Anwendung eher anzunehmen sein. Auch in solchen Fällen, in denen die Gesetze für die Vornahme gewisser Rechtsgeschäfte durch kommunale Verwaltungsbehörden die Genehmigung der Gemeindevertretungen verlangen, wird der Gesichtspunkt bedingter Rechtsgeschäfte der zutreffende sein. Anders ist es, falls eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Derartige Rechtsgeschäfte unterstehen in jeder Hinsicht, also auch in Ansehung der Genehmigung, den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes (RG 71, 170), und es greifen hier in erster Linie die Vorschriften der §§ 1828ff. Platz. Wo endlich das Gesetz von der „Erlaubnis" eines Dritten spricht (§ 549), dient diese überhaupt nicht dazu, ein Rechtsgeschäft wirksam zu machen. — Das wirkliche **Anwendungsgebiet** des § 182 umfaßt Verträge und einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen, während § 185 hinsichtlich der Verfügungen Nichtberechtigter eine Sonderbestimmung gibt. Immer aber ist Voraussetzung, daß gerade die Wirksamkeit eines Vertrags von der Zustimmung eines Dritten abhängt. Daher greift § 182 nicht Platz, wenn an die Zustimmung des Dritten andere Folgen als die Wirksamkeit des von anderen Beteiligten abgeschlossenen Vertrags geknüpft sind, wie beispielsweise in § 549. Wird jemand das Recht auf Überlassung einer Sache (Miete) durch einen andern als den Eigentümer der Sache vertraglich eingeräumt, und willigt der Eigentümer in den Vertrag ein oder erteilt er nachträglich seine Genehmigung, dann greifen die §§ 183, 184 (nicht § 185) Platz, und die Folge ist, daß der Vertrag gegen über dem Eigentümer in gleicher Weise wirksam ist, als wäre er namens seiner durch einen Vertreter abgeschlossen worden (RG 80, 399). Bei einseitigen nicht empfangsbedürftigen Erklärungen kann eine Zustimmung überhaupt nicht in Frage kommen. — Der § 182 greift auch im Falle der Schuldübernahme nach § 415 Platz (RG 9. 5. 11 VII 456/10).

2. Die **Zustimmung** ist eine **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** (RG Warn 1919 Nr 132) und ist ein abstraktes Rechtsgeschäft. Sie kann ausdrücklich oder auch stillschweigend, muß alsdann aber dem andern erkennbar (RG JW 08, 301[7]; Warn 1919 Nr 132) erteilt werden. Sie setzt jedenfalls voraus, daß der Erklärende den Willen gehabt hat, den von andern Personen abgeschlossenen Vertrag durch seine Zustimmung wirksam zu machen, und erfordert also auch, daß der Erklärende sich der wirklichen Sachlage bewußt war. Es gilt hier entsprechend das gleiche, das betreffs der Bestätigung eines vom Erklärenden selbst abgeschlossenen, aber nichtigen Vertrags erörtert worden ist (vgl. § 144). Eine Zustimmung läge beispielsweise nicht vor, wenn der beim Vertragsabschluß durch einen in Wirklichkeit auftragslosen Geschäftsführer Vertretene den Vertrag demnächst nur auf Grund seines Irrtums erfüllt hätte, daß sein Vertreter zur Zeit des Vertragsabschlusses noch die Vertretungsbefugnis gehabt habe und da sonach der Vertrag für wie gegen ihn wirksam sei. — Über die Widerruflichkeit vgl. § 183. — Als Willenserklärung ist die Zustimmung auch gemäß §§ 119, 123 anfechtbar, und zwar nach § 143 Abs 2 jeder von den beiden Vertragsparteien gegenüber.

Wirksam erklärt werden kann die Zustimmung **nur gegenüber** dem einen oder dem andern der am Vertrage oder am einseitigen empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte **Beteiligten** abgegeben werden. Die Erklärung an eine andere Person oder Stelle (Gericht) ist wirkungslos (**RG** 64, 153; Warn 1910 Nr 322; 1915 Nr 10; 1919 Nr 132). Zwischen den beiden Beteiligten hat der Zustimmende die Wahl.

3. Die Zustimmungserklärung ist grundsätzlich **formfrei** (vgl. jedoch die Sonderbestimmungen der §§ 1516, 1517, 1730, 1748 und A 4); auch bei der Genehmigung eines Grundstücksveräußerungsvertrags (**RG** 15. 2. 13 V 447/12).

4. Entsprechend § 111 kann der Dritte die **Zustimmungserklärung** zurückweisen, falls sie ihm nicht in schriftlicher Form vorgelegt wird; es sei denn, daß ihn der Zustimmende zuvor von der Zustimmung in Kenntnis gesetzt hatte.

§ 183

Die vorherige Zustimmung (Einwilligung) ist bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt[1]). Der Widerruf kann sowohl dem einen als dem anderen Teile gegenüber erklärt werden[2]).

E I 127 II 151; M 1 245 ff.; P 1 176 ff.; 6 124, 128.

1. Die **Einwilligung** ist als eine Unterart der Zustimmung (§ 182 A 1) eine einseitige empfangsbedürftige, der Regel nach **bis** zur Vornahme des Rechtsgeschäfts **frei widerrufliche** Willenserklärung. Das Widerrufsrecht fällt jedoch fort entweder kraft einer besondern, gesetzlichen Bestimmung, so in den Fällen der §§ 876, 1071, 1178, 1245, 1255, 1276, 1516, 1517, 1748; oder zufolge einer besondern Parteiabrede; oder endlich — ähnlich wie betreffs der Widerruflichkeit einer Vollmacht gemäß § 168 — nach dem Zwecke des zugrunde liegenden Geschäfts (**RG** JW 1910, 329[2]). Falls beispielsweise der Dritte in den zwischen A und B geschlossenen Vertrag infolge einer gegenüber A bestehenden Verpflichtung einwilligt, wird er des Widerrufsrechts aus diesem Grunde entbehren (vgl. § 168 A 2). Die Wirkung der Einwilligung ist, daß sie das Rechtsgeschäft des Dritten schon von seinem Zustandekommen an vollwirksam macht. Wird die Einwilligung mit Rücksicht auf ein zugrunde liegendes Rechtsverhältnis erteilt, so erlischt sie mit dem letzteren ohne weiteres (§ 168).

Die nach Vornahme des Rechtsgeschäfts erteilte Zustimmung ist nicht mehr frei widerrufbar, sondern nur anfechtbar (vgl. § 182 A 1), und auf Grund der Anfechtung (aber nicht auch ohne eine solche; vgl. dagegen Planck A 1 Abs 3) steht dem Zustimmenden der Bereicherungsanspruch aus § 812 zu. An sich ist die Frage der Widerruflichkeit von Bedeutung nicht nur für das Verhältnis zwischen den Beteiligten selbst, sondern auch im Verhältnisse zu dem Dritten, demgegenüber die Rechtshandlung vorgenommen worden (**RG** JW 1918, 365[3]).

2. **Wahlrecht** wie im Falle des § 182 A 2.

§ 184

Die nachträgliche Zustimmung (Genehmigung) wirkt auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück, soweit nicht ein anderes bestimmt ist[1]).

Durch die Rückwirkung werden Verfügungen nicht unwirksam, die vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts von dem Genehmigenden getroffen worden oder im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt sind[2]).

E I 127 II 152; M 1 247; P 1 176 ff.; 6 129 ff., 133.

1. Auch die **Genehmigung** (§ 182 A 1) ist eine einseitige empfangsbedürftige, **nicht widerrufliche** Willenserklärung, die auch stillschweigend, so beispielsweise durch Prozeßführung, erklärt werden kann (**RG** 50, 154; 64, 149). Möglich ist die Genehmigung auch ohne Kenntnis des wesentlichen Inhalts eines Geschäfts, allein auf Grund der Kenntnis der Tatsache seines Abschlusses (**RG** 10. 10. 06 V 11/06); aber jedenfalls muß der Genehmigungswille vorhanden sein. Vgl. § 182 A 2. Der Ansicht (Planck A 2), daß, wenn die Genehmigung ohne rechtlichen Grund erteilt sei, ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach § 812 auf Herausgabe dessen begründet sein könne, was der andere Teil durch die Genehmigung auf Kosten des Genehmigenden erlangt habe, kann nur mit der Einschränkung beigepflichtet werden, daß der Genehmigende zuvor seine Genehmigung wirksam angefochten

hat; denn andernfalls ist seine Genehmigung zu Recht bestehengeblieben und könnte daher auch von einer grundlosen Bereicherung noch keine Rede sein. — Vor erteilter Genehmigung können die Vertragsparteien den Vertrag unbehindert noch aufheben. Anders freilich im Falle der §§ 177, 178. — Der § 184 ist auch auf die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung anwendbar; solange der Vormund die erteilte Genehmigung noch nicht bekanntgemacht hat, ist der Vertrag noch nicht wirksam geworden, und ob der Vormund von der gerichtlichen Genehmigung überhaupt Gebrauch machen will oder nicht, hängt einstweilen von seinem Ermessen ab; wirksam wird der Vertrag erst dadurch, daß der Vormund die Genehmigung dem Vertragsgegner mitteilt (RG 76, 366). Genehmigt der Eigentümer einer Sache, die ein anderer in eigenem Namen an einen Dritten vermietet hat, das Rechtsgeschäft, dann kommt hierdurch ein Mietverhältnis unmittelbar zwischen dem Eigentümer und dem Dritten zustande (RG 80, 399). Der Grundsatz des Abs 1 ist auch beim Besitzerwerbe (RG 29, 310) sowie bei der Klageerhebung anwendbar (RG 9, 68). Im übrigen vgl. über das Anwendungsgebiet des § 184 § 182 A 1.

Die **Rückwirkung der Genehmigung** begründet regelmäßig die Wirksamkeit des Geschäfts von Anfang an (RG 69, 263). Den Parteien steht es jedoch frei, den Zeitpunkt des Wirksamwerdens anders zu bestimmen. Die Rückwirkung hat überhaupt keinen Einfluß auf den Beginn der Verjährung, weil dieser zur notwendigen Voraussetzung hat, daß der Anspruch schon damals wirklich hätte geltend gemacht werden können, wie die Verjährung sich auch auf rein tatsächliche Verhältnisse, wie Besitzverhältnisse, nicht erstreckt (RG 65, 245; 75, 114). Die gesetzlich vorgesehene Rückwirkung äußert sich auch dinglich: die dingliche Verfügung (Vorbem 7 vor § 104) des Nichtberechtigten beispielsweise wird wirksam von Anfang an. Das Recht ist gegebenenfalls von Anfang an entstanden oder aber untergegangen, und die von einem Nichtbefugten begründete Verpflichtung des Genehmigungsberechtigten gilt als von Anfang an zu Recht bestehend (§ 170). Vgl. jedoch betreffs der Zwischenverfügungen Abs 2 (RG 64, 154). Auch die Übertragung der Mitgliedschaft innerhalb einer Gesellschaft durch einen zur Übertragung nicht Befugten wird durch die Genehmigung der Gesellschaft mit Rückwirkung wirksam (RG Warn 1914 Nr 179).

2. Bis zur Erteilung der Genehmigung oder bis zu ihrer Verweigerung befindet sich das Rechtsgeschäft im Zustande schwebender Unwirksamkeit, währenddessen die Parteien einstweilig gegenseitig gebunden sind und sonach des einseitigen Widerrufsrechts entbehren (RG 64, 154). **Rechte Dritter** sollen **durch die Rückwirkung nicht beeinträchtigt werden,** soweit sie entstanden sind durch Verfügungen, die der Genehmigungsberechtigte selbst schon vor Erteilung der Genehmigung getroffen hatte; und ebensowenig durch derartige vom Konkursverwalter oder im Wege der Zwangsvollstreckung getroffene Verfügungen. Unter Verfügungen im Sinne des § 184 sind nur solche Rechtsgeschäfte zu verstehen, durch die zugunsten des Dritten eine Rechtsänderung (Übertragung, Belastung) unmittelbar herbeigeführt wird; daher gehört hierher nicht eine in der Zwischenzeit erfolgte, gegen die Richtigkeit des Grundbuchs gerichtete Eintragung (RG 69, 263). — Die Ansicht (Planck A 1), durch ein rechtskräftiges Urteil, das in einem Rechtsstreite zwischen dem Genehmigenden und einem andern den Gegenstand des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts dem andern zugesprochen habe, werde die Rückwirkung der später erfolgten Genehmigung zuungunsten desjenigen Dritten, der das dem andern durch das Urteil zugesprochene Recht durch die Verfügung des Nichtberechtigten kraft der erst nachfolgenden Genehmigung des Berechtigten erlangt habe, ausgeschlossen, kann nicht gebilligt werden. Sententia jus facit inter partes. Eine Rechtsnachfolge im Verhältnisse zwischen dem Dritten und dem andern liegt nicht vor, und § 325 ZPO kann daher nicht Platz greifen.

§ 185

Eine Verfügung, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, ist wirksam, wenn sie mit Einwilligung des Berechtigten erfolgt[1]).

Die Verfügung wird wirksam, wenn der Berechtigte sie genehmigt[1]) oder wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt oder wenn er von dem Berechtigten beerbt wird und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet[2]). In den beiden letzteren Fällen wird, wenn über den Gegenstand mehrere miteinander nicht in Einklang stehende Verfügungen getroffen worden sind, nur die frühere Verfügung wirksam[3])[4]).

E II 153; P 1 179.

1. **Sofortige Wirksamkeit** der Verfügung des Nichtberechtigten im Falle **im voraus** erteilter Einwilligung. Diese Bestimmung überträgt zunächst die Grundsätze der §§ 182—184 auf den Sonderfall, daß ein **Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine dingliche Ver-**

fügung trifft, gibt alsdann aber auch noch Sonderbestimmungen, namentlich in Abs 2. Nach der Regel, daß niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, müßte eine derartige Verfügung zwar nicht nichtig sein, wohl aber der Rechtswirksamkeit entbehren; unbeschadet der etwaigen schuldrechtlichen Verpflichtung des Veräußernden, dem andern gemäß § 433 das Eigentum an der Sache zu verschaffen (**RG** 54, 365). Das Gesetz läßt jedoch die Verfügung des Nichtberechtigten im Falle der vorausgegangenen Einwilligung (§ 183) von Anfang an wirksam sein und im Falle der nachträglichen Genehmigung (§ 184) mit rückwirkender Kraft (§ 184 A 3) wirksam werden (**RG** 89, 158). Die Einwilligung bedeutet hier (im Gegensatze zur Vollmacht) die im voraus erteilte Zustimmung dazu, daß der andere in eigenem Namen über das Recht des Zustimmenden wirksam verfüge (**RG** 53, 275). In dem Falle hat das dem Ermächtigten gegenüber ergehende Urteil auch dem Einwilligenden gegenüber Rechtskraft (**RG** 73, 306). Nimmt der Berechtigte selbst die Verfügung als Bevollmächtigter des Nichtberechtigten für diesen vor, dann liegt darin regelmäßig zugleich eine Einwilligung in die Verfügung (**RG** JW 1913, 594[5]).

2. **Sonstige nachträgliche Heilung der Unwirksamkeit.** Die Verfügung des Nichtberechtigten **„wird"** außer durch nachträgliche Genehmigung (A 1) auch dann wirksam, **wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt** oder von dem Berechtigten **beerbt wird** und dieser für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet (Vorbemerkung vor § 1967), so daß er die Verpflichtungen des Erblassers gegen sich gelten lassen muß. In diesen beiden Fällen tritt jedoch — im Gegensatze zum Falle des Abs 1 — eine **Rückwirkung nicht ein** und die Wirksamkeit der Verfügung besteht daher erst vom Eintritte der bezeichneten Ereignisse ab (**RG** 89, 158). Die Übertragung einer Buchhypothek nebst der Bewilligung der Eintragung des Zessionars als Hypothekengläubiger, sowie die Erteilung der Auflassung nebst Bewilligung der Eintragung des andern als Eigentümer enthält im Zweifel zugleich die Einwilligung des Zedenten oder des Eigentümers in die vom andern vorzunehmenden Verfügungen gemäß § 185 (**RG** 54, 369). Eintragungen für eine nicht bestehende Forderung können nachträglich durch Entstehung der Forderung als Hypotheken Rechtswirksamkeit erlangen, indessen nur unter der Voraussetzung, daß der Schuldner in jenem Zeitpunkte noch in der Lage ist, über die Hypothekenstelle verfügen zu können; andernfalls erwirbt sein Nachfolger die Eigentümergrundschuld (**RG** JW 1911, 277[4]). Ein Fall der Heilung (Konvaleszenz) gemäß Abs 2 Satz 1 tritt insbesondere ein, wenn der Käufer eines Grundstücks, der sich vor dessen Erwerbe mit einem andern über die demnächstige Begründung eines Rechtes am Grundstücke für den andern einigt, alsdann das Grundstück erwirbt; die zuvor noch unwirksam gebliebene dingliche Einigung wird alsdann derart wirksam, daß der Erwerber an sie gebunden ist und sie daher nicht mehr widerrufen oder abändern kann (**RG** 77, 84). In der Aushändigung der mit einer Blankozession versehenen Schuldurkunde durch den Gläubiger an einen andern liegt die im voraus erteilte Einwilligung in die spätere Verfügung des andern mittels Zession (**RG** 16. 9. 11 V 101/11; ferner 81, 257). Der § 185 Abs 2 Satz 1 ist auch dann anwendbar, wenn der Ehemann, der über Frauengut unberechtigt verfügt hat, den Gegenstand später erwirbt; ferner dann wenigstens entsprechend anwendbar, wenn jemand, der in der Verfügung beschränkt war und während dieses Zustandes eine Verfügung getroffen hat, demnächst das Verfügungsrecht wiedererlangt (**RG** 6. 11. 11 VI 601/10). — Der Ausdruck **„Berechtigter"** ist hier im weitesten Sinne zu verstehen. Als der Berechtigte ist daher nicht nur derjenige anzusehen, dem das Recht selbst zusteht, sondern auch derjenige, welcher namens des Rechtsinhabers zu verfügen befugt ist, so der gesetzliche Vertreter (**RG** 68, 40); oder derjenige, dem die Verfügungsgewalt kraft eigenen Rechtes zukommt, wie der Konkursverwalter, Zwangsverwalter, Testamentsvollstrecker. Dadurch, daß die Abtretbarkeit einer Forderung gemäß § 399 ausgeschlossen ist, wird der Gläubiger nicht zu einem Nichtberechtigten, die Forderung ist daher ihm gegenüber auch pfändbar, und das Pfandrecht geht auch dann nicht unter, wenn der Schuldner, zu dessen Gunsten die Abtretbarkeit der Forderung ausgeschlossen worden war, die von seinem Gläubiger vor der Pfändung verbotswidrig bewirkte Abtretung nach der Pfändung genehmigt, weil die Genehmigung in diesem Falle nicht zurückwirkt (**RG** 75, 142; vgl. dazu § 182 A 1 und § 399 A 1).

3. Für den Fall, daß der Nichtberechtigte über den nämlichen Gegenstand **nacheinander mehrere Verfügungen** trifft, z. B. dieselbe Sache durch Besitzkonstitut (§ 930) mehrfach veräußert, ist nur die frühere Verfügung wirksam. Im Falle ihrer Nichtigkeit würde freilich überhaupt nur die spätere Verfügung in Betracht kommen.

4. **Anwendungsgebiet.** Der § 185 betrifft ausschließlich (**RG** 49, 416) Verfügungen (Vorbem 7 vor § 109) rechtsgeschäftlicher Art. Er findet im übrigen Anwendung sowohl bei Verfügungen auf schuldrechtlichem Gebiete wie im Sachenrechte und hier auch im Gebiete des Liegenschaftsrechts (**RG** 54, 366 u. 18. 2. 11 V 149/10). Voraussetzung ist hier regelmäßig (s. weiter unten), daß für jemand auf Grund der Bewilligung eines nicht eingetragenen Nichtberechtigten ein Recht eingetragen wird. Nicht hierher gehört dagegen der Fall, daß der Bewilligende, obwohl nicht eingetragen, doch der wirklich Berechtigte

war (etwa weil er das Recht nicht durch Rechtsgeschäft, sondern auf andere Weise erworben hat), und ebensowenig der Fall, daß der Bewilligende zwar eingetragen, aber trotzdem nicht wirklich berechtigt war. Denn ersterenfalls wäre nur die sachlich bedeutungslose Ordnungsvorschrift des § 40 GBO verletzt worden, die die ordnungswidrig erfolgte Eintragung nicht unwirksam macht; in dem andern Falle fänden die Bestimmungen vom Erwerbe im guten Glauben Anwendung (§§ 892, 893, 1138). Die Fälle der Heilung unwirksamer grundbuchlicher Eintragungen gemäß § 185 liegen somit nur dann vor, wenn die Eintragung sonst aus materiellem Grunde unwirksam ist, und dieser materielle Mangel auf einem der in § 185 vorgeschriebenen Wege beseitigt werden kann. Der § 185 kann aber überhaupt nirgends Anwendung finden, wo sich der Erwerb aus der Hand eines Nichtberechtigten — wie für das Liegenschaftsrecht bereits zuvor hervorgehoben worden — ohnehin schon nach den Grundsätzen vom guten Glauben vollzieht (§§ 932, 1032, 1244 usw.). Wiewohl sich der § 185 seinem Wortlaute nach auf die Fälle rechtsgeschäftlichen Erwerbs beschränkt, ist gleichwohl anzunehmen, daß auch ein Pfändungspfandrecht wirksam wird, wenn der Schuldner nachträglich die Pfandsache zu Eigentum erlangt (RG 60, 72). Voraussetzung für eine derartige Heilung ist jedoch, daß das Recht, welches der Pfandschuldner nachträglich erlangt, das nämliche ist wie das den Gegenstand der Pfändung bildende. Das trifft beispielsweise nicht zu, falls ein Amortisationsguthaben des Grundeigentümers gepfändet ist und nachträglich der letztere im Wege der Verrechnung aus jenem Guthaben eine Eigentümergrundschuld erwirbt (RG 64, 211). — Als Verfügung im Sinne des § 185 ist auch eine Parzellierungsvollmacht anzusehen, durch die der Beauftragte zur Einräumung des Besitzes und des Nutzungsrechts an die Käufer der Trennstücke ermächtigt wird (RG 90, 400). Auch das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters entsteht, sobald der Mieter die eingebrachten Sachen eines Dritten zu Eigentum erworben hat (RG 60, 70). Eine besondere Anwendung der Grundsätze des § 185 ist im § 362 Abs 2 für den Fall der Leistung an einen Dritten, der nicht Gläubiger ist, vorgesehen (vgl. ferner § 161 A 1 a. E.). — Entsprechende Anwendung muß der § 185 auch finden in Ansehung von Verfügungen dessen, der in der Verfügung beschränkt war, demnächst aber das Verfügungsrecht wiedererlangt hat, wie das beispielsweise beim Gemeinschuldner zutreffen kann. Vgl. endlich über die entsprechende Anwendbarkeit des § 185 im Falle des Erlasses und der Abtretung unter § 397 A 1 und § 398 A 1. Zweifelhaft ist die Anwendbarkeit des § 185 bei Verfügungen des Vorerben im Sinne des § 2113. Gegen die Bejahung spricht der Umstand, daß einerseits der Vorerbe einstweilen das Verfügungsrecht hat, und der Nacherbe anderseits eines erworbenen Rechtes einstweilen noch ermangelt. Trotzdem wird es richtig sein, dem § 185 entsprechend hier ebenfalls Raum zu geben, mit Rücksicht darauf, daß das Verfügungsrecht des Vorerben ein geschwächtes ist (M 5, 114 Abs 3), und daß die ganze Rechtslage hier eine ähnliche ist wie im Falle des § 161 bei bedingten Rechten (M 5, 115). Es greift hier im übrigen der Grundsatz resoluto jure concedentis resolatur jus concessum ein (RG Warn 1914 Nr 126). — Die einseitige Aufrechnung mit der Forderung eines andern kann gegen den Willen des Aufrechnungsgegners auch durch die Genehmigung des Berechtigten nicht wirksam werden (§ 387); wohl aber die durch Vertrag vorgenommene Aufrechnung (RG 72, 377; 78, 382; Warn 1912 Nr 66). — Verpflichtung zur Herausgabe des durch die Verfügung eines Nichtberechtigten Erlangten nach § 816.

Vierter Abschnitt

Fristen Termine

§ 186

[1]) **Für die in Gesetzen, gerichtlichen Verfügungen und Rechtsgeschäften enthaltenen Frist- und Terminsbestimmungen gelten die Auslegungsvorschriften der §§ 187 bis 193[2])[3]).**

E I 147 II 154; M 1 282; P 1 188.

1. **Frist** bedeutet nach dem Sprachgebrauche des BGB einen abgegrenzten Zeitraum, gleichviel ob er zusammenhängend verlaufen muß oder nicht (§ 191; M 1, 282). Zu unterscheiden sind: a) die **Ausschlußfrist** (Präklusivfrist), die besagt, daß eine Handlung mit Wirkung nur innerhalb der bestimmten Frist vorgenommen werden kann (vgl. beispielsweise die §§ 121, 123, 148, 1944, 1994; § 41 KO); b) die **Verjährungsfrist**, die rechtsverändernd, sei es rechtsbegründend (erwerbende), sei es rechtszerstörend (erlöschende Verjährung) wirkt. Zwischen beiden Fristarten bestehen nach dem BGB, das übrigens nur die Anspruchsverjährung kennt (§ 194), im einzelnen folgende wichtige Unterschiede: Die Ausschlußfrist kommt zwar

in allen Rechtsgebieten, aber anderseits doch nur in den ausdrücklich vorgesehenen Fällen in Betracht, die Verjährungsfrist dagegen lediglich bei „Ansprüchen", hier aber — abgesehen von gewissen Ausnahmen — durchweg (§ 194). Die Ausschlußfrist wirkt von Rechts wegen und unbedingt, so daß das Recht regelmäßig (über eine Ausnahme vgl. § 157 A 3) auch dann verwirkt ist, wenn der Berechtigte die Handlung innerhalb der Frist gar nicht vornehmen konnte (RG 48, 162), oder wenn er vom Rechte nicht unterrichtet war (RG 62, 129). Die vollendete Verjährung dagegen gibt nur eine Einrede (§§ 222, 813). Bei der Ausschlußfrist sind grundsätzlich Hemmung wie Unterbrechung des Fristlaufs ausgeschlossen, während bei der Verjährung das Gegenteil zutrifft (§§ 202ff., 208). Nur ausnahmsweise erklärt das Gesetz die Hemmungsgründe der §§ 203, 206, 207 auch bei der Ausschlußfrist für anwendbar. Diese kann begrifflich überhaupt nur Platz greifen, wo die Rechtsausübung von vornherein an eine bestimmte Frist geknüpft ist; während es zur Natur der verjährbaren Ansprüche gerade nicht gehört, daß sie auf eine bestimmte Zeit beschränkt sind. Die Dauer der Verjährungsfrist ist allgemein vom Gesetze festgesetzt (vgl. jedoch § 225), die der Ausschlußfrist kann entweder auf Gesetz (gesetzliche Frist; § 121 unverzüglich, §§ 147 Abs 2, 150), oder auf richterlicher Bestimmung (§ 1944, richterliche Frist), oder auf Bestimmung der Partei (§§ 148, 326, Parteifrist) beruhen. Ob im Einzelfalle eine vereinbarte Frist Ausschlußfrist sein soll, ist Sache der Auslegung. Ausschlußfrist ist angenommen bei der Abmachung, daß der betreffende Anspruch nur innerhalb 4 Monaten vom angegebenen Zeitpunkte ab berücksichtigt werden könne (RG JW 06, 209[29]); ferner bei der Abrede, daß durch den Ablauf der Frist alle nicht anerkannten oder durch Klage verfolgten Ansprüche auf Brandentschädigung erlöschen (RG 22. 6. 06 VII 531/05). Hier ist zugleich der praktisch sehr wichtige Grundsatz angenommen, daß die Versicherungsgesellschaft sich auf die Frist nicht berufen könne, wenn das gegen Treu und Glauben verstieße, was der Fall wäre, falls der Versicherte die Versäumnis zu entschuldigen vermöchte. Eine Ausschlußfrist ist regelmäßig auch in einer Verwirkungsklausel zu finden (RG JW 1911, 805[6]). Vgl. auch § 157 A 3. — Vgl. auch § 194 A 1 a. E. — **Termin** ist der bestimmte Zeitpunkt, an welchem sich ein rechtserheblicher Vorgang ereignen soll, beispielsweise eine Kündigung.

2. Die gesetzlichen Bestimmungen über Fristen und Termine haben grundsätzlich nur die Bedeutung von **Auslegungsvorschriften** und können daher insoweit nicht Platz greifen, als einer Frist durch Parteiabrede ausdrücklich oder stillschweigend eine besondere, vom Gesetze abweichende Bedeutung beigelegt worden ist. Als Gesetz kommen Gesetze aus allen Rechtsgebieten in Betracht, so auch das Patentgesetz (RG 65, 25; vgl. § 187 A 2). Anwendbar sind die Vorschriften insbesondere auch im Gebiete des Handelsrechts und Wechselrechts, soweit hier nicht besondere Vorschriften bestehen (Artt 30, 32, 41 Abs 2, 92 WO); ferner im Gebiete des Zivilprozesses (§ 222 Abs 2 ZPO) und der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 17 FGG).

3. **Übergangsrecht.** Ist eine Frist nach dem 31. 12. 99 bestimmt, so findet das BGB Anwendung, selbst wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis schon zuvor begründet worden war (RG 50, 253; § 170 EG).

§ 187

Ist für den Anfang einer Frist ein Ereignis oder ein in den Lauf eines Tages fallender Zeitpunkt maßgebend, so wird bei der Berechnung der Frist der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt[1]).

Ist der Beginn eines Tages der für den Anfang einer Frist maßgebende Zeitpunkt, so wird dieser Tag bei der Berechnung der Frist mitgerechnet[2]). Das gleiche gilt von dem Tage der Geburt bei der Berechnung des Lebensalters[2]) [3]).

E I 148 II 155; M 1 282 ff.; P 1 188 ff.

1. **Beginn der Frist,** abgestellt auf ein **Ereignis.** Falls es z. B. heißt „vom Einlaufen des Schiffes ab in einer Woche" oder vom „1. April mittags 12 Uhr ab binnen 3 Tagen", wird der 1. April nicht mitgezählt. Dem Abs 1 liegt der Gedanke zugrunde, daß nur volle Tage in Rechnung kommen sollen (vgl. daher die andere Vorschrift des Abs 2). — Bei der fünfjährigen Frist des § 28 Abs 3 PatG ist der Tag der Bekanntmachung nicht mitzuzählen (RG 65, 24). Bei einer Gesetzesnorm, die „nach dem Tage der Verkündung in Kraft tritt", ist hierfür schon der Beginn des Tages maßgebend (RG 91, 340; Beschluß v. 2. 10. 05 Rep. VI 459/05, betreffend die Novelle zur ZPO v. 5. 6. 05).

2. Hier handelt es sich um den Fall, daß nicht, wie bei Abs 1, ein in den Lauf eines Tages fallender Vorgang oder Zeitpunkt, sondern daß schon **der Beginn des Tages** für den Anfang der Frist maßgebend sein soll; so beim Mieten einer Wohnung vom 1. April ab auf

1 Jahr. In diesem Falle muß folgerichtig der betreffende Tag eingerechnet werden. Nach Satz 2 findet diese Regel entsprechende Anwendung auch bei der Berechnung des Lebensalters, so daß der Tag der Geburt voll gerechnet wird, gleichgültig, zu welcher Stunde diese stattfand. Unter Anwendung des § 187 Abs 2 Satz 1 ist angenommen worden, daß, wenn die Revisionsfrist innerhalb der Gerichtsferien abläuft, die Frist zur Begründung der Revision schon mit dem 15. Oktober abläuft (RG 87, 209).

3. Fristen von **Stunden** berücksichtigt das Gesetz nicht. Möglich sind sie aber bei Fixgeschäften (§ 361) wie auch sonst nach Verabredung, insbesondere bei der Miete (RG JW 1911, 92[11]). In der Regel wird hierbei wirklich nach Stunden zu rechnen sein. Ob nicht bei Bestimmung einer Frist von 24 Stunden ein Tag gemeint ist, ist Sache der Auslegung (vgl. § 222 Abs 3 ZPO).

§ 188

Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt mit dem Ablaufe des letzten Tages der Frist[1]).

Eine Frist, die nach Wochen, nach Monaten oder nach einem mehrere Monate umfassenden Zeitraume — Jahr, halbes Jahr, Vierteljahr — bestimmt ist, endigt im Falle des § 187 Abs 1 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher durch seine Benennung oder seine Zahl dem Tage entspricht, in den das Ereignis oder der Zeitpunkt fällt, im Falle des § 187 Abs 2 mit dem Ablaufe desjenigen Tages der letzten Woche oder des letzten Monats, welcher dem Tage vorhergeht, der durch seine Benennung oder seine Zahl dem Anfangstage der Frist entspricht[2]).

Fehlt bei einer nach Monaten bestimmten Frist in dem letzten Monate der für ihren Ablauf maßgebende Tag, so endigt die Frist mit dem Ablaufe des letzten Tages dieses Monats[3]).

E I 148, 149 II 156; M 1 282 ff.; P 1 189; 6 138 ff.

1. **Fristablauf.** Die Regel des Abs 1 gilt ausnahmslos. Ob etwa unter der Bestimmung „in acht Tagen" eine Woche oder die Zahl der Tage verstanden werden soll, ist Sache der Auslegung. Nach § 359 Abs 2 HGB sollen im Zweifel acht volle Tage gerechnet werden.

2. Ist die Frist nach den in Abs 2 bezeichneten **Zeiträumen** bestimmt, so ist zu unterscheiden: a) Fällt der für den Anfang der Frist maßgebende Vorgang oder Zeitpunkt in den Lauf eines Tages (Abs 1 des § 187), dann endigt die Frist mit dem Ablaufe des entsprechenden Wochentags oder Monatstags (z. B. am Montage oder am 1. des Monats). b) Fängt dagegen der Fristlauf bereits mit dem Beginne des Tages an, dann endigt die Frist schon mit Ablauf des vorhergehenden Tages. Ist beispielsweise zu zahlen vom 1. April mittags 12 Uhr ab binnen 1 Monat, so endigt die Frist mit dem 1. Mai; ein vom 1. April ab für ein Jahr abgeschlossener Mietvertrag läuft dagegen mit dem 31. März ab, nicht erst mit dem 1. April. Eine zur Fristwahrung vorzunehmende einseitige Handlung darf noch bis zum Ablaufe des letzten Fristtags (Mitternacht) vorgenommen werden; ist jedoch die Mitwirkung des andern Teiles erforderlich, dann darf diesem hinsichtlich der Tageszeit nicht mehr zugemutet werden, als Treu und Glauben entspricht (RG Gruch 54, 1128). Unfähigkeit desjenigen, der die Frist wahren soll, zur Vornahme der Handlung hindert den fruchtlosen Fristablauf nicht. Vgl. jedoch § 193. — Bei einer Abrede wie „Lieferzeit Oktober bis Mai" ist der letzte Monat in die Frist im Zweifel einzurechnen (RG 95, 22).

3. Z. B. mit dem 30. Juni.

§ 189

Unter einem halben Jahre wird eine Frist von sechs Monaten, unter einem Vierteljahre eine Frist von drei Monaten, unter einem halben Monat eine Frist von fünfzehn Tagen verstanden.

Ist eine Frist auf einen oder mehrere ganze Monate und einen halben Monat gestellt, so sind die fünfzehn Tage zuletzt zu zählen[1]).

E I 150 II 157; M 1 285; P 1 189; 6 138 ff.

1. Eine vertragsmäßige Frist von „4 Wochen" darf nicht ohne weiteres gleich 1 Monat gerechnet werden (RG 2. 11. 04 V 304/04). Hinsichtlich der Bezeichnungen „Frühjahr" und „Herbst" vgl. für das Gebiet des Handelsrechts § 359 HGB, wonach im Zweifel der Handelsgebrauch entscheidet.

§ 190

Im Falle der Verlängerung einer Frist wird die neue Frist von dem Ablaufe der vorigen Frist an berechnet[1]).

E I 152 II 158; M 1 286; P 1 189.

1. Diese Vorschrift trifft alle Fälle einer **Fristverlängerung**, auch wenn sie erst bei oder sogar nach Ablauf der Frist bewilligt worden ist. Nur darf es sich nicht um eine ganz neue Frist handeln. Vor allem wird zu prüfen sein, was beabsichtigt war (§ 186 A 2).

§ 191

Ist ein Zeitraum nach Monaten oder nach Jahren in dem Sinne bestimmt, daß er nicht zusammenhängend zu verlaufen braucht, so wird der Monat zu dreißig, das Jahr zu dreihundertfünfundsechzig Tagen gerechnet[1]).

E I 151 II 159; M 1 286; P 1 189.

1. **Nicht zusammenhängend verlaufender Zeitraum.** Die Motive führen als Beispiele an: die Zusicherung eines dreimonatigen, aber nicht auf einmal zu nehmenden Urlaubs; die Verpflichtung eines Geschäftsreisenden, sich jährlich mindestens neun Monate auf der Reise zu befinden. Hier entscheidet also nicht das Kalenderjahr. Auf die gesetzliche Frist des § 1567 Abs 1 (bösliche, ein Jahr währende Verlassung) findet § 191 keine Anwendung.

§ 192

Unter Anfang des Monats wird der erste, unter der Mitte des Monats der fünfzehnte, unter Ende des Monats der letzte Tag des Monats verstanden[1]).

E I 153 II 160; M 1 286; P 1 189.

1. **Anfang, Mitte, Ende des Monats.** Diese, dem Art 30 WO entsprechende Vorschrift berücksichtigt die im Verkehr üblichen Zeitbestimmungen: Anfang, Mitte, Ende des Monats.

§ 193

Ist an einem bestimmten Tage oder innerhalb einer Frist eine Willenserklärung abzugeben oder eine Leistung zu bewirken und fällt der bestimmte Tag oder der letzte Tag der Frist auf einen Sonntag oder einen am Erklärungs- oder Leistungsorte staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so tritt an die Stelle des Sonntags oder des Feiertags der nächstfolgende Werktag[1]).

E II 228; M 1 286, 287; P 1 190 ff., 310.

1. Hiernach ist der **Leistungs-** sowie der **Erklärungstag**, der auf einen Sonntag oder Feiertag fällt, auf den nächstfolgenden Werktag zu verlegen, und zwar auch zugunsten des Leistungs- oder Erklärungsempfängers (RG JW 07, 705[6]; streitig). Es handelt sich aber auch hier gemäß § 186 nur um eine Auslegungsregel und nicht um ein Verbotsgesetz. Abredegemäß kann die Leistung gerade zu einem Sonntage bedungen sein (beispielsweise ein Festmahl). Welchen Tagen die Bedeutung als **Feiertag** zukommt, ist nach dem Rechte des Einzelstaats, und zwar des Ortes, wo die Handlung vorzunehmen ist, zu beurteilen; die Bestimmung der Feiertage ist Sache der Landesregierungen (RGSt 24, 268; 31, 321). — Der Feiertag muß ein „allgemeiner" sein, darf mithin nicht auf die Angehörigen nur einer Konfession beschränkt sein, wie das bei den israelitischen Feiertagen zutrifft. Politische Festtage sind keine Feiertage im Sinne des § 193. — Der § 193 hat nur Termine (§ 186 A 1 a. E.), beispielsweise den Kündigungstag bei Mietverträgen, und Fristen zur Abgabe rechtsgeschäftlicher Erklärungen (oder zur Bewirkung von Leistungen), nicht aber auch Verjährungsfristen im Auge; er ist daher auf solche nicht anwendbar (RG 7. 2. 06 V 327/05). Die entgegengesetzte, von Staudinger (A 1) und andern vertretene Ansicht erscheint mit dem Gesetzeswortlaute nicht vereinbar. Die Bestimmung ist nur dann anwendbar, wenn der letzte Tag einer Frist auf einen Sonntag oder Feiertag fällt (RG JW 02, 10). Danach kann § 193 dem Schuldner nicht zur Seite stehen, wenn etwa bestimmt ist, daß die Forderung sofort fällig sein soll, falls er die je am ersten Vierteljahrstage fälligen Zinsen nicht innerhalb einer Woche bezahlt hat, und wenn alsdann der erste Vierteljahrstag auf das Neujahrsfest, der letzte Tag der späteren einwöchigen Frist aber auf einen Werktag fällt. Im Zweifel würde auch anzunehmen sein, daß die Vertragsparteien für Berechnung der

letzten Frist unbedingt den vertragsmäßigen Fälligkeitstag im Auge gehabt haben. Aber vgl. Warn 1913 Nr 223. Hier war die Kündbarkeit einer Hypothek für den Fall pünktlicher, d. h. innerhalb einer Woche nach Fälligkeit erfolgender Zinszahlung vertraglich bis zu einem bestimmten Zeitpunkte ausgeschlossen, und es wurde die Ansicht des Berufungsgerichts, daß die Nachsichtsfrist von einer Woche ohne Rücksicht auf den § 193 immer streng und genau vom ersten Tage des Kalendervierteljahrs zu berechnen sei, gemißbilligt.

Im Falle des § 222 Abs 2 ZPO ist § 193 nicht anwendbar (RG 83, 338 zu § 798 ZPO, wo zugleich die Unwirksamkeit eines Schuldnerverzichts auf Einhaltung der Frist des § 798 angenommen ist).

Fünfter Abschnitt

Verjährung

Die Verjährung gehört zu denjenigen juristischen Tatbeständen (vgl. Vorbem 1 vor § 104), welche kraft Gesetzes wirksam werden. An sich kann ihre Wirksamkeit sich rechtserzeugend oder zerstörend äußern, weshalb man die erwerbende und erlöschende Verjährung unterschied. Das BGB kennt jedoch nur die erlöschende, auf die allein sich dieser Abschnitt bezieht. Die Stelle der erwerbenden Verjährung wird nach dem geltenden Rechte durch die Ersitzung vertreten (§§ 900, 937—945, 1033, 2026). Nach dem Gesetze stellt die Verjährung unterschiedlos ein einheitliches Rechtsgebilde dar. Insbesondere ist ihm die Abart der unvordenklichen Verjährung unbekannt. Indessen sind hier doch die landesgesetzlichen Vorschriften insoweit in Geltung geblieben, als ein Gebiet der Landesgesetzgebung überhaupt vorbehalten worden ist (EG Artt 56, 66, 69, 73, 74, 132, 133). In Ansehung der Übergangszeit vgl. EG Art 169; ferner RG 64, 421. Die Vorschriften der §§ 194ff. betreffen nur die Verjährung solcher Ansprüche, welche nach dem BGB anerkannt sind. Ein nach dem PrALR begründeter, nach dem BGB nicht begründeter Anspruch verjährt beispielsweise nach dem PrALR (RG JW 07, 44[2]). Als materiell-rechtliches Gebilde ist die Verjährung nach dem Rechte des Ortes zu beurteilen, dem das Schuldverhältnis angehört, mithin bei Verträgen nach dem des Erfüllungsorts (RG 58, 367; 54, 316; Gruch 55, 1036). Nur die rein prozessualen Grundsätze des ausländischen Rechtes sind, soweit sie die Verjährung betreffen, für den deutschen Richter nicht bindend (RG 2, 13; 7, 24). Über den Unterschied zwischen Verjährung und Ausschlußfrist vgl. § 186 A 1.

§ 194

Das Recht, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen (Anspruch), unterliegt der Verjährung¹).

Der Anspruch aus einem familienrechtlichen Verhältnis unterliegt der Verjährung nicht, soweit er auf die Herstellung des dem Verhältnis entsprechenden Zustandes für die Zukunft gerichtet ist²)³).

E I 154 II 161; M 1 288 ff.; P 1 194 ff.

1. Der Abs 1 bestimmt das Gebiet der **erlöschenden Verjährung**; der § 222 bestimmt ihre Wirkung, während die sonstigen Bestimmungen des 5. Abschn die Voraussetzungen geben, unter denen sich die Verjährung zu erfüllen vermag. Das Gebiet der Verjährung ist beschränkt auf das der **Ansprüche** (Anspruchsverjährung), so daß, wo nicht das Bestehen und Fortbestehen eines Anspruchs in Frage steht, auch für die Verjährung kein Platz ist, und daß man umgekehrt überall, wo das Gesetz von Verjährung spricht, auf das Vorhandensein eines Anspruchs in seinem Sinne schließen kann (vgl. § 477). Der Abs 1 gibt zugleich auch den Begriff Anspruch. Dieser ist danach das Recht des Berechtigten, vom Verpflichteten ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. (Hinsichtlich des letzteren Anspruchs vgl. noch § 241 A 2). Auf die Natur des dem Anspruche zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses kommt es nicht an. Es kann sich insbesondere um ein reines Schuldverhältnis handeln, das seiner Natur nach von vornherein eine unmittelbare Beziehung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten voraussetzt, gleichgültig ob sie rechtsgeschäftlich oder kraft Gesetzes besteht. Sodann aber kann auch ein dingliches Rechtsverhältnis in Frage kommen. Dieses erzeugt zwar an und für sich eine unmittelbare Beziehung nur zu der seinen Gegenstand bildenden Sache oder zu dem Rechte, nicht aber sofort auch eine Beziehung zu einer bestimmten Person. Indessen es können aus ihm durch Hinzutritt einer weiteren Tatsache, insbesondere einer Verletzung des Rechts, demnächst auch Ansprüche hervorgehen, die nunmehr auch eine Beziehung zu einer bestimmten Person ergeben, wie z. B. das aus dem Eigentume hervorgehende Recht, die Sache von demjenigen herauszuverlangen, der sich in

ihren Besitz gesetzt hat (§ 985). Auch dann handelt es sich um wahre Ansprüche, und diese müssen mithin ebenfalls der Verjährung unterliegen.

Die Fristen aus dem PrStempG v. 24. 5. 61 sowie aus dem PrStempG v. 31. 7. 95 und dem RStempG v. 15. 7. 09 sind Verjährungs- und nicht Ausschlußfristen (RG Warn 1913 Nr 401); desgleichen die Fristen aus § 168 JuvVG v. 13. 7. 99 und aus § 103 Abs 2 GewUVG v. 5. 7. 00 (RG 84, 281). Betreffs der Wirkung der Verjährung in diesen Fällen vgl. § 222 A 1 a. E.

2. **Unverjährbarkeit.** Nach der allgemeinen Bestimmung des Abs 1 sind Ansprüche jedweder Art verjährbar, soweit nicht das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme macht. Dies ist der Fall bei **Ansprüchen aus einem familienrechtlichen Verhältnisse,** soweit sie auf die Herstellung des dem Verhältnisse entsprechenden Zustandes für die Zukunft gehen, gleichgültig ob sie gegen einen Familienangehörigen oder gegen Dritte gerichtet sind (M 1, 294). Für das Eherecht kommen hier die §§ 1353, 1356, 1360, 1427, 1428, für das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern die §§ 1617, 1632, für das vormundschaftliche Verhältnis die §§ 1800, 1897, für die Unterhaltspflicht unter Verwandten die §§ 1601 ff. in Betracht. Nicht getroffen durch Abs 2 sind solche Ansprüche, welche eine Ausgleichung für die Vergangenheit anstreben (§ 1613). Eine Sonderregelung enthalten ferner der § 1623, betreffend den Anspruch der Tochter auf Aussteuer, ferner die §§ 1298—1301, betreffend Ansprüche bei Aufhebung eines Verlöbnisses, endlich der § 1584, betreffend Rückforderung der Geschenke nach erfolgter Ehescheidung. Das Verhältnis zwischen der unehelichen Mutter und dem Erzeuger ihres Kindes ist überhaupt kein familienrechtliches, mithin gehören die betreffenden Ansprüche unter § 194 Abs 1 (§ 1715). Die Motive lassen es unentschieden, ob der Unterhaltsanspruch des geschiedenen Ehegatten gegen den allein für schuldig erklärten Teil (§ 1578) hierher gehört (M 1, 294), und es fehlt anderseits auch eine Sonderbestimmung. Da jedoch der bezeichnete Anspruch gleichfalls allein in dem betreffenden familienrechtlichen Verhältnisse seinen rechtlichen Grund haben kann — wenn freilich auch in dem ehemaligen, inzwischen bereits beendigten —, so muß hier der § 194 Abs 2 anwendbar sein. Nach M 4, 517 ff. sollte dieser Anspruch „möglichst im Anschlusse an die gesetzliche Unterhaltspflicht der Verwandten" gestaltet werden, und für den Standpunkt des Gesetzes ist es schon an sich bezeichnend, daß es hier, anders als im Falle des § 1578, wie bemerkt, überhaupt keine Sonderbestimmung gibt.

3. Als **unverjährbar** sind **in Einzelbestimmungen** weiter erklärt: der Anspruch auf Aufhebung einer Gemeinschaft (§ 758), auf Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft (§ 2042 Abs 2); Ansprüche aus eingetragenen Rechten (§ 902 Abs 1 Satz 1, mit der Beschränkung nach Satz 2 daselbst), sowie ein Recht, wegen dessen ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen ist (§ 902 Abs 2); die in den §§ 894—896 bezeichneten Ansprüche auf Grundbuchberichtigung (§ 898); nachbarrechtliche Ansprüche der in § 924 aufgeführten Art. Schon grundsätzlich können der Verjährung nicht unterworfen sein, weil sie keinen Anspruch darstellen, Klagerechte jeder Art, die Aufrechnung, die in einer einseitigen Erklärung besteht (§ 387), das Anfechtungsrecht, endlich die Einreden im Sinne des Gesetzes, mithin das Recht, eine Leistung zu verweigern (vgl. § 202 A 2). Soweit ferner eine Einrede sich aus einem Anspruche ergibt, muß dessen Verjährung auch die Einrede beseitigen, da diese in dem Anspruche allein ihren Grund hat (M 1, 291). Demgegenüber bestimmt jedoch das Gesetz für die einredeweise behufs Verweigerung der Leistung geltend zu machende Wandlung und Minderung, daß diese Rechtsbehelfe durch eine Anzeige des Mangels an den Verkäufer unabhängig von der Anspruchsverjährung erhalten werden (§ 478; RG 74, 292). Nur der § 1169 gibt dem Eigentümer das Recht, auf Grund einer bloßen, die Geltendmachung der Hypothek dauernd ausschließenden Einrede, vom Hypothekar den Verzicht auf die Hypothek anspruchsweise durch Klage zu fordern (RG 71, 12). In den §§ 821, 853 ferner ist vorgesehen, daß die Einrede der Erfüllungsverweigerung auch dann bestehenbleibt, wenn die Ansprüche auf Befreiung von der Verbindlichkeit und auf Aufhebung der Forderung verjährt sind. — Der Anspruch auf Buße ist der Verjährung so lange entzogen, als der betreffende Strafanspruch noch nicht verjährt ist (RGSt 44, 294).

§ 195

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt dreißig Jahre[1]).

E I 155 II 162; M 1 295 ff.; P 1 194, 201.

1. Die §§ 195—197 bestimmen die Verjährungsfristen. Die **dreißigjährige Verjährungsfrist** gilt überall, wo nicht einer der vielen vom Gesetze geschaffenen Ausnahmefälle vorliegt, jedoch immer unter Berücksichtigung der in § 218 betreffs rechtskräftig festgestellter Ansprüche gegebenen Regel, vgl. dort A 1. — Beim Zusammentreffen mehrerer Ansprüche, beispielsweise eines vertraglichen und eines solchen aus unerlaubter Handlung, folgt jeder seiner besondern Regel (RG 66, 86; Warn 1912 Nr 154). Jedoch findet die

kurze Verjährungsfrist für Ersatzansprüche des Vermieters und Verleihers (§§ 558, 606) zugleich auf die etwaigen Ansprüche aus unerlaubter Handlung Anwendung (RG 66, 363), und ein gleiches kann dann gelten, wenn die Verjährungsfrist vertragsmäßig abgekürzt ist (Gruch 1912, 901). Dagegen unterliegt die Haftung des Unternehmers einer Straßenbahn aus dem HaftpflG nach § 8 das. der zweijährigen Verjährung, der daneben bestehende Anspruch aber aus dem Transportvertrage der dreißigjährigen nach § 195. Der Anspruch auf Rückzahlung von Fahrgeld und auf Ersatz des erforderlich gewordenen Aufwandes, wie jeder Ersatzanspruch wegen positiver Verletzung des Beförderungsvertrags, verjährt im Falle einer Zugentgleisung nach § 638 Abs 1, der Anspruch anderseits auf Ersatz des Sachschadens in 30 Jahren (RG 62, 119; Warn 1912 Nr 245). Der Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, der unmittelbar durch die mangelhafte Beschaffenheit des Werkes selbst begründet ist (wie derjenige auf Ersatz der zur Beseitigung der am Werke vorhandenen Mängel aus § 633 Abs 3; RG 80, 439), verjährt nach § 638; der Anspruch auf Ersatz desjenigen Schadens, den der Besteller infolge eines körperlichen Unfalls bei Benutzung des fehlerhaften Werkes erleidet, verjährt nach § 195 (RG Warn 1911 Nr 235). Verlangt der Besteller nach bereits erfolgter Abnahme des Werkes Beseitigung eines Mangels, so unterliegt auch dieser Anspruch (aus § 633) der kurzen Verjährung des § 638 (RG 95, 329). Entsprechend kann der Schuldner auch die Einrede aus § 222 nur gegenüber demjenigen von mehreren Ansprüchen geltend machen, betreffs dessen die Verjährung eingetreten ist. Zu berechnen ist die Frist nach den §§ 187, 188 Abs 2, 3, aber nicht auch nach § 193 (vgl. A 2 zu § 193). Auf Ersatzansprüche, die aus § 75 Einl zum PrALR hergeleitet werden, finden hinsichtlich der Verjährung nach Art 4 EG die Grundsätze des BGB Anwendung, und sie unterliegen der dreißigjährigen Verjährung auch dann, wenn der Anspruch etwa gegen eine Stadt infolge eines Eingriffs mittels einer Verfügung der städtischen Polizei bewirkt worden ist, da dieser Eingriff nicht als eine unerlaubte Handlung (§ 852) angesehen werden kann (RG 78, 205). In RG 70, 154ff. ist im Anschlusse an RG 35, 309; 54, 260; 23, 257; 37, 270 zutreffend folgende Unterscheidung gemacht worden: Ersatzansprüche verjähren in 30 Jahren, wenn durch die schädigende Anlage das Eigentums- (oder Nutzungs-) Recht unmittelbar verletzt ist; sie unterliegen dagegen der kurzen Verjährung des § 852, wenn durch die Anlage nur mittelbar in das Recht eingegriffen ist, und zwar auch dann, wenn der Anspruch mangels eines Verschuldens aus gesetzlicher Bestimmung (vgl. über die einzelnen Fälle RG 70, 155) hergeleitet wird. Namentlich trifft letzteres auch im Falle unerlaubter Immissionen zu (RG JW 1912, 31[15]). — Schadensersatzansprüche gegen einen Rechtsanwalt verjähren, wenn ein Werkvertrag vorlag, in 30 Jahren, in nur 5 Jahren gemäß § 32a RAO, wenn, wie hier regelmäßig der Fall, ein Dienstvertrag bestand (RG 88, 233; hier war dem Rechtsanwalte der Entwurf eines Vertrags zu einem bestimmten Erfolge aufgetragen worden). — Gegenüber Ansprüchen aus § 17 KraftFahrG greift die Verjährung aus § 195 Platz, nicht die des § 14 des Ges. (RG 90, 293).

§ 196

In zwei Jahren verjähren die Ansprüche[1]):

1. **der Kaufleute, Fabrikanten, Handwerker und derjenigen, welche ein Kunstgewerbe betreiben, für Lieferung von Waren, Ausführung von Arbeiten und Besorgung fremder Geschäfte, mit Einschluß der Auslagen, es sei denn, daß die Leistung für den Gewerbebetrieb des Schuldners erfolgt;**
2. **derjenigen, welche Land- oder Forstwirtschaft betreiben, für Lieferung von land- oder forstwirtschaftlichen Erzeugnissen, sofern die Lieferung zur Verwendung im Haushalte des Schuldners erfolgt;**
3. **der Eisenbahnunternehmungen, Frachtfuhrleute, Schiffer, Lohnkutscher und Boten wegen des Fahrgeldes, der Fracht, des Fuhr- und Botenlohns, mit Einschluß der Auslagen;**
4. **der Gastwirte und derjenigen, welche Speisen oder Getränke gewerbsmäßig verabreichen, für Gewährung von Wohnung und Beköstigung sowie für andere den Gästen zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluß der Auslagen;**
5. **derjenigen, welche Lotterielose vertreiben, aus dem Vertriebe der Lose, es sei denn, daß die Lose zum Weitervertriebe geliefert werden;**

6. derjenigen, welche bewegliche Sachen gewerbsmäßig vermieten, wegen des Mietzinses;
7. derjenigen, welche, ohne zu den in Nr 1 bezeichneten Personen zu gehören, die Besorgung fremder Geschäfte oder die Leistung von Diensten gewerbsmäßig betreiben, wegen der ihnen aus dem Gewerbebetriebe gebührenden Vergütungen, mit Einschluß der Auslagen;
8. derjenigen, welche im Privatdienste stehen, wegen des Gehalts, Lohnes oder anderer Dienstbezüge, mit Einschluß der Auslagen, sowie der Dienstberechtigten wegen der auf solche Ansprüche gewährten Vorschüsse;
9. der gewerblichen Arbeiter — Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Fabrikarbeiter —, der Tagelöhner und Handarbeiter wegen des Lohnes und anderer an Stelle oder als Teil des Lohnes vereinbarter Leistungen, mit Einschluß der Auslagen, sowie der Arbeitgeber wegen der auf solche Ansprüche gewährten Vorschüsse;
10. der Lehrherren und Lehrmeister wegen des Lehrgeldes und anderer im Lehrvertrage vereinbarter Leistungen sowie wegen der für die Lehrlinge bestrittenen Auslagen;
11. der öffentlichen Anstalten, welche dem Unterrichte, der Erziehung, Verpflegung oder Heilung dienen, sowie der Inhaber von Privatanstalten solcher Art für Gewährung von Unterricht, Verpflegung oder Heilung und für die damit zusammenhängenden Aufwendungen;
12. derjenigen, welche Personen zur Verpflegung oder zur Erziehung aufnehmen, für Leistungen und Aufwendungen der in Nr 11 bezeichneten Art;
13. der öffentlichen Lehrer und der Privatlehrer wegen ihrer Honorare, die Ansprüche der öffentlichen Lehrer jedoch nicht, wenn sie auf Grund besonderer Einrichtungen gestundet sind;
14. der Ärzte, insbesondere auch der Wundärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Tierärzte, sowie der Hebammen für ihre Dienstleistungen, mit Einschluß der Auslagen;
15. der Rechtsanwälte, Notare und Gerichtsvollzieher sowie aller Personen, die zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt oder zugelassen sind, wegen ihrer Gebühren und Auslagen, soweit nicht diese zur Staatskasse fließen;
16. der Parteien wegen der ihren Rechtsanwälten geleisteten Vorschüsse;
17. der Zeugen und Sachverständigen wegen ihrer Gebühren und Auslagen.

Soweit die im Abs 1 Nr 1, 2, 5 bezeichneten Ansprüche nicht der Verjährung von zwei Jahren unterliegen, verjähren sie in vier Jahren[1]).

E I 156 II 163; M 1 297 ff.; P 1 201 ff.

1. Diese kurze, nach § 201 vom Jahresschlusse ab zu berechnende **zweijährige Verjährungsfrist** ist für die „Geschäfte des täglichen Verkehrs" angeordnet, aus „rechtspolizeilichen", nicht wirtschaftlichen Gründen (M 1, 297 ff.). Das Gesetz setzt dabei seinem Wortlaute nach keineswegs voraus, daß die Forderung gerade aus einem Vertrage entstanden ist. Daher greift der § 196 beispielsweise auch dann Platz, wenn der Anspruch unter dem Gesichtspunkte der auftragslosen Geschäftsführung (§§ 677 ff.) oder der Bereicherung (§ 812) geltend gemacht wird. Immer ist nur Bedingung, daß sonst die objektiven Voraussetzungen des Gesetzes wirklich erfüllt sind, daß also bei Nr 1 von einem Kaufmanne Waren geliefert, oder von einem Handwerker Arbeiten ausgeführt sind, und daß es sich um einen Anspruch hieraus handelt. Diese Bedingung wäre aber nicht auch dann erfüllt, wenn jemand etwa die der kurzen Verjährung unterliegende Forderung eines Kaufmanns an diesen ohne Auftrag bezahlte und nun aus dem Gesichtspunkte der §§ 677, 683, 684 vom Schuldner Erstattung verlangte. Denn in diesem Falle machte der Zahler nicht den Anspruch des Kaufmanns, sondern eine erst

in seiner Person durch die Zahlung entstandene Forderung geltend, da das BGB eine Sondernachfolge kraft Gesetzes (cessio legis) unter den angegebenen Voraussetzungen grundsätzlich nicht anerkennt. Das ist der Standpunkt der M 1, 360 a. E. und 2, 684 Abs 3. Er scheint auch jetzt zutreffend (a. A. anscheinend Staudinger A 6). Vgl. RG 69, 429; 86, 96. Da anderseits die kurze Verjährungsfrist Platz greift, so oft nach dem Entstehungsgrunde der Forderung der objektive Tatbestand des Gesetzes gegeben ist, so folgt, daß die kurze Frist auch ferner in Geltung bleibt: a) wenn sich durch Übertragung, sei es rechtsgeschäftlicher Art (§ 398), sei es in den zutreffenden Ausnahmefällen der §§ 774, 1143, 1225, 1607 Abs 2, 1709 Abs 2 kraft Gesetzes nur die Person des Gläubigers ändert (RG 70, 29); b) wenn die Forderung infolge eines dazutretenden Umstandes lediglich eine andere Richtung erhält, so wenn etwa wegen Verzugs des Schuldners nunmehr statt auf Erfüllung gemäß § 326 auf Schadensersatz gerichtet wird (RG 61, 390; JW 1913, 129[3]). Der Fall zu b liegt indessen nicht mehr vor, sobald die Forderung zugleich eine rechtsgeschäftliche Umgestaltung erfährt, wenn also etwa eine Kaufschuld fortan als Darlehn geschuldet sein soll (§ 607 Abs 2), oder wenn der Schuldner nachträglich ein Versprechen oder ein Anerkenntnis abgibt, durch das die Verpflichtung für künftig selbständig begründet wird (§§ 780, 781). Unter diesen Umständen käme vielmehr nur der neue Anspruch in Betracht, bei dem der Tatbestand des § 194 nicht mehr vorläge (RG JW 06, 457[10]), und es griffe alsdann die dreißigjährige Verjährung Platz (RG 75, 4). Ein Vergleich jedoch, in dem sich der Schuldner zur Zahlung für den Fall verpflichtete, daß er in bessere Umstände käme, würde die Schuld nicht umgestalten, sondern sachlich nur eine Stundung bedeuten (RG JW 06, 457[10]); desgleichen nicht die Ausstellung eines bloßen Schuldscheins (RG JW 06, 457[10]), und es entsteht durch den Abschluß eines Vergleichs über die der kurzen Verjährung unterliegende Forderung (Werklohnforderung) wiederum eine seitdem der kurzen Verjährung unterworfene Forderung (RG Gruch 60, 658). Betreffs der Vertragsstrafe vgl. unten Nr 1 Abs 1. — Im einzelnen handelt es sich bei den Nummern zu 1—15 um berufsmäßige Leistungen (RG 60, 341). Soweit der Begriff des **Gewerbebetriebs** in Frage kommt, ist eine dauernde berufsmäßige Tätigkeit vorauszusetzen, die, auf einen Kreis von Geschäften als Ganzes gerichtet, als eine dauernde, berufsmäßig fließende Einnahmequelle dienen soll (RG 66, 48). Gewerbebetrieb liegt daher nicht vor, wenn die Absicht nur auf einzelnes oder mehrere einzelne Geschäfte (die Verwertung nur bestimmter Grundstücke) gerichtet war (RG Gruch 57, 935). Die Vermietung von Wohnungen durch den Eigentümer stellt regelmäßig keinen Gewerbebetrieb dar, weil es sich gemeinhin nur um eine allgemein übliche Ausnutzung des Eigentums handelt; wohl aber dann, wenn der Eigentümer beabsichtigt, auch unter Aufwendung persönlicher Arbeitsleistungen seinen Unterhalt zu gewinnen (RG 94, 162). Mietet jemand ein Haus im ganzen, um einzelne Weitervermietungen vorzunehmen und sich daraus unter Verwendung seiner persönlichen Arbeitskraft eine dauernde, berufsmäßige Erwerbsquelle zu verschaffen, so liegt ein Gewerbebetrieb vor (RG 74, 150). Bei Verträgen eines Gewerbtreibenden kann, wenn sie nicht im Einzelfalle klar erkennbar eine andere Richtung erhalten haben, regelmäßig die Beziehung auf den Gewerbebetrieb angenommen werden (RG JW 04, 77[54]). — Der Ausnahmefall der Leistung für den **Gewerbebetrieb** des Schuldners — bei dem **Abs 2 des § 196** Anwendung findet —, setzt nur die Zweckbestimmung voraus, dagegen nicht auch, daß die empfangene Leistung auch wirklich in dem Betriebe des Schuldners verwendet worden ist (RG JW 05, 110[1]). Es genügt, daß die Leistung irgendwie dem Zwecke des Geschäfts dienlich ist (RG 5, 274; Gruch 32, 1077), mag es sich auch erst um dessen Begründung gehandelt haben (RG 81, 9). Wer das Vorhandensein des Ausnahmefalles behauptet, hat für ihn die Beweislast. — Soweit die Ansprüche der **Nr 1, 2, 5** nicht der zweijährigen Verjährung unterliegen, verjähren sie **in vier Jahren** gemäß Abs 2. Das trifft zu, wenn die Leistungen erfolgt sind: bei Nr 1 für den Gewerbebetrieb des Schuldners — Beweislast des Gläubigers —; bei Nr 2 für andere Zwecke als zur Verwendung im Haushalte des Schuldners, sei es für ihn, sei es für die sonstigen, seinem Haushalte zugehörenden Personen — Beweislast des Schuldners, der die kürzere Verjährungsfrist geltend machen will —; endlich bei Nr 5 zum Zwecke des Weitervertriebs der Lose — Beweislast des Gläubigers, falls er sich auf die längere Verjährungsfrist beruft. Der Ausdruck **„Schuldner"** im Sinne von Nr 1 ist wörtlich zu verstehen und ist nicht gleichbedeutend mit „Empfänger", so daß die Ausnahmevorschrift auch dann Platz greift, wenn mehrere die Ware als Gesamtschuldner gekauft haben, aber nur einer von ihnen die Ware für einen Gewerbebetrieb empfangen hat (RG 78, 27).

Zu Nr 1 über den Begriff **Kaufmann** vgl. die §§ 1—6 HGB. Nicht schon das bloße Auftreten als Kaufmann rechtfertigt die Anwendung des § 196 Nr 1; der Gläubiger muß vielmehr wirklich Kaufmann im Sinne des HGB gewesen sein (RG 89, 163). Die objektiven Voraussetzungen müssen auch bereits zur Zeit der Entstehung der Forderung erfüllt gewesen sein (RG JW 05, 169[7]). Das ist nicht der Fall, wenn der Gläubiger erst nachträglich, infolge einer andern Gesetzgebung, Kaufmannseigenschaft erhalten hat, so daß

auch die Frage, ob die Person schon vormals Kaufmann gewesen war, nach dem früheren Rechte zu beurteilen ist (RG 60, 74). Bei Forderungen von Kaufleuten ist für den Beginn der Verjährung nicht Bedingung, daß die Waren bereits geliefert sind; dem Wortlaute nach trifft der Ausdruck „für Lieferung der Waren" auch dann zu, wenn die Lieferung noch nicht erfolgt ist und daher die Forderung für eine noch ausstehende Lieferung geschuldet wird (RG 83, 179). (Streitig.) Vorfrage hierbei ist freilich, ob die Kaufpreisforderung im Sinne des § 198 überhaupt entstanden sein kann, bevor die Lieferung erfolgte. Indessen das ist grundsätzlich zu bejahen, weil der Anspruch des Verkäufers allein auf dem Abschlusse des Vertrags beruht, und das Gesetz auch nicht einmal fordert, daß der Anspruch durch die Behauptung bereits erfolgter Erfüllung begründet wird (§§ 433 Abs 2, 320 A 1). Im Falle unterbliebener Leistung hat der Gegner nur eine Einrede, und diese hat auch nicht einmal die Hemmung der Verjährung zur Folge (§ 202 Abs 2; vgl. RG 62, 178). Der Anspruch für „Lieferung von Waren" muß im übrigen, wenn auch nicht die Preisforderung selbst, so doch ein Äquivalent für die Warenlieferung darstellen; daher ist § 196 nicht anwendbar hinsichtlich der wegen Verletzung sonstiger Vertragspflichten bedungenen Vertragsstrafe (RG 85, 244). Auch der Gesichtspunkt der Ersatzleistung (RG 61, 390) rechtfertigt nicht die Anwendung des § 196 Nr 1, wenn die Strafe so hoch bemessen worden ist, daß sie nicht mehr als bloße Ersatzleistung angesehen werden kann, sondern den Berechtigten auch sonst in seinem Interesse schützen soll (RG 85, 243; JW 1914, 977[2]). — Der Anspruch des Verkäufers auf Abnahme der Sache unterliegt der regelmäßigen Verjährung nach § 195 (RG 57, 106 und 62, 183; hier unentschieden gelassen). Über den Beginn der Frist vgl. § 201. Unter „Waren" sind hier nach dem Sprachgebrauche des BGB wie des HGB nicht auch Wertpapiere zu verstehen, sondern nur solche bewegliche körperliche Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sind und auch in der Verkehrssprache als Waren bezeichnet werden (RG 74, 161).

Nach RG Gruch 50, 95 ist **Handwerker**, wer nach althergebrachter Arbeitsteilung in kleinerem Umfange durch Alleinarbeit oder doch unter Mitarbeit gewisse Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenstände herstellt und in den Verkehr bringt oder sonst bestimmte Werke verrichtet, während der Betrieb eines Kunstgewerbes erfordert, daß die Erzeugnisse eine künstlerische Beschaffenheit aufweisen. Arbeiten eines Zivilingenieurs oder Bauunternehmers (zum chausseebaumäßigen Ausbau eines Weges) fallen weder unter den Begriff des Handwerks (Nr 1) noch unter den der Dienstleistungen Nr 7 (RG Gruch 50, 93; 60, 74). In RG JW 05, 110[1]; 1913, 196 und RG 66, 50 ist die kurzbefristete Verjährung aus Nr 1 § 196 bei Ansprüchen aus einem Bauentreprisevertrag gleichfalls als ausgeschlossen erachtet. Die Honorarforderung eines Architekten fällt nicht unter Nr 1, sondern unter Nr 7, falls nicht ein Werkvertrag vorliegt, auf den die Vorschrift zu Nr 7 nicht Anwendung findet (RG 97, 125; 72, 179; 86, 75). Nach RG 70, 28 in Übereinstimmung mit RG 66, 4; JW 07, 325[1] u. 08, 235[6] unterliegen aber auch die Ansprüche eines Kaufmanns wie diejenigen eines Handwerkers der kurzen Verjährung, falls die Bauarbeiten von den Genannten in ihrer Eigenschaft als Kaufmann und Handwerker übernommen sind. Es ist dabei davon ausgegangen, daß es einen eigenartigen Vertrag betreffend die Übernahme eines Baues neben dem Werkvertrage nach geltendem Rechte nicht mehr gebe. Dieser Standpunkt scheint der zutreffende. Der Bauunternehmer braucht freilich nicht notwendig immer Kaufmann, Fabrikant, Handwerker oder Unternehmer eines Kunstgewerbes zu sein, und hat jemand einen Bau in keiner der bezeichneten Eigenschaften übernommen, dann wird allerdings auch für die Anwendung von § 196 Nr 1 kein Raum sein, weil es an den objektiven Voraussetzungen der Bestimmung fehlen würde (A 1). Vgl. auch RG Warn 08 Nr 286 und JW 08, 328[9], wonach ein Bauunternehmer weder zu den Handwerkern noch ohne weiteres zu den Kaufleuten gehört.

Der § 196 Abs 1 findet auch gegenüber der Haftung desjenigen Anwendung, der für eine noch nicht eingetragene G. m. b. H. handelt (§ 11 Abs 2 GmbHG), weil die Sache auch jetzt schon so anzusehen ist, wie der Fall sein würde, wenn die Gesellschaft bereits eingetragen gewesen und das Rechtsgeschäft schon mit ihr abgeschlossen wäre (RG 75, 203). Für Künstler (eine Sängerin), die höhere Kunstleistungen, wenn auch gegen Entgelt darbieten und daher nach der Auffassung des Verkehrs nicht als Gewerbtreibende gelten, kommt der § 196 Nr 1 nicht in Betracht (RG 75, 52). Werden Waren von mehreren Personen bestellt, die Gesamtschuldner sind, dann genügt es für die Anwendung des § 196 Nr 1, wenn die Leistung nur für den Gewerbebetrieb des einen von den Schuldnern erfolgt ist, auch wenn der andere am Gewerbebetriebe nicht beteiligt ist; auch ihm gegenüber läuft alsdann die kurze Verjährung (RG 78, 275). — Gleichgültig ist überall die Höhe der Forderung (RG JW 07, 359[6]), und die Nebenverpflichtung teilt das Schicksal der Hauptforderung (RG 68, 183).

Zu Nr 2. Streitig, ob hierunter auch die sog. Urproduktionen, wie insbesondere Jagd und Fischerei, fallen. Eine entsprechende Anwendung (Staudinger A 7 zu Nr 2) scheint nicht zulässig. Denn unbedingt ist für die Anwendung der Bestimmung Voraussetzung, daß

der Gläubiger „Land- oder Forstwirtschaft betrieben hat", und zwar berufsmäßig (RG 60, 341). Nun kann freilich die Ausübung der Jagd oder der Fischerei, die Gewinnung von Sand, Steinen usw. ein Nebengewerbe der bezeichneten Betriebe darstellen, und alsdann wäre die Anwendung des Gesetzes aus diesem Grunde unmittelbar zulässig. — Das Vorhandensein der Einschränkung, daß die Lieferung zum Zwecke der Verwendung im Haushalte erfolgt ist, hat zu beweisen, wer die kurze Verjährung geltend macht.

Zu Nr 3. Auch die Ansprüche des Eisenbahnfiskus gehören hierher (RG JW 07, 56[21]). Streitig, ob auch die des Postfiskus. Die Frage dürfte zu verneinen sein. Die handelsrechtlichen Vorschriften vom Frachtgeschäft sollen auf die Postverwaltungen des Reiches sowie der Einzelstaaten nicht Anwendung finden (§ 452 HGB). Das Gesetz setzt dagegen in § 196 objektiv die Forderung „eines Frachtfuhrmanns" ausdrücklich voraus, entsprechend wie unter Nr 1 die Eigenschaft des Berechtigten als Kaufmann usw. — Der kurzen Verjährung unterliegt auch der an Stelle der Frachtgebühr tretende Anspruch des Frachtführers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG 61, 391). — Unter Nr 3 fallen auch die Ansprüche aus Frachtverträgen zwischen Großkaufleuten, und zwar auch aus Seetransporten (RG 86, 422).

Zu Nr 5. Vgl. §§ 763, 134. Bei einer hiernach nichtigen Forderung könnte Verjährung überhaupt nicht in Frage kommen. Erfordert ist ein berufsmäßiger Betrieb (RG 60, 341).

Zu Nr 6. Über Vermietung von unbeweglichen Sachen s. § 197.

Zu Nr 7. Kommissionäre gehören zu den Kaufleuten (Nr 1); unter Nr 7 fallen Agenten, Volksanwälte, Naturärzte, Stellenvermittler, Lohndiener, Prozeßagenten. Die Anwendbarkeit des § 196 Nr 7 ist nicht auf den Fall beschränkt, daß alltägliche kleine gewerbsmäßige Geschäftsbesorgungen und Dienstleistungen erfolgt sind; sie ist vielmehr auch dann gegeben, wenn es sich um eine einzelne, wirtschaftlich bedeutsame Geschäftsbesorgung handelt (RG 81, 9), beispielsweise um die Umwandlung eines Geschäfts in eine Aktiengesellschaft, sofern kein Werkvertrag vorliegt (RG 72, 179), der seinesteils nicht unter Nr 7 fällt (RG Warn 1913 Nr 45). Daher fällt auch der Anspruch des Bauunternehmers nicht unter Nr 7 (RG JW 1913, 196[5]). Der zwischen dem Bauherrn und dem Architekten abgeschlossene Vertrag kann auch Dienstvertrag (nicht Werkvertrag) sein, nämlich dann, wenn die Hauptleistung nicht in der Herstellung des Bauplanes, sondern in der Leitung des Baues besteht (RG JW 1915, 239[2]). Liegt ein Werkvertrag vor, dann greift die Vorschrift Nr 7 überhaupt nicht Platz (RG 97, 125; 72, 179; 86, 175).

Zu Nr 8. Es handelt sich hier um Ansprüche aller derjenigen, die im Privatdienste stehen (vgl. dagegen § 197), und zwar nicht nur hinsichtlich des Gehalts, sondern hinsichtlich aller Bezüge (RG 19. 6. 06 III 538/05). Vgl. auch JW 05, 716[4]. Auch der wegen vertragswidrigen Verhaltens des Prinzipals gegebene Schadensersatzanspruch unterliegt der kurzen Verjährung (RG JW 1918, 550[1]).

Zu Nr 9. Forderungen der Arbeitgeber können hier nur insoweit in Betracht kommen, als sie auf Erstattung von Vorschüssen gehen.

Zu Nr 11. „Nicht berührt durch die Vorschrift wird das Schulgeld, zu dessen Entrichtung das öffentliche Recht verpflichtet" (M 1, 301). Auch Verpflegungsansprüche der Provinzial-Irrenanstalten gehören hierher (RG Gruch 52, 125). Dagegen nicht Ersatzansprüche eines Armenverbandes wegen des einem Hilfsbedürftigen gewährten Unterhalts gegen diesen selbst oder gegen dritte Unterstützungspflichtige (RG 72, 334).

Zu Nr 12. Vorausgesetzt ist gewerbs- oder berufsmäßiger Betrieb (RG 60, 340).

Zu Nr 13. Ausgenommen sind insbesondere die nach den staatlichen Einrichtungen gestundeten Kollegiengelder der Universitätsprofessoren (M 1, 302).

Zu Nr 14. Die Erstreckung der Vorschrift auch auf nicht approbierte Ärzte und Hebammen nach § 156 des E I ist fortgefallen. In Betracht kommen daher nur noch Forderungen approbierter Ärzte und Hebammen. Forderungen der Naturärzte usw. fallen, soweit diese die Dienste im Gewerbebetriebe leisten, unter Nr 7; sonst greift die dreißigjährige Verjährung Platz.

Zu Nr 15. Hierunter fallen Rechtsanwälte, Gerichtsvollzieher, auch die öffentlich bestellten oder zugelassenen Feldmesser, Fleischbeschauer und Auktionatore.

Zu Nr 17. Nach § 16 der ZGebO „erlischt" die Gebührenforderung, wenn das Verlangen nicht binnen 3 Monaten gestellt worden ist. Insoweit handelt es sich um eine Ausschlußfrist. Die Bestimmung Nr 17 wird indessen dann Platz greifen, wenn das Verlangen während der Ausschlußfrist gestellt und so dem Erlöschen der Forderung noch vor Ablauf der Verjährungsfrist vorgebeugt worden ist. Bedenklich scheint aber die Annahme, daß alsdann die Verjährung erst „vom Augenblicke des gestellten Verlangens" zu laufen beginne (Staudinger zu Nr 17). Denn es ist nicht einzusehen, inwiefern der Beginn der Verjährung gemäß § 198 bis zur Kundgabe des Verlangens zum Vorteile des Zeugen gehemmt sein sollte.

§ 197

In vier Jahren verjähren die Ansprüche auf Rückstände von Zinsen[1]), mit Einschluß der als Zuschlag zu den Zinsen zum Zwecke allmählicher Tilgung des Kapitals zu entrichtenden Beträge, die Ansprüche auf Rückstände von Miet- und Pachtzinsen, soweit sie nicht unter die Vorschrift des § 196 Abs 1 Nr 6 fallen[1]), und die Ansprüche auf Rückstände von Renten, Auszugsleistungen, Besoldungen, Wartegeldern, Ruhegehalten, Unterhaltsbeiträgen und allen anderen regelmäßig wiederkehrenden Leistungen[2]).

E I 157 II 164; M 1 305 ff.; P 1 202 ff., 207 ff., 212 ff.

1. **Vierjährige Verjährung.** Beginn des Fristlaufs nach § 201. Hierher gehören **Zinsen** aller Art (§ 301), rechtsgeschäftliche wie gesetzliche, beispielsweise Verzugszinsen, oder Zinsen aus § 36 Abs 2 des PrEnteignG. (**RG** 65, 129; JW 08, 656[4]), sowie Rückstände von gesetzlichen Zinsen (**RG** Warn 08 Nr 17), auch Hypotheken- und Grundschuldzinsen (§ 902 Abs 1 Satz 2). Rückstände von Zinsen liegen auch dann vor, wenn die gesamte Zinsschuld noch rückständig, d. h. fällig und nicht getilgt ist. Hierher gehören auch Zinsen aus einem vor Inkrafttreten des BGB im Gebiete des preußischen Rechts erlassenen rechtskräftigen Urteile (**RG** 70, 68). Die Zuschläge müssen als solche „zu den Zinsen" vereinbart sein (Amortisationsquoten); es darf sich also nicht um sonstige selbständige Teilzahlungen handeln. Dividenden haben nicht die Natur von Zinsen; sie bedeuten Anteil am Gewinne. Wegen des Mietzinses für bewegliche Sachen vgl. § 196 zu Nr 6. Vgl. ferner § 196 A 1 Abs 1, betreffs Vermietung im Gewerbebetriebe.

2. **Renten** (vgl. die §§ 759ff., 843, 912 Abs 2, 916, 917 Abs 2, 1199, 1361, 1580, 1612, 1710). Hierher gehören auch Renten aus Stiftungen und Fideikommissen, sowie Ablösungsrenten (M 1, 305), Besoldungen usw. Betreffs der Besoldungen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Bezüge, im Gegensatz zu den Ansprüchen der Privatbediensteten (§ 196 Nr 8). Von den Ansprüchen der öffentlichen Beamten sind der kurzen Verjährung nur unterworfen die auf regelmäßig wiederkehrende Leistungen gerichteten, wie auf Besoldung, Sterbegeld, Ruhegehalt; dagegen nicht etwaige Ansprüche auf Ersatz von Auslagen oder auf Tagegelder (**RG** 84, 406). Als Unterhaltsbeiträge sind auch solche auf Grund BHinterblG v. 17. 5. 07 sowie der entsprechenden Landesgesetze zu verstehen. Die kurzen Verjährungsfristen aus diesen Gesetzen sind aufgehoben (EG Artt 48, 49, 51, 55). Für den Begriff der wiederkehrenden Leistungen kommt es nur auf die fest bestimmte regelmäßige zeitliche Wiederkehr an, nicht aber auch auf die Gleichmäßigkeit des Betrags (**RG** 88, 46; JW 1912, 791[5]). Daher fallen beispielsweise Ansprüche der Gesellschafter auf den Gewinnanteil nicht unter § 197, sondern unter § 195 Nr 6, wohl aber zutreffenden Falles Lizenzgebühren (**RG** 88, 43). — Auch der Anspruch eines Armenverbandes, der jemand auf Grund des UWG unterhalten hat und nunmehr vom Unterstützungspflichtigen nach § 62 des Ges. Ersatz fordert, unterliegt der vierjährigen Verjährung (**RG** 72, 334), wo weiter ausgeführt ist, daß nur diejenigen Ersatz- und Erstattungsansprüche, welche ein Armenverband gegen den andern aus § 61 des Ges. erhebt, nach § 30a das. in 2 Jahren verjähren. Als „Rückstände" von Unterhaltsbeiträgen sind alle Beiträge anzusehen, die hätten geleistet werden müssen und nicht geleistet worden sind; sie unterliegen von dem Zeitpunkte ab der vierjährigen Verjährung, in welchem der Verpflichtete in Verzug gekommen oder der Anspruch rechtshängig geworden ist (§ 1613); daß die Beiträge dem Grunde wie der Höhe nach bereits festgestellt sind, gehört nicht zum Begriffe des Rückstandes (**RG** a. a. O.).

§ 198

Die Verjährung beginnt[1]) mit der Entstehung des Anspruchs[2]). Geht der Anspruch auf ein Unterlassen, so beginnt die Verjährung mit der Zuwiderhandlung[3]).

E I 158 II 165; M 1 307 ff.; P 1 209 ff.

1. **Beginn der Verjährung.** Die §§ 199, 200 behandeln Fälle, in denen die Verjährung früher beginnt, als dies nach der Regel des § 198 der Fall sein müßte, der § 201 schiebt dagegen den Beginn der Verjährung hinaus, und die §§ 202—205 handeln von der Hemmung des Fristablaufs. Falls keiner der zuvor bezeichneten Fälle vorliegt, greift die allgemeine Regel des § 198 Satz 1 Platz, daß die Verjährung mit der Entstehung des Anspruchs beginnt. Nur für gewisse Sonderfälle hat das Gesetz den Beginn der Verjährung noch an andere Tatsachen als die Entstehung des Anspruchs geknüpft, so bei der Wandlung und Minderung an die Übergabe (§ 477), bei der Wandlung beim Tierkauf an das Ende der

Gewährsfrist (§ 490), bei Ansprüchen aus einer Schuldverschreibung an die Vorlegung der Urkunde (§ 801 Abs 1 Satz 2). Erste Voraussetzung für den Beginn der Verjährung ist aber auch hier überall, daß der Anspruch überhaupt entstanden ist. So kann die Verjährung der Gewährleistungsklage wegen Mängel erst mit dem Wirksamwerden des Kaufvertrags (beispielsweise durch vormundschaftsgerichtliche Genehmigung) beginnen, auch wenn die Übergabe der Sache bereits früher erfolgt war (RG 65, 245). Dagegen ist keine Voraussetzung für den Beginn der Verjährung die Kenntnis des Rechts (RG Warn 1913 Nr 46).

2. **Der Anspruch ist entstanden,** sobald er geltend gemacht werden, sobald also im Sinne des § 194 das „Tun“ oder das „Unterlassen“ gefordert werden kann (Zeitpunkt der actio nata), wobei bei einer Vertragsschuld der fragliche Zeitpunkt auslegungsweise zu ermitteln ist (RG JW 1912, 29[12]). Erforderlich ist demnach gegebenenfalls, daß sich der gesamte Tatbestand, auf Grund dessen der Gläubiger nunmehr fordern kann (RG JW 1912, 29[12]), und der zum Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts gehört, erfüllt hat; jedenfalls so weit, daß eine Feststellungsklage erhoben werden kann (RG 83, 358). Somit kann die Verjährung eines Gewährleistungsanspruchs aus einem formlosen Grundstücksveräußerungsvertrage erst von dem Zeitpunkte ab beginnen, wo die Auflassung und Eintragung erfolgt sind, mithin nicht schon mit der Übergabe (RG 75, 114). Ein Rückgriffsanspruch ist entstanden, sobald durch das Verschulden des Haftbaren sich die Vermögenslage des Geschädigten verschlimmert hat, im besonderen Falle also, sobald durch das Versehen des Ersatzpflichtigen (beispielsweise eines Rechtsanwalts) zugunsten des in erster Linie Verpflichteten die Einrede der Verjährung entstanden ist (RG 90, 84). Die Verjährung der Abänderungsklage aus § 323 ZPO beginnt erst mit dem Zeitpunkte, in dem die wesentliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist und dieses, falls § 852 in Frage steht, dem Verletzten auch bekanntgeworden war (RG 86, 183 und die dort angeführten Urteile). Die Verjährung der Forderung gegen den Fiskus aus § 12 GO beginnt erst, wenn feststeht, daß eine Klage gegen den Ersatzpflichtigen aussichtslos ist (RG 31. 3. 15 V 327/14). — Bei dinglichen Rechten entsteht der Anspruch erst mit der Verletzung (§ 194 A 1). Bei Schuldverhältnissen wird die Entstehung des Anspruchs regelmäßig mit der Entstehung des Gläubigerrechts zusammenfallen, und zwar ohne Rücksicht auf einen etwaigen Verzug, so bei der Verwahrung, bei welcher die hinterlegte Sache „jederzeit“ zurückgefordert werden kann (§ 695); ferner beim Kaufe, wo die Forderung auf den Preis unter gewöhnlichen Umständen (s. Ausnahme unter § 202 Abs 1) mit dem Abschlusse des Vertrags entstanden ist (RG 62, 178; 83, 179). Anders bei bedingten Ansprüchen, die erst mit Eintritt der Bedingung wirksam werden, und bei befristeten, bei denen der Zeitpunkt der Verfolgbarkeit des Anspruchs hinausgeschoben ist. Entstanden sind diese Ansprüche im Sinne des § 198 erst mit Eintritt der Bedingung oder des Zeitpunkts. Vgl. auch RG 65, 245 bei A 1. Entsprechend sind Ansprüche, die den erfolgten Rücktritt von einem Rechtsgeschäfte zur Voraussetzung haben, erst bei deren Erfüllung entstanden. Bei nachträglich eingetretener Vergrößerung des Schadens beginnt insoweit eine neue Verjährung (RG 2. 6. 10 VI 381/09); gleichfalls wenn an die Stelle des ursprünglichen Vertragsanspruchs der Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung (§§ 280, 283, 325, 326) tritt; denn hier liegt ebenfalls ein neu entstandener Anspruch vor. — Sonderbestimmungen der §§ 558, 606, 638 (Ersatzansprüche des Vermieters, Verleihers und des Bestellers). — Bei Ansprüchen auf wiederkehrende Leistungen beginnt hinsichtlich jeder Leistung eine besondere Verjährung. In Ansehung der Nebenleistungen vgl. noch § 224.

Über den Beginn der Verjährung von **Schadensersatzansprüchen** aus unerlaubter Handlung vgl. § 852. Hier sei nur auf folgende Grundsätze hingewiesen: Der einmal entstandene Schadensersatzanspruch umfaßt als einheitlicher Anspruch auch die späteren schädigenden Folgen des Verhaltens des Verpflichteten, soweit sie sich voraussehen und erwarten ließen (RG 83, 360; 87, 311). Das gilt jedoch nur insoweit, als die nachteiligen Folgen aus der einmal angenommenen Handlung ohne erneutes Zutun immer wieder eintreten, gilt dagegen nicht, wenn schädigende Handlungen, obwohl gleichartiger Natur, immer wieder vorgenommen werden, beispielsweise schädigende Immissionen aus Zuführung von Abwässern (RG JW 12, 31[15] und RG 30. 9. 16 V 167/16), oder bei Fortsetzung eines schädigenden Fabrikbetriebes (RG 26. 9. 18 V 120/18). Der aus einer unerlaubten Handlung erwachsende Schaden stellt andernfalls eine Einheit und nicht etwa eine Summe verschiedener selbständiger Einzelschäden dar (RG Warn 1914 Nr 84), während die Entstehung eines neuen Schadens ein neues selbständiges Ereignis voraussetzt (RG 20. 2. 15 V 441/14).

Weitere Voraussetzungen für den Beginn der Verjährung als die unter A 1 u. 2 angegebenen kennt das Gesetz nicht. Insbesondere ist bei Schuldverhältnissen grundsätzlich nicht Erfordernis eine bereits erfolgte Rechtsverletzung oder das Unterrichtetsein des Gläubigers von seinem Anspruch (JW 1912, 70[6]). Mangelnde Kenntnis vom Bestehen des Anspruchs ist dementsprechend in der Regel auch kein Hemmungsgrund. Nur der Lauf der dreijährigen Verjährung (nicht auch der dreißigjährigen, RG 95, 79) beginnt nach

§ 852 bei Ansprüchen aus unerlaubten Handlungen ausnahmsweise erst mit der Kenntnis des Ersatzberechtigten vom Schaden (jedoch nicht auch von dessen Umfange; RG 63, 255) sowie von der Person des Ersatzpflichtigen, und eine entsprechende Bestimmung gibt § 2332 hinsichtlich des Pflichtteilsanspruchs. Desgleichen beginnt die Verjährung gemäß § 151 des preuß. Berggesetzes erst dann, wenn der Beschädigte eine so volle Kenntnis des Schadens und seines Urhebers erweislich erlangt hat, als zur Klageanstellung erforderlich ist (RG JW 1911, 726[37]); ferner bei Ersatzansprüchen des Prinzipals gegen den Handlungsgehilfen gemäß § 60 Abs 1 HGB erst mit dem Zeitpunkte, wo der erstere von der Zuwiderhandlung Kenntnis erhält (RG 63, 255). Anders bei Forderungen auf Schadensersatz auf Grund des § 8 des HaftpflG, wo die Regel des § 198 Satz 1 gilt, und also schon der Zeitpunkt des Unfalls unbedingt entscheidend ist.

3. Zuwiderhandeln gegen den Anspruch auf ein Unterlassen. Praktisch bedeutungslos ist der Streit, ob man in Satz 2 eine Folgerung aus dem in Satz 1 ausgesprochenen Grundsatze oder eine Abweichung von dieser Regel zu finden hat. Die Entscheidung hängt davon ab, ob man annimmt, daß der Anspruch auf Unterlassung erst mit der Zuwiderhandlung oder schon mit der Begründung des betreffenden Rechtsverhältnisses entsteht. Die Verjährung indessen kann jedenfalls erst mit der Zuwiderhandlung beginnen, so daß eine Verjährung überhaupt nicht in Frage kommen könnte, falls im besondern Falle nur die Verpflichtung zu einer einmaligen Unterlassung gegeben wäre, weil in diesem Falle nach erfolgter Zuwiderhandlung ein Anspruch auf die Unterlassung überhaupt nicht mehr verwirklicht werden könnte. Bei Ansprüchen auf dauernde Unterlassung hebt bei jeder wiederholten Zuwiderhandlung eine neue besondere Verjährung an (RG 49, 20; JW 02, 101[49]), so daß sie nicht vor der letzten Zuwiderhandlung zur Vollendung gelangen kann (RG 80, 438; betreffend einen Unterlassungsanspruch aus § 8 des UnlWG). Im übrigen liegt auch hier (vgl. § 194 A 1) kein zwingender Grund vor, Satz 2 nur hinsichtlich solcher Ansprüche anzuwenden, die von Hause aus gegen eine bestimmte Person gerichtet sind, ihn dagegen außer Anwendung zu lassen, falls der Anspruch auf Unterlassung gegen eine bestimmte Person erst dadurch zur Entstehung kommt (wie bei dinglichen Ansprüchen der Fall ist, §§ 1004, 1027), daß die Person das Recht des Berechtigten verletzt oder beeinträchtigt hat (a. A. Planck A 2 zu § 198). Vgl. § 194 A 1 gegen das Ende.

§ 199

Kann der Berechtigte die Leistung erst verlangen, wenn er dem Verpflichteten gekündigt hat, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Kündigung zulässig ist[1]). Hat der Verpflichtete die Leistung erst zu bewirken, wenn seit der Kündigung eine bestimmte Frist verstrichen ist, so wird der Beginn der Verjährung um die Dauer der Frist hinausgeschoben[2]).

E I 158 II 165; M 1 308 ff.; P 1 209 ff.

1. Kündbare Leistungen. § 199 wie § 200 Satz 1 wollen den Gläubiger hindern, den Beginn der Verjährungsfrist dadurch hinauszuschieben, daß er den Zeitpunkt, wo er die Leistung fordern kann, willkürlich hinausschiebt. Es handelt sich um die Anwendung des Grundsatzes: toties praescribitur actioni nondum natae, quoties nativitas est in potestate creditoris. Seine Anwendbarkeit ist aber nur unter den Voraussetzungen der beiden genannten Paragraphen (199 u. 200) anerkannt. Falls die Leistung gemäß § 271 Abs 1 sofort gefordert werden kann, beginnt auch die Verjährung sofort (§ 605 Leihe; § 695 Verwahrung). Ist die Kündbarkeit um eine gewisse Frist hinausgeschoben (§ 271 Abs 2), dann beginnt die Verjährung erst mit Ablauf dieses Zeitraums, so daß der Beginn der Verjährung gewöhnlich mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit zusammenfällt (RG 3. 5. 19 V 347/18). Voraussetzung ist dabei, daß der Schuldner auf die erfolgte Kündigung auch sofort zu leisten hat. Für den andern Fall vgl. A 2. Kündbarkeit steht im Sinne des § 199 nur dann in Frage, wenn es vom freien Willen des Gläubigers abhängt, die Klagbarkeit der Forderung herbeizuführen; sie ist daher nicht gegeben, wenn der Berechtigte die Leistung erst nach einer gewissen Zeit fordern kann (RG 31. 3. 11 II 413/10).

2. Gesetzliche Hinausschiebung des Beginns der Verjährung. Diese Regelung war für die Fälle erforderlich, in denen der Schuldner auch auf die erfolgte Kündigung nicht sofort, sondern erst nach Ablauf einer bestimmten Frist zu leisten braucht. Beträgt beispielsweise die Leistungsfrist bei einem am 1. April gegebenen, sofort kündbaren Darlehn nach § 609 drei Monate, so würde die Verjährung nach Satz 1 schon am 1. April beginnen müssen, unter Berücksichtigung des Satz 2 jedoch beginnt sie erst mit dem 1. Juli (Fristberechnung nach §§ 187 Abs 1 u. 188 Abs 2). Ob der Schuldner nach § 271 Abs 2 berechtigt gewesen wäre, die Leistung früher anzubieten, als der Gläubiger fordern konnte, ist für den Beginn der Verjährung unerheblich.

§ 200

Hängt die Entstehung eines Anspruchs davon ab, daß der Berechtigte von einem ihm zustehenden Anfechtungsrechte Gebrauch macht, so beginnt die Verjährung mit dem Zeitpunkte, von welchem an die Anfechtung zulässig ist[1]). Dies gilt jedoch nicht, wenn die Anfechtung sich auf ein familienrechtliches Verhältnis bezieht[2]).

Rev. E 195; P 1 209, 211; 6 139 ff., 150, 200.

1. Vgl. § 199 A 1. Der Anspruch kann **von Geltendmachung eines Anfechtungsrechts abhängen,** so z. B. der Herausgabeanspruch aus § 812, wenn auf Grund eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts geleistet worden war. Die Zulässigkeit der Anfechtung ist an und für sich gegeben, sobald die objektiven Bedingungen der Anfechtbarkeit erfüllt sind, während es hinsichtlich der Zulässigkeit auf die Kenntnis des Berechtigten vom Vorhandensein des Anfechtungsgrundes überhaupt nicht ankommen soll (vgl. § 198 A 2). Es wird auf diese Weise vermieden, daß sich der Beginn des Fristlaufs übermäßig jemals hinauszieht. Denn an sich ist es denkbar, daß der Berechtigte die Anfechtbarkeit des Geschäfts erst nach langen Jahren kennenlernt. Im Falle der Anfechtung eines Rechtsgeschäfts verjährt sonach der daraus entstandene Bereicherungsanspruch zugleich mit Ablauf der dreißigjährigen Ausschlußfrist aus § 121 Abs 2, da diese Frist und die Verjährungsfrist zeitlich zusammenfallen. Die Verjährung des Bereicherungsanspruchs beginnt mithin gegebenenfalls erst mit dem Zeitpunkt, wo die Leistung auf Grund des angefochtenen Rechtsgeschäfts bewirkt worden ist; die Verjährung dagegen des Anspruchs auf die geschuldete Leistung bereits mit dem Zeitpunkte der Zulässigkeit der Anfechtung. — Diente das anfechtbare Rechtsgeschäft nicht zur Begründung, sondern zur Beseitigung eines gegebenen Anspruchs (Erlaß, Aufrechnung, Vergleich), dann soll der § 200 nach **RG** 86, 367 überhaupt nicht anwendbar sein. Eine entsprechende Anwendung scheint hier aber doch geboten; denn, ob die Entstehung eines Anspruchs, oder ob das Wiederaufleben eines zuvor erloschenen Anspruchs in Frage steht, scheint doch für den Rechtsgedanken des § 200 gleichwertig zu sein. Die entsprechende Anwendung dieser Vorschrift würde daher ergeben, daß die Anspruchsverjährung zunächst zwar nach dem Grundsatze des § 198 zu laufen begonnen hatte, daß ihr Lauf demnächst aber durch das anfechtbare Rechtsgeschäft (den Erlaß oder den Vergleich) gehemmt worden, und daß sie erst von dem Zeitpunkte ab weitergelaufen ist, in dem die Anfechtung des fraglichen Rechtsgeschäfts zulässig geworden war, was indes mit dem Zeitpunkte der Vornahme des Rechtsgeschäfts zusammenfallen kann, sofern nämlich schon damals die objektiven Voraussetzungen der Anfechtbarkeit gegeben waren.

2. **Bei familienrechtlichen Verhältnissen,** so wenn sich die Anfechtung bezieht auf die Ehe (§§ 1330—1347), die Ehelichkeit eines Kindes (§§ 1593 ff.) und auf die Annahme an Kindes Statt (§ 1755), verbleibt es bei der Regel, daß die Verjährung des durch die Anfechtung bedingten Anspruchs (etwa der auf Rückgabe des Frauenguts) allemal erst mit der Entstehung dieses Anspruchs beginnt, also erst in dem Zeitpunkte, in dem die Anfechtung wirklich geltend gemacht worden ist.

§ 201

Die Verjährung der in den §§ 196, 197 bezeichneten Ansprüche beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem der nach den §§ 198 bis 200 maßgebende Zeitpunkt eintritt[1]). Kann die Leistung erst nach dem Ablauf einer über diesen Zeitpunkt hinausreichenden Frist verlangt werden, so beginnt die Verjährung mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die Frist abläuft[2]).

E I 159 II 166; M 1 310; P 1 211, 216 ff.; 6 140 ff.

1. Hier wird im Gegensatze zu den §§ 199 u. 200 der Beginn der Verjährung über die Entstehung des Anspruchs hinaus auf einen späteren Termin verlegt, und zwar auf den **Schluß des Jahres,** d. i. des Kalenderjahrs, in welchem der Anspruch, vom Gesichtspunkte der §§ 198, 199 aus beurteilt, als entstanden anzusehen ist. Vgl. die §§ 198, 199 Satz 1 u. 2, 200, 202. Da das Kalenderjahr mit dem 31. Dezember abschließt, kann somit die Verjährung in den zutreffenden Fällen immer erst mit dem 1. Januar des nächstfolgenden Kalenderjahrs anfangen.

2. Wenn die **Fälligkeit eines Anspruchs erst nach dessen Entstehung eintritt,** so bestimmt sich dasjenige Jahr, mit dessen Schlusse die Verjährung beginnt, nach dem Zeitpunkte der Fälligkeit, so daß unter Umständen der Beginn der Verjährung um ein weiteres Jahr hinausgeschoben wird. Demnach beginnt die Verjährung der Forderung eines Kaufmanns regel-

mäßig mit dem Schlusse desjenigen Jahres, in welchem der Vertrag geschlossen ist, und nicht desjenigen, in welchem er die Kaufsache geleistet hat (RG 62, 178; 83, 179; vgl. auch § 196 A 1); falls die Fälligkeit jedoch aus irgendeinem Grunde (insbesondere Stundung) erst im folgenden Jahre eintritt, kann die Verjährung erst mit dem 1. Januar des weiterhin folgenden Jahres anfangen. Wird in den Fällen der §§ 196, 197 der Lauf der Verjährung unterbrochen (§§ 208ff.), so hat dies nur zur Folge, daß nach der Beendigung der Unterbrechung eine neue Verjährung beginnt, und zwar sofort mit Beendigung der Unterbrechung; für die Anwendung des § 201 besteht hier dagegen kein Raum, da der „nach den §§ 189—200 maßgebende Zeitpunkt" nicht von neuem eintreten kann (RG 65, 268).

§ 202

Die Verjährung ist gehemmt[1]), solange die Leistung gestundet oder der Verpflichtete aus einem anderen Grunde vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist[2]).

Diese Vorschrift findet keine Anwendung auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechts, des nicht erfüllten Vertrags, der mangelnden Sicherheitsleistung, der Vorausklage sowie auf die nach § 770 dem Bürgen und nach den §§ 2014, 2015 dem Erben zustehenden Einreden[3]).

E I 162 II 168; M 1 312 ff.; P 1 215 ff.; 2 518; 6 141, 383.

1. Die §§ 202—205 handeln von der **Hemmung der Verjährung.** Die §§ 200—204 geben die Hemmungsgründe an, der § 205 bestimmt ihre Wirkungen. Das Gesetz hat hier solche Fälle im Auge, in denen die Verjährungsfrist an sich in Lauf gesetzt ist, und die Verjährung in der zutreffenden Zeit sich auch vollenden würde, falls der Fristverlauf voll zur Anrechnung kommen dürfte, in denen jedoch jener Erfolg ausbleibt, weil die Anrechnung eines gewissen Zeitraums unterbleiben muß. **Hemmung** bedeutet mithin sachlich nichts anderes als Ruhen des Fristlaufs infolge Vorhandenseins und Fortwirkens eines Hemmungsgrundes. Je nachdem dieser beim Anfange der Verjährung oder aber in ihrem weiteren Verlaufe eintritt, hat dies das Ruhen des Fristlaufs von Anfang an oder erst in einem späteren Zeitabschnitte zur Folge. Deshalb kann auch der Fristlauf ersterenfalls erst von da ab beginnen, letzterenfalls aber erst von da ab weitergerechnet werden, wo der Hemmungsgrund beseitigt ist. In jedem Falle ist die praktische Wirkung der Hemmung die, daß sich die eigentliche Verjährungsfrist um den Zeitraum der Hemmung verlängert. (Über die hiervon verschiedene Wirkung der Unterbrechung der Verjährung vgl. § 208 A 1.) Der Grundgedanke der Hemmung spricht sich in dem Satze aus: agere non valenti non currit praescriptio. Die einzelnen Hemmungsgründe (A 2, § 203, 204) bilden seine gesetzlich anerkannten Anwendungsfälle. Im übrigen haben mit dem Grundsatze des § 202 alle Fälle getroffen werden sollen (Prot 1, 217), in denen der Geltendmachung des an sich fortbestehenden Anspruchs ein ernstliches Hindernis entgegensteht (RG 80, 216, mit Bezug auf die §§ 135, 146 LwUVG) und insbesondere die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens zum Zwecke der Unterbrechung der Verjährung als ausgeschlossen erscheint (RG 94, 180). Andere Hemmungsgründe gelten nicht; insbesondere nicht die mangelnde Kenntnis vom Bestehen des Anspruchs, § 198 A 3 (RG Warn 1912 Nr 46), selbst wenn die Nichtkenntnis durch ein arglistiges Verhalten des Schuldners herbeigeführt wurde (RG 64, 222). Gegebenenfalls könnte der Berechtigte nur die bereits vollendete Verjährung auf Grund des § 249 in Verbindung mit § 286 beseitigen (RG a. a. O.). Ein besonderer Fall der Hemmung besteht hinsichtlich der Verjährung eines Anspruchs auf Buße: er ist der Verjährung so lange entzogen, als die Verjährung des entsprechenden Strafanspruchs noch läuft (RGSt 17. 1. 11 5 D 207/10). Da die Hemmungsursachen sämtlich allein in der Person des Berechtigten oder in den persönlichen Beziehungen zwischen ihm und dem Verpflichteten ihren Grund haben, so folgt, daß die Hemmung unmittelbar auch nur zwischen den Genannten wirkt (vgl. insbesondere für Gesamtschuldverhältnisse die §§ 425 und 429 Abs 3). Mittelbar kann die Hemmung jedoch auch einem Dritten insofern zum Nachteile gereichen, als dieser gegebenenfalls berechtigt wäre, die etwa zugunsten des Schuldners vollendete Verjährung auch für sich geltend zu machen, und als ihn um deswillen die Hinausschiebung des Fristablaufs ebenfalls nachteilig berührt. Das betrifft insbesondere den Bürgen gemäß § 768. — Durch § 137 Abs 2 des GewUVG wird keine Hemmung begründet (RG 94, 180).

2. Die **Hemmungsgründe** werden gebildet zunächst durch die aufschiebenden (dilatorischen) Einreden, also solche, welche, ohne das Bestehen des Anspruchs an sich zu berühren, dem Verpflichteten nur vorübergehend das Recht zur Verweigerung der Leistung geben. Außer Betracht bleiben somit die zerstörenden (peremtorischen) Einreden, welche,

wie insbesondere nach § 853 die Einrede des Betrugs, ein Recht auf dauernde Verweigerung geben und mithin die Durchführbarkeit des Anspruchs dauernd ausschließen. Die Geltendmachung einer Tatsache, welche den Anspruch zerstört, wie die der Erfüllung, der erfolgten Aufrechnung, der erfolgten Anfechtung, bedeutet nach dem Sprachgebrauche des BGB an sich nicht eine „Einrede". Insoweit handelt es sich nur um die Geltendmachung eines Einwands. — Die nachstehenden **aufschiebenden Einreden** stehen hier in Frage: die der Stundung (**RG** JW 1910 S. 280[3] u. 574[5]; Warn 1919 Nr 2), und zwar einer nachträglichen (andernfalls läge der Tatbestand des § 199 vor; **RG** JW 08, 430[1]); die Verweisung auf die hinterlegte Sache (§ 379); das Verweigerungsrecht des Schenkers aus §§ 519, 526; ferner die Geltendmachung eines persönlichen (Miete) oder dinglichen (Nießbrauch) Rechtes zum Besitze gegenüber dem Eigentumsanspruche auf Herausgabe im Sinne des § 986; weiter die Einrede des Eigentümers gegenüber dem (dinglich) Vorkaufsberechtigten aus § 1100; endlich die Einrede des Miterben bis zur Teilung des Nachlasses, wenn er für Nachlaßverbindlichkeiten aus § 2059 in Anspruch genommen wird. Diese Hemmungsgründe sind auch bei der Wechselverjährung zu berücksichtigen (**RG** 63, 370). Die im Prozesse getroffene Vereinbarung, daß das Verfahren ruhen solle, hat nur eine prozeßrechtliche Wirkung, gewährt dem Schuldner dagegen keine Stundung und kein Leistungsverweigerungsrecht (**RG** JW 1914, 14[4]); die durch die Klageerhebung unterbrochene Verjährung (§ 209) beginnt daher gemäß § 211 Abs 2 wieder zu laufen, und alles das gilt auch dann, wenn die Parteien Ruhen des Prozesses bis zur Erledigung eines andern Rechtsstreits vereinbaren (**RG** 73, 394). Um eine Stundung handelt es sich dagegen, wenn zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und dem Erben verabredet wird, daß die ziffermäßige Berechnung des herauszugebenden Pflichtteils wegen noch erforderlicher Feststellung der Nachlaßmasse einstweilen auszusetzen sei. Der § 202 Abs 1 ist auch dann anwendbar, wenn Gläubiger und Schuldner vereinbaren, daß der erstere seine Befriedigung zunächst aus einer ihm dazu vom Schuldner abgetretenen Forderung suchen soll (**RG** 70, 37). Ferner dann, wenn dem Versicherten aus der Unfallversicherung eine Rente durch Bescheid des Vorstandes ausgesetzt worden ist, dieser Bescheid demnächst aber durch Urteil des Schiedsgerichts wieder aufgehoben wird (**RG** 80, 213).

3. Den in Abs 2 aufgeführten verzögerlichen Einreden ist die **Wirkung der Hemmung** ausnahmsweise **versagt**, nämlich dem Zurückbehaltungsrechte (§§ 273, 274, 1000, 1428, 1585); der Einrede des nichterfüllten Vertrags (§ 320); der Einrede mangelnder Sicherheitsleistung (§§ 258, 811, 867, 997, 1005, 1049 Abs 2, 2125 Abs 2); den Einreden des Bürgen (§§ 771, 770 Abs 1); den Einreden des Erben (§§ 2014, 2015; vgl. auch die Sonderbestimmung § 2332 Abs 3). Denn wie dem Berechtigten das Recht entzogen wird, den Beginn der Verjährung willkürlich aufzuhalten (oben §§ 199 u. 200 A 1), so soll es ihm andererseits auch verwehrt sein, ihre Vollendung dadurch zu hemmen, daß er durch Unterlassung der eigenen Leistung, bzw. der Sicherheitsleistung oder der Inanspruchnahme des Hauptschuldners, sich eine aufschiebende Einrede willkürlich lange erhält.

§ 203

Die Verjährung ist gehemmt, solange der Berechtigte durch Stillstand der Rechtspflege innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist an der Rechtsverfolgung verhindert ist[1]).

Das gleiche gilt, wenn eine solche Verhinderung in anderer Weise durch höhere Gewalt herbeigeführt wird[2]).

E I 164 II 169, 165; M 1 315 ff.; P 1 218 ff.

1. Hemmung § 202 A 1. **Stillstand der Rechtspflege** als Hemmungsgrund. Voraussetzung ist, daß die Gerichtstätigkeit selbst eingestellt ist, nicht, daß nur der Berechtigte persönlich gehindert ist, das Gericht in Anspruch zu nehmen (Unzugänglichkeit wegen Überschwemmung). Bloße Erschwerung kommt nicht in Betracht. Falls der Berechtigte zwischen mehreren Gerichtsständen die Wahl hat, könnte der Stillstand der Rechtspflege an nur einem der mehreren Gerichte die Verjährung jedenfalls dann nicht hemmen, wenn es dem Berechtigten an einem erheblichen Grunde fehlte, die Ausübung des Wahlrechts zu unterlassen, zumal wenn er dies in der Absicht täte, den Verpflichteten zu schädigen (§ 226). Die Ansicht, daß der Gerichtsstillstand auch bei nur einem Gerichte unbedingt einen Hemmungsgrund bilde (Staudinger A 5; Dernburg I § 179 A 11), kann sonach nicht gebilligt werden. — Die Gerichtsferien spielen, da auch während ihres Verlaufs die Erhebung der Klage möglich ist, keine Rolle (**RG** 68, 57).

2. Der Begriff **höhere Gewalt**, der vom BGB noch in den §§ 701 (Haftung des Gastwirts) und 1996 (Verhinderung des Erben an der Inventarerrichtung) verwertet wird, ist als gegeben vorausgesetzt (M 1, 317 ff.). Nach der absoluten Theorie gehören zur höheren Gewalt alle Ereignisse, welche von außen her eingreifen und die unter gewöhnlichen Umständen

voraussehbaren Gefahren merklich übersteigen. Nach der relativen Theorie ist überhaupt kein allgemeiner Maßstab gegeben, es kommt vielmehr auf die jedesmaligen Verhältnisse an; nach ihnen ist zu prüfen, ob der Handelnde auch bei Anwendung eines höheren Grades von Aufmerksamkeit und von Vorsicht imstande war, die Gefahr vorauszusehen und abzuwenden. Der letztere Standpunkt ist der begründetere. Auszugehen ist von der Auffassung, daß die höhere Gewalt eine besondere Art des Zufalls ist, d. i. eines Ereignisses, das vom Handelnden nicht verschuldet ist und von ihm auch bei Anwendung der allgemein erforderlichen Aufmerksamkeit nicht vorausgesehen werden konnte. In der Regel befreit nun ein solches Ereignis von der Haftung. Soweit aber das Gesetz eine Verantwortlichkeit darüber hinaus annimmt, und die Befreiung erst unter der Voraussetzung der „höheren Gewalt" eintreten lassen will, reicht dazu nicht schon ein Zufall im gewöhnlichen Sinne aus. Es muß vielmehr ein Ereignis eingetreten sein, das auch bei Anwendung aller Vorsicht und Aufmerksamkeit nicht voraussehbar und selbst mit allen zu Gebote stehenden Mitteln nicht abzuwenden war (RG 95, 65). Falls daher mit gewissen Betrieben die Gefahr des Zufalls schon der Natur der Sache nach verbunden ist, so daß gewisse Unfälle mehr oder minder häufig vorzufallen pflegen, wird man von höherer Gewalt folgerichtig nur dann sprechen können, wenn sich das Ereignis, auch nach dem zuvor bezeichneten Maßstabe bemessen, noch als ein außergewöhnliches darstellt. Mit den in der Gefährlichkeit des Betriebs ohnehin begründeten Gefahren hat der Unternehmer allemal zu rechnen. Da nun die höhere Gewalt ihrer Natur nach, wie gesagt, gleichwohl eine besondere Art von Zufall bedeutet, so folgt endlich, daß ihr Vorhandensein namentlich ausgeschlossen ist durch jede Art von Verschuldung des Handelnden. Das Ereignis muß vielmehr von außen her eingewirkt haben (vgl. RG 95, 65; 21, 16; 44, 27; 50, 92; 54, 407; 64, 404; JW 1910, 1000[7]). Als Richtschnur für den Begriff höhere Gewalt, insbesondere im Falle des § 203, können die Bestimmungen des § 233 ZPO und des § 44 StPO gelten. Sie berechtigen zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, wenn die Einhaltung einer Notfrist, bzw. Frist, „durch Naturereignisse oder andere unabwendbare Zufälle" verabsäumt worden ist. Und solche sind ein Ereignis, „das nach den gegebenen, nach der Besonderheit des Falles zu berücksichtigenden Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwenden noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist" (RG 48, 409). — Der Begriff der höheren Gewalt (§ 1 HaftpflG) deckt sich nicht mit dem Begriffe des unabwendbaren Ereignisses (§ 7 Abs 2 KraftFahrG); der letztere Begriff stellt vielmehr eine Erweiterung des ersteren dar; die Frage, ob ein Ereignis mit gewisser Regelmäßigkeit wiederzukehren pflegt, ist auch nur hinsichtlich der höheren Gewalt von Bedeutung (RG Warn 1913 Nr 36). — Wird ein Wechsel von der Staatsanwaltschaft beschlagnahmt, so ist der Kläger im Wechselprozesse an der Rechtsverfolgung durch höhere Gewalt um deswillen nicht gehindert, weil er den Prozeß nach § 596 in das ordentliche Verfahren übergehen lassen kann, aber auch deswegen nicht, weil ihm die Möglichkeit gegeben ist, den Prozeß durch Gerichtsbeschluß aussetzen zu lassen (RG 72, 187). Schwere Erkrankung ist noch kein Hemmungsgrund im Sinne des Abs 2; sie ist es erst dann, wenn dem Berechtigten infolge seines Zustandes (Bewußtlosigkeit, Fieberdelirien) die Besorgung seiner Angelegenheiten schlechthin unmöglich geworden war (RG Warn 1912 Nr 153). Denn stets muß es sich um ein von außen wirkendes Ereignis handeln, das unter den gegebenen Umständen auch durch die äußerste, diesen Umständen angemessene Sorgfalt und Umsicht nicht verhütet werden konnte (RG JW 1910, 1000[7]), und das außerhalb des dem Betriebe eigentümlichen Gefahrenkreises gelegen ist (RG JW 1911 S. 192[28] u. 227[43]). — Die verzögerte Entscheidung über ein Armenrechtsgesuch im Anwaltsprozesse kann (als unabwendbarer Zufall) eine Hemmung der Verjährung begründen (RG 87, 52).

§ 204

Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht[1]). Das gleiche gilt von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern[2]) während der Minderjährigkeit der Kinder und von Ansprüchen zwischen dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses[3]).

E I 168 II 170; M 1 324 ff.; P 1 221 ff.

1. Hemmung § 202 A 1. Die in § 204 aufgeführten Hemmungsgründe sind von Amts wegen zu berücksichtigen (RG JW 08, 192[4]) und greifen bei Ansprüchen aller Art Platz. **Bestehende Ehe** als Hemmungsgrund. Im Falle der Scheidung durch Urteil endet die Ehe mit der Rechtskraft des Urteils (§ 1564). Im Falle der Anfechtung ist sie zwar als von Anfang an nichtig anzusehen (§ 1343), aber solange die Anfechtung noch nicht erfolgt ist, besteht die Ehe und ruht infolgedessen die Verjährung. Dieser Zustand kann gegebenenfalls auch nicht

dadurch als rückwärts beseitigt gedacht werden, daß die Ehe nachträglich angefochten wird. Denn es wäre unbillig, zuungunsten des Ehegatten, der im Vertrauen auf das Bestehen der Ehe von Geltendmachung seines etwaigen Anspruchs gegenüber dem andern Teile Abstand genommen hat und davon nach damaliger Sachlage auch gefahrlos Abstand nehmen konnte, nach erfolgter Anfechtung der Ehe anzunehmen, die Verjährung seines Anspruchs habe trotzdem bereits in dem Zeitpunkte begonnen, in welchem der Anspruch geltend gemacht werden konnte (a. M. Staudinger A 3a und Planck A 2 zu § 204). In Befolgung obiger Gesichtspunkte wird man auch annehmen dürfen, daß auch im Falle einer schon an sich nichtigen Ehe dem gutgläubigen Teile der § 204 zur Seite steht. Im übrigen kann eine nichtige Ehe überhaupt nicht als eine bestehende gelten.

2. Verhältnis **zwischen Eltern und Kindern,** einschließlich des Verhältnisses, welches durch Annahme an Kindes Statt (§ 1757), durch nachträgliche Eheschließung (§ 1719) und durch Ehelichkeitserklärung (§§ 1723, 1736) geschaffen wird. Auf das Bestehen der elterlichen Gewalt über das minderjährige Kind kommt es nach dem Gesetze nicht an.

3. Verhältnis **zwischen Vormund und Mündel,** dem dasjenige zwischen Pfleger und Pflegebefohlenen nach § 1915 entsprechend gleichgestellt ist. Der Gegenvormund ist zwar nicht gleichfalls Vertreter des Mündels, aber er wirkt bei der Vermögensverwaltung mit, und daher ist es richtig, den § 204 auch in diesem Verhältnisse Platz greifen zu lassen.

§ 205

Der Zeitraum, während dessen die Verjährung gehemmt ist, wird in die Verjährungsfrist nicht eingerechnet[1]).

E I 161 Abs 1; M 1 311 ff.; P 1 212.

1. Vgl. § 202 A 1, ferner die §§ 203, 204.

§ 206

[1]) **Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter[2]), so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate[3]).**

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person prozeßfähig ist[4]).

E I 166; M 1 318 ff.; P 1 219 ff.; 6 241.

1. **Hemmung der Vollendung der Verjährung** (§ 202 A 1). Die §§ 206, 207 wollen in den vorgesehenen Fällen, da regelmäßig damit zu rechnen ist, daß der Geschäftsunfähige sowie auch der in der Geschäftsfähigkeit Beschränkte einen Vertreter hat, der für ihn handeln kann, nicht schlechthin den Lauf, sondern nur den Ablauf der Verjährung hemmen. Demnach können diese Vorschriften auch nur dann Platz greifen, wenn der besondere Hemmungsgrund am Ende der Frist, und zwar innerhalb des im Gesetze bezeichneten Zeitraums von sechs Monaten eintritt. Das Gesetz will diejenigen Personen, die nicht selbständig handeln können und zugleich auch eines Vertreters ermangeln, jedenfalls gegen den Ablauf der Verjährung schützen. Während des vorgesehenen letzten Zeitraums soll daher die Verjährung ruhen (§ 202 A 1). Sobald die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird oder einen gesetzlichen Vertreter erhält, ist der Hemmungsgrund beseitigt. Denn nunmehr besteht die Möglichkeit, daß der Vertreter oder der Berechtigte selbst den Ablauf der Verjährung durch eine geeignete Maßnahme unterbricht. — Einen Sonderfall der Ablaufshemmung bietet § 2031, betreffend Ansprüche eines zu Unrecht für tot Erklärten (Frist ein Jahr).

2. Der Anspruch muß der **geschäftsunfähigen** (§ 104) oder einer in der **Geschäftsfähigkeit beschränkten Person** (§§ 106, 114) zustehen, darf also nicht gegen sie gerichtet sein. Eines gesetzlichen Vertreters ermangelt sie nicht schon dann, wenn der bestellte Vertreter nur tatsächlich behindert ist, oder wenn der gegebene Vertreter selbst der Geschäftsfähigkeit gänzlich oder zum Teil entbehrt. Das Fehlen eines gesetzlichen Vertreters wird anderseits nicht dadurch ersetzt, daß der ehemalige Vertreter einen Bevollmächtigten bestellt hatte.

3. Der **Zeitraum,** innerhalb dessen der Hemmungsgrund gegeben sein muß, besteht regelmäßig aus den **letzten 6 Monaten** der Verjährungsfrist, falls aber die Verjährungsfrist an sich weniger als 6 Monate ausmacht, aus der entsprechenden kürzeren Frist.

4. Vgl. ZPO § 52 Abs 1 u. §§ 112, 113 BGB.

§ 207

Die Verjährung eines Anspruchs, der zu einem Nachlasse gehört oder sich gegen einen Nachlaß richtet[1]), wird nicht vor dem Ablaufe von sechs Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Erbschaft von dem Erben angenommen oder der Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird oder von welchem an der Anspruch von einem Vertreter oder gegen einen Vertreter geltend gemacht werden kann[2]). Ist die Verjährungsfrist kürzer als sechs Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der sechs Monate[3]).

E I 167 II 172; M 322; P 1 221.

1. Hemmung des Verjährungsablaufs (§ 202 A 1, § 206 A 1). **Nachlaßansprüche** §§ 2039, 2212; **Nachlaßverbindlichkeiten** §§ 1967, 2213.

2. Vgl. § 206 A 1, 3, dessen Rechtsgedanke entsprechend hier verwertet ist. Zeitpunkt der ausdrücklichen oder stillschweigenden Erbschaftsannahme oder endlich der unterstellten Annahme infolge von Ablauf der Ausschlagungsfrist (§ 1943); Zeitpunkt der Eröffnung des Nachlaßkonkurses gemäß §§ 1975ff. **Vertreter** im Sinne des § 207 sind diejenigen Persönlichkeiten, denen nach dem Gesetze die aktive und passive Vertretung des Nachlasses im Prozesse zusteht: der Nachlaßpfleger (§§ 1960, 1961), der Testamentsvollstrecker (§§ 2212, 2213), der Nachlaßverwalter (§ 1975). Ob Vertretung im eigentlichen Sinne (§ 164) vorliegt, darauf kommt es nicht an. Vgl. Vorbem 2 vor § 164.

3. Vgl. § 206 A 3.

§ 208

Die Verjährung wird unterbrochen[1]), wenn der Verpflichtete dem Berechtigten gegenüber den Anspruch durch Abschlagzahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise anerkennt[2])[3]).

E I 169 II 172; M 1 326 ff.; P 1 222 ff.

1. Die §§ 208—217 regeln die **Unterbrechung der Verjährung.** Während die Hemmung nur ein einstweiliges Ruhen der Verjährung bewirkt (§ 202 A 1) und sich sowohl beim Beginne der Verjährung als auch während des Fristlaufs zu äußern vermag, kann eine Unterbrechung nur im Laufe der begonnenen Verjährung stattfinden, und ist ihre Wirkung nach § 217 die, daß nach der Unterbrechung der bis dahin abgelaufene Zeitraum überhaupt nicht mehr in Betracht kommt, mithin nach Beseitigung der Unterbrechung nur eine neue Verjährung beginnen kann, und zwar allemal (also gegebenenfalls auch trotz der Bestimmung des § 201) sofort, nicht erst mit Ablauf des Jahres (RG 65, 268). Andere als die vom BGB ausdrücklich anerkannten Unterbrechungsgründe haben keine Geltung mehr, insbesondere auch die Mahnung nicht. Die vom BGB anerkannten gelten jetzt aber allgemein, insbesondere auch bei der Wechselverjährung (EG.HGB Art 8 Nr 2). Einen eigentümlichen Unterbrechungsgrund hat das Gesetz nur noch in der Sondervorschrift des § 477 Abs 2 gegeben, wonach in den Fällen der §§ 480, 490, 639 Abs 1 der Antrag auf Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises zur Unterbrechung genügt. Falls die Erhebung des Beweises wirklich beabsichtigt und der Antrag nicht nur zum Scheine gestellt war (RG 66, 412). — Die Unterbrechung wirkt bei Vorhandensein von mehreren Mitberechtigten oder Mitverpflichteten nur für und gegen denjenigen, in dessen Person die Unterbrechungsgründe eingetreten sind (§§ 425, 429 Abs 3). Die dem Bürgen gegenüber herbeigeführte Unterbrechung wirkt auch nicht gegen den Hauptschuldner, und ebensowenig die gegen den letzteren erfolgende gegenüber dem Bürgen, unbeschadet jedoch seines Rechtes aus § 768, die dem Hauptschuldner zustehende Einrede der Verjährung auch für sich geltend zu machen.

2. Gefordert wird nicht ein rechtsgeschäftliches **Anerkenntnis** und nicht die Schaffung eines neuen Verpflichtungsgrundes; vielmehr genügt nach § 208 jede einseitige, nicht einmal im Sinne des § 130 empfangsbedürftige, dem Berechtigten gegenüber vorgenommene Handlung oder Äußerung, durch welche der Verpflichtete dem Berechtigten tatsächlich zu erkennen gibt, daß er den Anspruch als noch bestehend ansehe (RG Warn 08 Nr 357; JW 1910, 280[4]). Es genügt also jedes Verhalten dem Gläubiger gegenüber, aus dem das Bewußtsein des Verpflichteten von dem Bestehen der Forderung unzweideutig erhellt (RG 73, 131; 78, 132; JW 1914, 14[4]). Denn das Gesetz besagt nicht, daß die Verjährung durch die Anerkennung des Anspruchs unterbrochen werde, sondern fordert nur, daß die Anerkennung durch Abschlagszahlung, Zinszahlung, Sicherheitsleistung oder in anderer Weise (beispielsweise durch Stundungsgesuch) zutage trete, und bezeichnet daher nur die rein tatsächlichen

Vorgänge als das hier erforderliche Anerkenntnis (M 1, 326; Prot 1, 22ff.). Nötig ist auch nicht, daß ein bestimmter Schuldgrund anerkannt wird (RG 54, 219). Voraussetzung für das Anerkenntnis ist aber jedenfalls, daß der Schuldner den Anspruch des Gläubigers gekannt hat (RG JW 07, 302[5]). Ist ein vertragsmäßiges Anerkenntnis beabsichtigt worden, dann hat die Erklärung, falls der Vertrag nicht zustande kommt, keine Bedeutung, mithin auch nicht die einer Anerkennung im Sinne des § 208. Unwesentlich ist endlich, ob der Verpflichtete die Abschlagszahlung usw. selbst leistet oder durch einen Dritten leisten läßt. Daher muß es auch ausreichen, wenn der Verpflichtete die Leistung eines Dritten nachträglich als für sich geschehen anerkennt (M 1, 327). — Es genügt, wenn die Forderung allein dem Grunde nach anerkannt wird. Hierdurch entsteht die Unterbrechung hinsichtlich des ganzen Betrags (RG Warn 08 Nr 192), sogar dann, wenn der Verpflichtete sich gegen eine Anerkennung der Höhe des Betrags ausdrücklich verwahrt (RG 73, 132; 63, 382; Warn 1910 Nr 416). Die Anerkennung wirkt alsdann wie eine Feststellungsklage. Freilich darf der Verpflichtete sein Anerkenntnis bei teilbaren Verbindlichkeiten nicht ausdrücklich auf einen bestimmten Teil der Schuld eingeschränkt haben (RG 63, 389). Denn diese Anerkennung wirkt grundsätzlich nur so weit, als sie reicht, während in Fällen bezeichneter Art das Anerkenntnis die Verjährung für den ganzen Anspruch grundsätzlich nur dann unterbricht, wenn es sich auf den Anspruch im ganzen bezieht (RG Warn 08 Nr 192), oder wenn das Anerkenntnis eine allgemeine Richtung auf das Bestehen des Anspruchs genommen hat (RG Warn 1911, 32[10]). Bei wiederkehrenden Leistungen läuft die Verjährung für jede einzelne Teilforderung selbständig, so daß die Verjährung durch Anerkennung auch immer nur in entsprechendem Umfange unterbrochen wird.

Die **Beweislast** gegenüber dem Einwande der Verjährung trifft den Berechtigten, der die Unterbrechung durch Anerkenntnis behauptet (RG 29. 11. 07 VII 142/07).

3. Zu beurteilen ist die Unterbrechung der Verjährung nach demjenigen örtlichen Rechte, dem das Schuldverhältnis im übrigen angehört (RG 9. 3. 08 VI 208/07).

§ 209

Die Verjährung wird unterbrochen, wenn der Berechtigte auf Befriedigung oder auf Feststellung des Anspruchs, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel oder auf Erlassung des Vollstreckungsurteils Klage erhebt[1]).

Der Erhebung der Klage stehen gleich[2]):

1. **die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren;**
2. **die Anmeldung des Anspruchs im Konkurse;**
3. **die Geltendmachung der Aufrechnung des Anspruchs im Prozesse;**
4. **die Streitverkündung[3]) in dem Prozesse, von dessen Ausgange der Anspruch abhängt;**
5. **die Vornahme einer Vollstreckungshandlung und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder anderen Behörden zugewiesen ist, die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung.**

E I 170 II 175; M 1 327 ff.; P 1 223 ff.

1. § 208 A 1 Unterbrechung. **Klageerhebung** als Unterbrechungsgrund. Ob die Klage auf Leistung oder auf Feststellung — und zwar gemäß § 256 ZPO des dem Anspruche zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses —, auf Erteilung der Vollstreckungsklausel (§§ 731, 796, 797 ZPO) oder auf Erlaß des Vollstreckungsurteils gerichtet wird (§§ 722, 1042 ZPO), ist gleichgültig. Auch die Inzidentfeststellungsklage genügt (RG 66, 13). Mängel der Zustellung kommen nicht mehr in Betracht, wenn der Beklagte sie nicht rechtzeitig gemäß § 295 ZPO gerügt hat (RG 87, 271). Als **„Berechtigter"** kann nur der wirklich Berechtigte, d. h. also nur derjenige in Betracht kommen, den demnächst das Urteil (§ 211) als den Berechtigten ansieht. Auch der nur bedingt Berechtigte ist Berechtigter im Sinne des Gesetzes (RG JW 1914, 638[2]). Bei Schadensersatzansprüchen, die kraft Gesetzes sofort mit ihrer Entstehung auf eine Berufsgenossenschaft oder auf den Staat übergehen (§ 412), ist Klageberechtigter vom bezeichneten Zeitpunkte ab nur der Rechtsnachfolger (RG 85, 427). Daß die Klage eines sachlich Unzuständigen zuungunsten des Verpflichteten auf den Lauf der Verjährung Einfluß ausüben könnte, läßt sich gar nicht annehmen. Da die Klageerhebung keine Verfügung darstellt (Vorbem 7 vor § 164 a. E.), so können auch die Grundsätze vom Wirksamwerden der Verfügungen Nichtberechtigter durch Zustimmung des Berechtigten (§§ 182—185) nicht Platz greifen. Wird der Kläger wegen mangelnder sachlicher Zuständigkeit (Aktivlegitimation) abgewiesen, kann von einer Unterbrechung der Verjährung überhaupt keine Rede sein. Wie aber, wenn etwa dem

nichtberechtigten Kläger die Forderung während des Prozesses vom Berechtigten abgetreten worden wäre, der Kläger auf Grund dessen den Prozeß fortsetzen würde, und der Einwand der Klageänderung alsdann überhaupt nicht erhoben oder aber verworfen werden sollte? Alsdann müßte die Unterbrechung der Verjährung für den Zeitpunkt angenommen werden, in dem der Kläger seine Klage nunmehr auf die Abtretung gestützt hätte. Ein Antrag auf Abweisung der negativen Feststellungsklage sowie auf Abweisung der auf negative Feststellung gerichteten Widerklage unterbrechen die Verjährung nicht (RG 60, 387; 65, 398; 75, 305). — Erforderlich ist eine den wesentlichen Erfordernissen des § 253 ZPO genügende Klage (RG JW 1914, 638[2]) und eine wirksame, die Rechtshängigkeit begründende **Klageerhebung,** daher ist regelmäßig auch Voraussetzung Zustellung mit wirksamer Ladung (§§ 253, 499, 166 Abs 2 ZPO), während im Falle des § 281 ZPO Geltendmachung des Anspruchs in der mündlichen Verhandlung (vgl. § 267 ZPO) genügt (vgl. RG 45, 426). Stillschweigender Verzicht auf die Rüge der Verletzung einer Verfahrensvorschrift (§ 295 ZPO) beseitigt den Mangel der Klageerhebung (RG 87, 271, wonach die für das alte Recht geltende, entgegengesetzte Entscheidung RG 14, 341 für das neue Recht ausdrücklich aufgegeben worden ist). Ob die Klage des an sich Berechtigten sachlich begründet war, darauf kommt es für die Anwendung des § 209 nicht an (RG 84, 311). Hier greift vielmehr der § 212 Platz. Die Zustellung der Klage an einen der Vollmacht mangelnden Vertreter reicht zur Unterbrechung der Verjährung dann aus, wenn die Prozeßführung des Vertreters demnächst genehmigt wird (RG 86, 245). — Die Verjährung einer persönlichen Forderung wird nicht schon dadurch unterbrochen, daß sie zum geringsten Gebote angemeldet und daß die Anmeldung berücksichtigt wird (RG Gruch 50, 1200), ebensowenig durch Erwirkung einer Vormerkung (RG JW 08, 235[6]). — Die Unterbrechung tritt so weit ein, als Rechtshängigkeit entsteht; daher auch bei Erhebung einer unbezifferten Feststellungsklage (oder auch einer etwa unbezifferten Leistungsklage) hinsichtlich des gesamten Anspruchs (RG 75, 306), dagegen bei Geltendmachung nur eines **Teiles des Anspruchs** nur in bezug hierauf (RG 57, 372; 66, 366; 75, 302; 77, 215; beispielsweise nur in bezug auf die Zinsen; RG JW 07 S. 171[10] u. 302[5]); selbst wenn der Kläger bereits in der Klage den gesamten Anspruch begründet und sich die Klageerweiterung vorbehalten hat (RG 66, 366; JW 1911, 805[7]; Warn 1912 Nr 4), oder wenn die Teilklage nach ihrer Natur und nach ihrem Inhalte die Feststellung des ganzen Anspruchs erforderlich macht (RG 66, 365). Die Klage eines Zessionars, dem die Hälfte der Forderung abgetreten ist, unterbricht nicht die Verjährung hinsichtlich der andern Hälfte (RG JW 08, 235[6]). Ist nach der Fassung der Urteilsformel eines aus § 304 ZPO ergangenen Urteils in Verbindung mit den Gründen klar, daß der Richter den Klageanspruch als einen einheitlichen aufgefaßt hat, gerichtet auf Ersatz des ganzen schon entstandenen und noch entstehenden Schadens, so ist über den Grund des ganzen Anspruchs entschieden, und es kann nicht ein Teil davon nach der kurzen Verjährungsfrist des § 852 verjähren (RG 27. 5. 07 VI 402/06). Dieser Grundsatz greift aber nicht Platz, wenn die Klage sich darauf beschränkt hat, nur die im Antrage bezeichnete Teilsumme zu fordern (RG Warn 08 Nr 124). Bei einer nur teilweisen Unterbrechung der Verjährung verbleibt es auch dann, wenn die Forderung (auf Schadensersatz) sich nachträglich erweitert und damit insoweit eine neue Verjährung beginnt (RG 2. 6. 10 VI 381/09). — Enthält indessen der nämliche Anspruch nur **mehrere verschiedene Befriedigungsformen,** so der Schadensersatzanspruch aus § 843 sowohl das Recht auf Kapitalabfindung wie auch das auf Entrichtung einer Rente, dann wird der einheitliche Anspruch in Höhe desjenigen Betrags insgesamt rechtshängig, in Höhe dessen die Befriedigung, wenn auch nur nach der einen Richtung hin, klageweise begehrt worden, so, wenn gegebenenfalls in erster Linie auf Kapitalsabfindung und in zweiter Linie auf Rentenzahlung geklagt ist, in Höhe der gesamten geltend gemachten Abfindungssumme, auch wenn der Anspruch auf Rente dahinter zurückbleibt (RG 77, 213). Dies Ergebnis bliebe übrigens hinsichtlich des § 209 das gleiche, auch wenn zunächst allein auf die Kapitalsabfindung Klage erhoben worden wäre; denn auch alsdann wäre der gesamte, beide Befriedigungsformen einschließende Anspruch anhängig geworden. Gemäß § 477 Abs 3 unterbricht die Klageerhebung sowohl die Verjährung des Wandlungs- wie auch des Minderungsanspruchs, wenn die Klage auch nur nach der einen Richtung erhoben worden ist. Aber durch Erhebung der Wandlungsklage wegen einzelner bestimmter Mängel wird die Verjährung des Wandlungsanspruchs wegen noch anderer Mängel nicht unterbrochen (RG 78, 295). — Geht der Klaganspruch während des Prozesses auf einen andern über, sei es rechtsgeschäftlich, sei es kraft Gesetzes (§ 412), so hindert das nicht die Unterbrechung der Verjährung (RG 85, 429). — Über Klageerhebung bei einem unzuständigen Gerichte und über die Klagerücknahme vgl. § 212.

2. Zu Nr 1 vgl. § 213; zu Nr 2 § 214; zu Nr 3 u. 4 § 215. Die Unterbrechung der Verjährung mittels **Zahlungsbefehls** tritt nach § 639 ZPO bereits mit Einreichung des Antrags auf Erlaß des Zahlungsbefehls ein, und dies selbst dann, wenn die Zustellung demnächst ordnungswidrig erfolgt, der Gegner dies aber nicht rechtzeitig gemäß § 395 ZPO rügt (RG 87, 271). Die **Aufrechnung** im Prozesse unterbricht die Verjährung des aufgerechneten Anspruchs nur hinsichtlich seines zur Aufrechnung verwendeten Teiles (RG 57, 375; Warn 1910

Nr 372). Im übrigen vgl. § 215. Zu Nr 5 vgl. § 216. Vorausgesetzt ist hier eine den Vorschriften der KO entsprechende **Anmeldung beim Konkursgerichte**; Anmeldung beim Konkursverwalter genügt nicht (**RG** 39, 44).

3. Die **Streitverkündung** setzt hier die Bedingungen des § 72 ZPO voraus (**RG** 58, 76; SeuffA 63, 51). — Eine Streitverkündung zwischen zwei verschiedenen fiskalischen Stationen ist nicht möglich, weil der Fiskus nur ein einziges Rechtssubjekt darstellt und daher eine Station gegenüber der andern nicht als ein Dritter (§ 72 ZPO) gelten kann (**RG** JW 1912, 640[12]). Falls der Prozeß im Auslande schwebt, kann eine Streitverkündung als Unterbrechungsgrund nur dann in Frage kommen, wenn sie den Anforderungen der ZPO entspricht, da diese für das materielle Recht bestimmend ist (**RG** 61, 392). Vgl. auch **RG** 58, 79. Die Unterbrechung der Verjährung durch Streitverkündung gilt nur für den Fall eines ungünstigen Prozeßausgangs (**RG** SeuffA 68 Nr 75).

§ 210

Hängt die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Vorentscheidung einer Behörde ab oder hat die Bestimmung des zuständigen Gerichts durch ein höheres Gericht zu erfolgen, so wird die Verjährung durch die Einreichung des Gesuchs an die Behörde oder das höhere Gericht in gleicher Weise wie durch Klagerhebung unterbrochen, wenn die Klage binnen drei Monaten nach der Erledigung des Gesuchs erhoben wird[1]). Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung[2]).

E I 171, 180 II 176; M 1 330 ff., 340; P 1 226 ff., 231; 6 383.

1. In den Sonderfällen des § 210 (§ 11 EG.GVG; beispielsweise RVG §§ 150ff.; MilVersorgG § 39; vgl. weiter Gaupp-Stein zu § 148 ZPO) ist der **Zeitpunkt der Unterbrechung** auf den angegebenen Zeitpunkt **zurückverlegt**, aber nur unter der Bedingung, daß die Klage binnen drei Monaten nach der Erledigung des Gesuchs erhoben wird. Erledigt ist das Gesuch, nachdem der Rechtsweg für zulässig erklärt oder das zuständige Gericht bestimmt worden (§ 36 ZPO) und diese Entscheidung dem Antragsteller zugegangen ist. Voraussetzung ist dabei immer, daß die Zulässigkeit des Rechtswegs von der Vorentscheidung auch wirklich abhing.

2. Die Frist ist eine Ausschlußfrist, hinsichtlich deren jedoch der Billigkeit halber die **Hemmungsgründe** aus den §§ 203, 206, 207 zugelassen sind (vgl. § 186 A 1).

§ 211

Die Unterbrechung durch Klagerhebung dauert fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist[1]).

Gerät der Prozeß infolge einer Vereinbarung oder dadurch, daß er nicht betrieben wird, in Stillstand, so endigt die Unterbrechung mit der letzten Prozeßhandlung der Parteien oder des Gerichts[2]). Die nach der Beendigung der Unterbrechung beginnende neue Verjährung wird dadurch, daß eine der Parteien den Prozeß weiter betreibt, in gleicher Weise wie durch Klagerhebung unterbrochen[3]).

E I 174 II 177; M 1 331 ff.; P 1 228 ff., 745, 747; 6 264 ff.

1. **Fortdauer der Unterbrechung bis zur rechtskräftigen Entscheidung.** Dahin gehören das unbedingte Urteil, das Läuterungsurteil gemäß §§ 460ff. ZPO und das Vorbehaltsurteil nach § 219, nicht aber auch schon das bedingte Urteil (**RG** 50, 273), oder ein über den Grund des Anspruchs ergehendes Zwischenurteil aus § 304 ZPO (**RG** 66, 10). Gegebenenfalls beginnt, falls der Kläger durchdringt, vom Zeitpunkte der Rechtskraft ab die neue Verjährung des § 218. Da das aberkennende Urteil nicht eine materiell rechtsvernichtende Wirkung hat, sondern nur den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache gibt, so bleibt für eine neue Verjährung an und für sich noch Raum; im Ergebnisse ist das jedoch kaum von Bedeutung. Im übrigen vgl. § 212 A 1 oben. Erfolgt indes die Klageabweisung nicht aus sachlichen Gründen, dann greift § 212 Platz, und dieser Fall scheidet daher aus § 211 überhaupt aus. Als sonstiger **Erledigungsgrund** kann nur noch der Vergleich in Betracht kommen. Der Fall der Klagezurücknahme ist in § 212 besonders behandelt. Anerkenntnis wie Verzicht erledigen den Prozeß überhaupt nicht (§§ 306, 307 ZPO). Erst das daraufhin ergehende Urteil tut es. — Ergeht ein Teilurteil, so greift § 211 Abs 1 nur in Ansehung des insoweit erledigten Anspruchs Platz. Ein Beweissicherungsantrag, der nur zur Unterbrechung der Verjährung mit der Bitte ein-

gereicht wird, darauf bis auf weiteres nicht zu verfügen, unterbricht die Verjährung nicht (RG 66, 413). Solange die Unterbrechung fortdauert, kann eine neue Verjährung nicht anfangen, ist mithin der Beginn einer solchen gehemmt. — Der Übergang des Klaganspruchs während des Prozesses auf einen andern, sei es rechtsgeschäftlich, sei es kraft Gesetzes (§ 412), hindert die Unterbrechung der Verjährung nicht (RG 85, 429).

2. **Endigung der Unterbrechung.** Kommt der Prozeß durch Vereinbarung der Parteien oder durch ihre Untätigkeit zum Stillstande (§ 251 ZPO), oder hat der Kläger die Klage ohne Einwilligung des Beklagten zurückgenommen, oder die Anträge nicht verlesen (RG JW 1911, 359[4]; RG 66, 15; 75, 290), so wäre es unbillig, die durch die Klageerhebung eingetretene Unterbrechung gleichwohl fortdauern zu lassen. Daher soll sie gegebenenfalls durch die letzte Prozeßhandlung als beendigt gelten (RG Warn 1912 Nr 370; 1914 Nr 5). Von der letzten Prozeßhandlung beginnt eine neue Verjährung. Gerät der Prozeß nur in Höhe eines Teilbetrages der eingeklagten Forderung in Stillstand, dann hört die Unterbrechung der Verjährung auch nur insoweit auf (RG JW 1916, 936[11]). — **Prozeßhandlung** im Sinne der ZPO ist jede Handlung, sei es der Parteien, sei es des Gerichts, die zur Begründung, Führung und Erledigung des Rechtsstreits dient und vom Gesetze in ihren Voraussetzungen und Wirkungen geregelt ist. Auch die Anbringung eines Armenrechtsgesuchs stellt daher eine Prozeßhandlung dar (RG 77, 329). Als weitere Prozeßhandlungen kommen namentlich Zustellungen und Ladungen in Betracht, und zwar schon die Einreichung der Ladung und nicht erst deren Zustellung (RG 97, 66). Für die Anwendung dieser Grundsätze ist kein Raum, wenn es sich nur um eine Unterbrechung des Verfahrens kraft Gesetzes gemäß §§ 239ff. oder um eine Aussetzung des Verfahrens durch Gerichtsbeschluß nach §§ 246ff. ZPO handelt (RG 72, 187). In diesen Fällen dauert die Unterbrechung fort, bis der Grund der Unterbrechung oder der Aussetzung fortgefallen ist; erst wenn die Partei auch dann noch den Prozeß liegen läßt, beginnt eine neue Verjährung (RG 72, 187). Die Folge des Nichtbetreibens einer bei Gericht angebrachten Sache ergibt sich nur aus § 211 Abs 2; § 212 Abs 1 ist nicht nebenher anwendbar (RG 66, 365). Auch wenn der Kläger seinen Antrag nur zum Teil (durch Nichtverlesen, ohne gleichzeitig erklärten Verzicht) nachträglich nicht weiterbetreibt, ist insoweit allein der § 211 Abs 2, dagegen nicht § 212 anwendbar (RG 66, 14; 75, 291). — Die Eröffnung des Konkurses nach bereits eingetretener Unterbrechung der Verjährung hat auf jene keinen Einfluß; eine neue Verjährung kann erst beginnen, wenn nach Beendigung des Konkurses und des durch ihn herbeigeführten Prozeßstillstandes der Prozeß weitergeführt worden ist (RG 72, 187; Gruch 61, 118).

3. Vgl. § 209. **Stillstand** des Prozesses setzt immer eine Vereinbarung der Parteien oder ein Nichtbetreiben des Prozesses durch eine Partei voraus; daher fallen hierunter nicht auch bloße Verzögerungen, die bei Erledigung einer Beweisanordnung — etwa durch Nichtangabe der Adresse eines Zeugen — entstehen, denn die Durchführung des Beweisverfahrens ist Sache des Gerichts und nicht der Partei (RG 97, 126).

§ 212

Die Unterbrechung durch Klagerhebung gilt als nicht erfolgt, wenn die Klage zurückgenommen oder durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil rechtskräftig abgewiesen wird[1]).

Erhebt der Berechtigte binnen sechs Monaten von neuem Klage, so gilt die Verjährung als durch die Erhebung der ersten Klage unterbrochen. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung[2]).

E I 171 II 178; M 1 330 ff.; P 1 226 ff.; 6 383.

1. Die Unterbrechung durch Klagerhebung (§ 209) gilt im Falle der **Klagezurücknahme** (§ 271 Abs 2 ZPO) rückwirkend auch dann als nicht erfolgt — indessen stets mit der Einschränkung gemäß Abs 2 —, wenn eine anderweite Weiterverfolgung des Anspruchs beabsichtigt worden ist (RG 30. 5. 04 VI 441/03). Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 212 ist aber immer, daß die Zurücknahme mit (ausdrücklicher oder stillschweigender) Einwilligung, wenn etwa auch erst nachträglicher, erfolgt ist, in welchem Falle die Wirkungen des § 212 erst mit dem Zeitpunkte der Einwilligung eintreten, so daß sich die sechsmonatige Frist des Abs 2 auch erst von da ab berechnet (RG 75, 290). Der Fall einer Zurücknahme ohne Einwilligung ist nach § 211 Abs 2 zu beurteilen. Klageabweisung durch **ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil** liegt vor, wenn sie wegen Mangels einer notwendigen Prozeßvoraussetzung erfolgt, insbesondere also wegen Unzuständigkeit des Gerichts (vgl. § 211 A 1; RG 66, 368), wegen Unzulässigkeit der gewählten Prozeßart (§§ 256, 597 Abs 2 ZPO), oder wegen fehlender Prozeßfähigkeit. Eine Abweisung der ursprünglichen Klage (nach Antrag des Beklagten) im Falle

nachträglicher, aber unzulässiger Klageänderung, sowie wegen mangelnder Sachzuständigkeit enthält eine Entscheidung in der Sache selbst. Da über die unzulässige neue Klage sachlich überhaupt nicht entschieden wird, kann diese lediglich aus prozessualem Grunde erfolgende Entscheidung die Unterbrechung der Verjährung nicht berühren. Die Zurücknahme der Klage (wie der Verzicht) sind Willenserklärungen, die auch durch schlüssige Handlungen abgegeben werden können; läßt sich ein materiell-rechtlicher oder prozessualer Verzichtswille nicht feststellen, so bedeutet die Nichtverfolgung des einmal gestellten Antrags nur einen Stillstand, ein Ruhenlassen des Prozesses, sei es ein gänzliches, sei es ein nur teilweises; insoweit kann eine neue Verjährung beginnen (RG 66, 12; 75, 289).

2. **Neue Klageerhebung,** der die Klagerweiterung in einem bereits schwebenden Prozesse gemäß § 281 ZPO gleichgestellt ist (RG Gruch 50, 649), dient als Mittel, die nach Abs 1 erfolgte Beseitigung der Unterbrechung wieder rückgängig zu machen. Alsdann ist die Sache so anzusehen, als wäre die erste Klage nicht zurückgenommen, oder, als hätte es an der Prozeßvoraussetzung, auf Grund deren die Abweisung erfolgte, nicht gefehlt. Auch die neue Klagerhebung bei einem unzuständigen Gerichte hat die bezeichnete Wirkung (RG 24, 201), nicht aber entsprechend auch zur Wahrung von Ausschlußfristen (RG 88, 296). Die sechsmonatige Frist ist eine Ausschlußfrist. Sie beginnt regelmäßig mit Zurücknahme der Klage (§ 271 ZPO) oder entsprechend mit der Rechtskraft des der neuen Klage voraufgegangenen Urteils (§ 705 ZPO). Zugunsten des Berechtigten sind jedoch aus Billigkeitsrücksichten die Hemmungsgründe aus den §§ 203, 206, 207 mit der Folge zugelassen, daß die Frist für die Erhebung der neuen Klage gegebenenfalls erst von der Beseitigung des Hemmungsgrundes ab läuft. Im übrigen ist die Frist nach §§ 187, 188 zu berechnen.

§ 213

Die Unterbrechung durch Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gilt als nicht erfolgt, wenn die Wirkungen der Rechtshängigkeit erlöschen[1]).

E I 172 II 179; M 1 331; P 1 328.

1. Nach § 693 ZPO begründet die **Zustellung eines Zahlungsbefehls** Rechtshängigkeit. Hören deren Wirkungen nach § 697 ZPO auf, so ist es nach der Vorschrift des § 213 so anzusehen, als wäre die Unterbrechung überhaupt nicht eingetreten; denn sie „gilt als nicht erfolgt". Da aber die Zustellung des Zahlungsbefehls nach § 209 der Erhebung der Klage gleichgestellt ist, so wird anzunehmen sein, daß auch der später wirkungslos gewordene Zahlungsbefehl die Unterbrechung der Verjährung einmal bewirkt hat, und daß diese Wirkung nur nicht fortwährt, wenn die Rechtshängigkeitswirkungen nachträglich erlöschen. Der Lauf der Verjährung beginnt also gegebenenfalls sofort wieder nach der Zustellung des Zahlungsbefehls (a. A. Oertmann Anm. 2). Ist übrigens rechtzeitig Widerspruch erhoben worden, dann ist die Klage als erhoben anzusehen (§ 696 ZPO), und dann muß hiernach die Vorschrift des § 211 Platz greifen. Ein Widerspruch gegen einen Zahlungsbefehl berührt die Rechtshängigkeit nicht (§ 695 Satz 2 ZPO). Gehört die Sache vor das Landgericht, so greift § 697 ZPO Platz; die Rechtshängigkeit erlischt also, wenn die Klage auf den Widerspruch hin dort nicht innerhalb sechs Monaten erhoben wird.

§ 214

Die Unterbrechung durch Anmeldung im Konkurse dauert fort, bis der Konkurs beendigt ist[1]).

Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn die Anmeldung zurückgenommen wird[2]).

Wird bei der Beendigung des Konkurses für eine Forderung, die infolge eines bei der Prüfung erhobenen Widerspruchs in Prozeß befangen ist, ein Betrag zurückbehalten, so dauert die Unterbrechung auch nach der Beendigung des Konkurses fort; das Ende der Unterbrechung bestimmt sich nach den Vorschriften des § 211[3]).

E I 176 II 180; M 1 334 ff.; P 1 230 ff.

1. Die **Anmeldung des Anspruchs im Konkurse** gemäß § 139 KO (RG 39, 44; vgl. § 209 A 2) ist Unterbrechungsgrund. In Betracht kommen hier nur Konkursforderungen im Sinne des § 3 KO. Der Konkurs wird beendigt durch dessen Aufhebung (§§ 163, 116, 190 KO) oder durch die Einstellung des Verfahrens (§§ 202, 204, 205 KO). Auch die Aufhebung auf Be-

schwerde beseitigt also die einmal eingetretene Unterbrechung nicht (streitig). Ob die Aufhebung schon im Zeitpunkte der Beschlußfassung oder erst nach erfolgter Bekanntmachung rechtlich wirksam wird, ist streitig. Richtig dürfte das letztere sein, weil die Bekanntmachung gleichzeitig als Bedingung für das Wirksamwerden des Beschlusses anzusehen ist. Demnach währt auch die Unterbrechung fort bis zum Zeitpunkte der erfolgten Bekanntmachung. Diese setzt den Gläubiger tatsächlich auch erst in die Lage, sich über die Vornahme einer neuen Maßregel zwecks Unterbrechung der Verjährung entschließen zu können.

2. Die **Zurücknahme der Anmeldung** beseitigt die Unterbrechung rückwirkend wie die Zurücknahme der Klage (§ 212 Abs 1); jedoch dann nicht, wenn die Zurücknahme auf Grund eines Abkommens mit dem Konkursverwalter erfolgt; wird durch dieses die angemeldete Forderung überhaupt beseitigt, dann bleibt für die Verjährung überhaupt kein Raum; erfolgt abredegemäß die Zurücknahme deswegen, weil der Gläubiger seine Befriedigung aus einer ihm vom Konkursverwalter dazu abgetretenen Forderung suchen soll, dann ist die Verjährung nach § 202 gehemmt (RG 70, 35). Vgl. auch RG JW 08, 740[7].

3. Betreffs **Fortdauer der Unterbrechung** über die Beendigung des Konkurses hinaus vgl. die §§ 146, 168 KO.

§ 215

Die Unterbrechung durch Geltendmachung der Aufrechnung im Prozeß oder durch Streitverkündung dauert fort, bis der Prozeß rechtskräftig entschieden oder anderweit erledigt ist; die Vorschriften des § 211 Abs 2 finden Anwendung[1]).

Die Unterbrechung gilt als nicht erfolgt, wenn nicht binnen sechs Monaten nach der Beendigung des Prozesses Klage auf Befriedigung oder Feststellung des Anspruchs erhoben wird. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung[2]).

E I 175 II 181; M 1 333 ff.; P 1 229 ff.; 6 383.

1. Die **Aufrechnung des Anspruchs** im Prozesse ist Unterbrechungsgrund (§ 209 A 2). Das Gesetz kann hier übrigens nur Fälle im Auge haben, bei denen die Aufrechnungserklärung nicht zugleich die Tilgung der Forderung bewirkt (§§ 388, 389); denn in letzterem Falle wäre für die Unterbrechung der Verjährung überhaupt kein Raum mehr. Wohl aber greift die Bestimmung Platz, wenn der Beklagte die Klageforderung bestreitet, die Aufrechnung jedoch für „alle Fälle" erklärt (Eventualaufrechnung), ferner dann, wenn sich die Aufrechnung als unzulässig erweist. — Zur Unterbrechung der Verjährung kann die Aufrechnung nur in der mündlichen Verhandlung oder im Falle des § 767 ZPO durch Klage geltend gemacht werden. Die **Streitverkündung** (in demjenigen Prozesse, von dessen ungünstigem Ausgange der mit Verjährung bedrohte Anspruch abhängt) ist nur dann zu beachten, wenn sie unter den Voraussetzungen und Formen der ZPO (§§ 72, 73) erfolgt, und zwar auch dann, wenn der Prozeß im Auslande schwebt (RG 61, 392). Zu denken ist hier wesentlich an Ansprüche des Käufers, die gegen den Verkäufer etwa daraus entstehen, daß dieser seiner Verschaffungs- oder Rechtsgewährpflicht nicht genügt, während der Käufer in dem mit dem Berechtigten anhängigen Prozesse unterliegen könnte (Entwehrung, §§ 434, 440; vgl. ferner § 839 Satz 2). Verkündet der Käufer mit Rücksicht hierauf dem Verkäufer den Streit, so wird dadurch die Verjährung seiner ihm gegen den Verkäufer zustehenden Gewährleistungsansprüche unterbrochen. In Betracht kommen dagegen nicht Fälle einer Abhängigkeit im Sinne des § 148 ZPO (RG 65, 398). — Über die Endigung der Unterbrechung vgl. § 211 A 1 u. 2.

2. Vgl. §§ 211 A 1, 212 A 2. Der Abs 2 greift nicht Platz, wenn der Prozeß durch eine mit Einwilligung des Beklagten erfolgte Klagezurücknahme erledigt ist (RG JW 08, 740[7]).

§ 216

Die Unterbrechung durch Vornahme einer Vollstreckungshandlung[1]) gilt als nicht erfolgt, wenn die Vollstreckungsmaßregel auf Antrag des Berechtigten oder wegen Mangels der gesetzlichen Voraussetzungen aufgehoben wird[2]).

Die Unterbrechung durch Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung gilt als nicht erfolgt, wenn dem Antrage nicht stattgegeben oder der Antrag vor der Vornahme der Vollstreckungshandlung zurückgenommen oder die erwirkte Vollstreckungsmaßregel nach Abs 1 aufgehoben wird[2]).

E I 178 II 182; M 1 331; P 1 228.

1. **Die Vornahme einer Vollstreckungshandlung** und, soweit die Zwangsvollstreckung den Gerichten oder andern Behörden zugewiesen ist, die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung ist Unterbrechungsgrund aus § 209 Nr 5. Die Voraussetzungen und Formen der Zwangsvollstreckung regeln sich nach der ZPO und dem ZVG. Soweit die Vollstreckung den Gerichten überwiesen ist (§§ 829 ff., 887 ff., 930 ZPO; §§ 16 Abs 1 u. 146 ZVG), beginnt sie schon mit der Anordnung des Gerichts, nicht erst mit ihrer Zustellung (RG 12, 381; 25, 370). In Betracht kommen hier nur solche Vollstreckungen, die auf Grund rechtskräftiger Urteile erfolgen. Denn bis zum Eintritte der Rechtskraft währt schon die durch die Klagerhebung bewirkte Unterbrechung fort, so daß für eine neue Unterbrechung erst nach Erledigung des Prozesses (vgl. § 211 Abs 2) Platz ist.

2. **Unwirksamkeit der Unterbrechung** von Anfang an infolge Aufhebung der Zwangsvollstreckung (§ 209 A 2), oder Ablehnung des Antrags, oder infolge seiner Zurücknahme. Die Aufhebung der Zwangsvollstreckung muß gegebenenfalls deswegen erfolgt sein, weil sie sich aus gesetzlichen Gründen als unstatthaft erwiesen hat; dagegen ist es unwesentlich, wenn die Aufhebung nur deswegen erfolgt, weil dem Schuldner ein besonderer Einwand (§§ 766, 767 ZPO) zustand, oder wenn es sich nur um eine Einstellung nach § 775 handelt, oder wenn ein Dritter die Aufhebung im Wege der Widerspruchsklage (§§ 771—774 ZPO) erwirkt.

§ 217

Wird die Verjährung unterbrochen, so kommt die bis zur Unterbrechung verstrichene Zeit nicht in Betracht; eine neue Verjährung kann erst nach der Beendigung der Unterbrechung beginnen[1]).

E I 161 II 173 Abs 2; M 1 311 ff.; P 1 212.

1. Vgl. § 208 A 1; ferner RG 32, 359.

§ 218

Ein rechtskräftig festgestellter Anspruch verjährt in dreißig Jahren, auch wenn er an sich einer kürzeren Verjährung unterliegt. Das gleiche gilt von dem Anspruch aus einem vollstreckbaren Vergleich oder einer vollstreckbaren Urkunde sowie von einem Anspruche, welcher durch die im Konkurs erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden ist[1]).

Soweit sich die Feststellung auf regelmäßig wiederkehrende, erst künftig fällig werdende Leistungen bezieht, bewendet es bei der kürzeren Verjährungsfrist[2]).

E I 177 II 183; M 1 337 ff.; P 1 230.

1. **Die Verjährung rechtskräftig festgestellter Ansprüche** bezieht sich auf Ansprüche aller Art. In Betracht kommen: das Leistungs- und Feststellungsurteil (RG 84, 373), der Vollstreckungsbefehl, gegen den der Einspruch aus § 700 ZPO, der Kostenfestsetzungsbeschluß aus § 105, gegen den eine Beschwerde nicht mehr zulässig ist; gleichgestellt sind der Vergleich gemäß § 794 Nr 1 u. 2 ZPO, ferner die vollstreckbare Urkunde im Sinne der §§ 794 Nr 5, 800, 801 ZPO, oder nach Maßgabe der §§ 164 Abs 2, 194, 206 Abs 2 KO. Vorläufige Vollstreckbarkeit reicht nicht aus. Ein nach § 304 ZPO nur über den Grund, nicht auch der Höhe nach ergangenes Urteil genügt zur Anwendung des § 218 nicht (RG 61, 170; 66, 11). Ist nur ein Teil der Forderung rechtskräftig zuerkannt, so verjährt nur dieser Teil in dreißig Jahren (RG 66, 271). Die dreißigjährige Verjährung nimmt ihren Lauf, sobald die rechtskräftige Feststellung — im Sinne des § 218 — erfolgt ist.

2. Bei **wiederkehrenden Leistungen** bewendet es in allen Fällen bei der vierjährigen Verjährung aus § 197 (RG JW 05, 335[2]), also auch dann, wenn es sich um Nebenleistungen wie Zinsen handelt, und zugleich mit dem Hauptanspruche auch über sie rechtskräftig entschieden ist (RG 70, 68). Vgl. auch § 197 A 1.

Im übrigen vgl. § 211 A 1.

§ 219

Als rechtskräftige Entscheidung im Sinne des § 211 Abs. 1 und des § 218 Abs. 1 gilt auch ein unter Vorbehalt ergangenes rechtskräftiges Urteil[1]).

E I 178 II 184; M 1 338, 339; P 1 230.

1. **Unter Vorbehalt ergehende Urteile** ergeben sich aus den §§ 302, 305 Abs 1, 540, 529 Abs 3, 599 ZPO, ferner aus § 1489 Abs 2 BGB in Verbindung mit § 305 Abs 2 ZPO.

§ 220

Ist der Anspruch vor einem Schiedsgericht oder einem besonderen Gerichte, vor einem Verwaltungsgericht oder einer Verwaltungsbehörde geltend zu machen, so finden die Vorschriften der §§ 209 bis 213, 215, 216, 218, 219 entsprechende Anwendung.

Sind in dem Schiedsvertrage die Schiedsrichter nicht ernannt oder ist die Ernennung eines Schiedsrichters aus einem anderen Grunde erforderlich oder kann das Schiedsgericht erst nach der Erfüllung einer sonstigen Voraussetzung angerufen werden, so wird die Verjährung schon dadurch unterbrochen, daß der Berechtigte das zur Erledigung der Sache seinerseits Erforderliche vornimmt[1]).

E I 179 II 185; M 1 339 ff.; P 1 231.

1. Über **Schiedsgericht** vgl. §§ 1034 ff. ZPO; über **besondere Gerichte** § 14 GVG, ferner GewGG vom 29. 9. 00 und KfmGG vom 6. 7. 04, endlich das KrankVG in der Fassung vom 30. 6. 00 und 25. 5. 03, über Verwaltungsgerichte oder Behörden § 13 GVG. Auch Streitverkündung im schiedsrichterlichen Verfahren ist Unterbrechungsgrund (**RG** 54, 16). Der § 220 gilt auch im Falle eines ausländischen Schiedsgerichts, selbst wenn dieses nicht den Vorschriften des § 1030 ZPO entspricht (**RG** SeuffA 67 Nr 240).

§ 221

Gelangt eine Sache, in Ansehung deren ein dinglicher Anspruch besteht, durch Rechtsnachfolge in den Besitz eines Dritten, so kommt die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit dem Rechtsnachfolger zustatten[1]).

E I 181 II 186; M 1 340 ff.; P 1 231.

1. **Anrechnung der Verjährungszeit im Falle der Rechtsnachfolge bei dinglichen Ansprüchen.** Auch der dingliche Anspruch setzt, einmal entstanden, einen bestimmten Verpflichteten voraus, gegen den er sich richtet (§ 194 A 1 a. E.). Demgemäß dürfte die Verjährung auch eines derartigen Anspruchs grundsätzlich nur zwischen dem Berechtigten und dem bestimmten Verpflichteten wirksam werden. Das Gesetz sieht hier jedoch aus allgemeinen Gründen eine Abweichung vor. Für den Fall nämlich, daß der Anspruch in Ansehung einer Sache (§ 90) besteht, und der Besitz an ihr von dem ursprünglich Verpflichteten durch Rechtsnachfolge auf eine andere Person (oder der Reihe nach auf mehrere andere) übergeht, soll sich der Besitznachfolger auch auf die während des Besitzes des Rechtsvorgängers verstrichene Verjährungszeit berufen dürfen (accessio possessionis). Da der Besitz an sich ein tatsächliches Verhältnis ist (vgl. § 854), kann es sich hier, strenggenommen, überhaupt nicht um eine Rechtsnachfolge, sondern lediglich um eine Nachfolge in das tatsächliche Verhältnis handeln. Der einzige Fall, in dem das Gesetz Besitzerlangung „durch" Rechtsnachfolge kennt, ist der des Erbfalls (§ 857). Der Ausdruck **Rechtsnachfolge** ist daher in § 221 auch in einem andern Sinne zu verstehen, als es seiner eigentlichen Bedeutung entspräche. Er umfaßt hier auch die Fälle, in denen der Besitzwechsel sich nicht auf Grund, sondern nur i n f o l g e einer Rechtsnachfolge vollzieht, beispielsweise wenn der bisherige Besitzer in Gemäßheit eines Kaufvertrags dem Käufer die veräußerte Sache übergibt, oder falls beide sich unter den Voraussetzungen des § 854 Abs 2 über den Besitzerwerb einigen. Soweit der Erwerb des Rechts nach den Grundsätzen vom guten Glauben von einem Nichtberechtigten hergeleitet wird (§ 932), ist ebenfalls eine Rechtsnachfolge im Sinne des § 221 anzunehmen, wiewohl der Vorgänger des Rechtes überhaupt ermangelt hatte. Es kann aber auch unmittelbarer Erwerb ausreichen, so der Erwerb durch die rechtmäßige Veräußerung der Pfandsache gemäß § 1241 (**RG** 56, 244; 82, 35 — zu § 325 ZPO). Rechtsnachfolge im angegebenen Sinne ist aber niemals anzunehmen, falls die Besitznachfolge w i d e r r e c h t l i c h (§ 858) erlangt ist, wie etwa durch Diebstahl. Man wird also annehmen können, daß eine Sache immer dann in den Besitz eines Dritten durch Rechtsnachfolge gelangt ist, wenn der Dritte auf rechtsbeständige Art denjenigen Besitz erlangt hat, den sein Vorgänger gehabt hatte (**RG** 40, 339; 53, 10; 56, 244), wobei Eigenbesitz nicht gefordert ist. Nach diesem Grundsatze wird der § 221 selbst dann anwendbar sein, wenn der Besitzwechsel ohne oder gar gegen den Willen des Vorgängers erfolgt ist (streitig), falls nur der Nachfolger einen Anspruch auf die Gewährung des Besitzes gehabt hatte (a. A. Planck Anm 2b). Dies kann zutreffen unter Anwendung des § 986 auf Grund der Einrede des Kaufes, wird aber auch in solchen Fällen gegeben sein, in denen jemand seinen Besitz auf Grund eines anfecht-

baren oder auflösend bedingten Rechtsgeschäfts auf einen andern übertragen hatte und den Besitz demnächst, nach Anfechtung des Geschäfts oder nach Eintritt der Bedingung, auf irgendwelche an sich zulässige Art wiedererlangt hat. Vgl. M 1, 341 Abs 2. Denn auch in diesen Fällen hätte der Nachfolger gegen den Vorgänger einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gehabt. Ein bloßer Wechsel in der Person des Anspruchsberechtigten begründet keine Unterbrechung der Verjährung.

§ 222

Nach der Vollendung der Verjährung ist der Verpflichtete berechtigt, die Leistung zu verweigern[1]).

Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt worden ist[2]). Das gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnisse sowie einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten[2]) [3]).

E I 182 II 187; M 1 341 ff.; P 1 232 ff.

1. Diese Bestimmung entscheidet die frühere Streitfrage über die **Wirkung der Verjährung** dahin, daß diese nicht den Anspruch selbst erlöschen läßt, sondern dem Verpflichteten nur das **Recht zur Verweigerung** der Leistung gibt, mithin nur eine verzichtbare Einrede (§ 202 A 2) gewährt, deren Geltendmachung von seinem Belieben abhängt und daher nicht von Amts wegen unterstellt werden kann. Der Verzicht setzt im übrigen als solcher Kenntnis der eingetretenen Verjährung voraus. Es genügt zu ihm jede formlose, ausdrücklich oder auch stillschweigend (so durch Unterlassung der Geltendmachung der Einrede oder durch Bestellung einer Sicherheit nach Ablauf der Verjährung) dem andern Teile gegenüber erfolgte Kundgebung, aus der der Verzichtwille erhellt, ohne daß es der Annahme des Verzichts bedarf (RG 78, 130). Auch bei den dinglichen Ansprüchen kommt der Verjährung nur die zuvor beschriebene Wirkung zu (M 1, 293). Gäbe beispielsweise der Besitzer die Sache dem Eigentümer nach vollendeter Verjährung seines, des Eigentümers, Anspruchs aus § 985 heraus, so hätte er keineswegs eine Nichtschuld erfüllt, und ein Recht auf Rückgewährung des Besitzes aus § 812 (condictio possessionis) hätte er nicht erlangt. Der Eigentümer anderseits, der wieder in den Besitz seiner Sache gelangte, würde damit, trotz der inzwischen eingetretenen Verjährung seines Anspruchs aus § 985, doch in die Lage gesetzt sein, nunmehr alle einem besitzenden Eigentümer überhaupt zustehenden Rechte auszuüben, ohne daß er noch nötig hätte, seine Sache von neuem zu erwerben. — Aus der Auffassung des Gesetzes, daß die Verjährung eine eigentliche rechtszerstörende Wirkung nicht hat, ergeben sich wichtige Folgerungen. So bleibt im Sinne der §§ 222, 813 Abs 1 eine Forderung auch dann noch erfüllbar, wenn ihr die Einrede der Verjährung entgegensteht, und es kann die Leistung daher nicht zurückgefordert werden. Gemäß § 390 ist ferner eine verjährte Forderung noch tauglich zur Aufrechnung (vgl. jedoch die Ausnahme des § 479); die verjährte Schuld kann endlich noch Grundlage eines Pfandrechts sein (§ 223). — Bei auf öffentlich-rechtlicher Grundlage beruhenden Ansprüchen hat die Verjährung nicht nur die Wirkung des § 222 Abs 1; ihre Vollendung ist hier vielmehr von Amts wegen zu berücksichtigen (RG 84, 281). — Im Gebiete des Liegenschaftsrechts hat in den Fällen der §§ 901, 1028 die Verjährung des entsprechenden Anspruchs zugleich das Erlöschen des dinglichen Rechtes zur Folge. Anderseits beseitigt in den Fällen der §§ 821, 853 die Verjährung des Anspruchs auf Befreiung von der grundlos eingegangenen Verbindlichkeit oder auf Aufhebung der Forderung nicht zugleich das Recht zur Leistungsverweigerung, und in den Fällen der §§ 478, 490, 639 schließt die Verjährung des Anspruchs auf Minderung oder Wandlung nicht das Recht, die Zahlung in entsprechender Höhe zu verweigern, aus. Die Einrede der Verjährung steht bei Vorhandensein von mehreren Verpflichteten gemäß §§ 425, 429 grundsätzlich allein demjenigen zu, zu dessen Gunsten sich die Verjährung vollendet hat (vgl. §§ 202 A 1 u. 208 A 1). Nur der Bürge kann die Einrede des Hauptschuldners auch für sich geltend machen, und selbst der Verzicht des Hauptschuldners auf die Einrede ist ihm gegenüber unschädlich (§ 768). Anders liegt die Sache im Falle der Sachhaftung (vgl. § 223).

Vollendung der Verjährung setzt voraus: positiv den Ablauf der Frist und negativ, daß während des Fristablaufs kein die Vollendung der Verjährung hinderndes Ereignis eingetreten ist, nämlich weder eine Hemmung noch eine Unterbrechung (§§ 202—205 u. 208—217).

2. **Kein Recht auf Zurückforderung des Geleisteten.** Diese Bestimmung stellt sich als ein Ergebnis des in Abs 1 ausgesprochenen Grundsatzes dar. Gemäß § 812 Abs 2 gilt auch das vertragsmäßige Anerkenntnis als eine Leistung und demnach soll auch diese gegebenenfalls nicht zurückgefordert werden können. Unter dem vertragsmäßigen Anerkenntnisse im Sinne des Abs 2 ist, anders als im Falle des § 208, das rechtsgeschäftliche, mit dem Ver-

pflichtungswillen abgegebene zu verstehen (RG Gruch 50, 1200). Es bedarf nach § 781 der Schriftform (RG 78 S. 132 u. 169; JW 1912, 286[5] u. [6]; 1915, 393[3]) — streitig —, sofern es nicht vergleichsweise abgegeben wird (RG 10, 280), und setzt (im Gegensatze zum Verzichte, A 1) die Kenntnis vom Ablaufe der Verjährung nicht voraus (RG 78, 132; JW 1912, 286[5] u. [6]; Warn 1919 Nr 25). Auch die Umwandlung einer verjährten Schuld in eine Darlehnsschuld bedarf der Schriftform (RG 78, 163). Das dem Hauptschuldner gegenüber abgegebene Anerkenntnis nimmt dem Bürgen nicht das Einrederecht aus § 768 Abs 1; vgl. §§ 768 Abs 2 u. 767 Abs 1 Satz 3. — Sicherheitsleistung nach §§ 232ff.

3. Der Einrede der Verjährung kann die **Einrede der Arglist** entgegengesetzt werden, wenn der Verpflichtete geflissentlich und der Schädigung des Berechtigten sich bewußt diesen von der rechtzeitigen gerichtlichen Geltendmachung des Anspruchs abgehalten hat, etwa durch Vergleichsverhandlungen (RG 57, 372); oder durch die Bitte um Stundung und das Versprechen der Erfüllung (RG SeuffA 63 Nr 128), oder durch arglistige Verheimlichung der Schuld, oder durch Vorenthaltung der Schuldurkunden (RG 32, 143), oder unter Umständen durch die Vereinbarung des Prozeßstillstandes (RG JW 1916, 1188[6]). Alsdann wird die vollendete Verjährung auf Grund der §§ 249, 826 wieder beseitigt (RG 64, 223; 73, 396). Ein bloßer Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne des § 242 reicht aber nicht aus. Anderseits ist nicht der Nachweis erforderlich, daß der Schuldner von vornherein darauf ausging, durch seine Einwirkungen auf den Gläubiger die Einrede der Verjährung zu gewinnen; vielmehr genügt es, wenn die jetzige Erhebung der Einrede gegenüber dem früheren Verhalten des Schuldners wider Treu und Glauben und gegen die guten Sitten verstößt (RG 57, 376; 78, 133; 86, 194; 87, 283; Warn 1919 Nr 2). Aber es genügt nicht, wenn der Verpflichtete lediglich durch Fahrlässigkeit den Gläubiger an der rechtzeitigen Geltendmachung des Anspruchs gehindert hat, denn Fahrlässigkeit ist kein selbständiger Verpflichtungsgrund (vgl. § 122 A 7). Die Arglist ist indessen niemals auch Hemmungsgrund (RG 64, 220).

§ 223

Die Verjährung eines Anspruchs, für den eine Hypothek oder ein Pfandrecht besteht, hindert den Berechtigten nicht, seine Befriedigung aus dem verhafteten Gegenstande zu suchen[1]).

Ist zur Sicherung eines Anspruchs ein Recht übertragen worden, so kann die Rückübertragung nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs gefordert werden[2]).

Diese Vorschriften finden keine Anwendung bei der Verjährung von Ansprüchen auf Rückstände von Zinsen oder anderen wiederkehrenden Leistungen[3]).

E I 183 II 188; M 1 344 ff.; P 1 236; 3 751.

1. Während dem Bürgen die Einrede der Verjährung der Hauptschuld zusteht (§ 768), läßt § 223 Abs 1 die (vor Vollendung der Verjährung bestellte) **Sachhaftung trotz Verjährung des persönlichen Anspruchs** unverändert fortbestehen, wie die §§ 1137 u. 1211 dem Eigentümer und dem Pfandschuldner auch nur die Einrede des Bürgen aus § 770, nicht aber die aus § 768 gewähren. Auf Grund- und Rentenschulden kann § 223 selbstverständlich überhaupt keine Anwendung finden. Ebensowenig bei Vormerkungen. Hier greift der § 886 Platz, wonach gegebenenfalls die Beseitigung der Vormerkung verlangt werden darf (RG Warn 08 Nr 286). — Streitig ist, ob Abs 1 auch die Fälle eines kraft Gesetzes erworbenen Pfandrechts umfaßt. Nach dem Wortlaute des Gesetzes, wo nur ein „bestehendes" Pfandrecht ohne Einschränkung auf einen bestimmten Entstehungsgrund vorausgesetzt ist, und nach dem Grundgedanken des Gesetzes ist die Frage zu bejahen.

2. Dementsprechend kann gemäß Abs 2 auch **nicht die Rückübertragung eines nur sicherungshalber übertragenen Rechtes** wegen Verjährung der gesicherten Forderung verlangt werden (vgl. Vorbem 6 vor § 104).

3. Über **wiederkehrende Leistungen** vgl. § 218 A 2.

§ 224

Mit dem Hauptanspruche verjährt der Anspruch auf die von ihm abhängenden Nebenleistungen, auch wenn die für diesen Anspruch geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet ist[1]).

E I 184 II 189; M 1 345; P 1 236.

1. Unter den **von dem Hauptanspruche abhängigen Nebenleistungen,** auf die sich die Bestimmung beschränkt, sind Zinsen aller Art, Früchte, Nutzungen, Kosten (RG 61, 392) zu verstehen, unter Umständen auch eine vom Hauptanspruche abhängige Forderung auf Schadensersatz. Die Abhängigkeit muß die Entstehung der Nebenleistung betreffen, und es muß die Hauptforderung überhaupt entstanden sein (RG 85, 243). Alle bis zum Zeitpunkte der Vollendung der Verjährung zu entrichten gewesenen Nebenleistungen sind also mit der Hauptforderung mitverjährt, selbst wenn sie an sich noch nicht verjährt wären.

§ 225

Die Verjährung kann durch Rechtsgeschäft weder ausgeschlossen noch erschwert werden. Erleichterung der Verjährung, insbesondere Abkürzung der Verjährungsfrist, ist zulässig[1]).

E I 185 II 190; M 1 345 ff.; P 1 238.

1. Diese im öffentlichen Interesse gegebene Vorschrift (RG 86, 424; 87, 284) beschränkt die Vertragsfreiheit insofern, als vor ihrer Vollendung **die Verjährung rechtsgeschäftlich weder ausgeschlossen noch erschwert werden kann.** Dagegen verstoßende Abmachungen, insbesondere also auch der zum voraus erklärte Verzicht auf die Einrede der Verjährung, sind daher nichtig. Voraussetzung ist indessen, daß die Vereinbarung den Ausschluß oder die Erschwerung unmittelbar zum Gegenstande hat; dagegen genügt es für die Anwendbarkeit des § 225 nicht, wenn sich der eine oder der andere Fall nur mittelbar als Folge der Abrede ergibt, beispielsweise wenn eine Schadensersatzforderung nur bedingungsweise erlassen wird, alsdann die auflösende Bedingung eintritt und jetzt infolge dieser Vorgänge mit dem Eintritte der Bedingung nur eine neue Verjährung beginnen kann (RG Warn 1911 Nr 259). Ausnahmen von der Vorschrift enthalten die Sonderbestimmungen in den §§ 477 Abs 1 Satz 2, 486 Satz 1, 490 Abs 1 Satz 2, 638 Abs 2; ferner die §§ 414 Abs 1, 423, 439 HGB. Unterwirft sich der Verkäufer stillschweigend einer länger andauernden Garantiepflicht hinsichtlich der Beschaffenheit der Kaufsache, so liegt darin nicht zugleich die Vereinbarung über die Hinausschiebung des Beginns oder der Dauer der gesetzlichen kurzen Verjährungsfrist aus § 477 (RG 91, 307). Die **Erleichterung** der Verjährung, insbesondere die Abkürzung der Verjährungsfrist, ist der Parteiwillkür überlassen. Demgemäß kann auch der Beginn der Verjährungsfrist auf einen früheren Zeitpunkt verlegt werden (RG 66, 413). Es ist Sache der Auslegung, ob die vereinbarte Kürzung der Verjährungsfrist zugleich auf den Fall miterstreckt sein soll, daß an Stelle des Vertragsanspruchs ein Anspruch aus dem Eigentum oder aus unerlaubter Handlung geltend gemacht wird (RG 66, 363; Warn 1912 Nr 154). — Da die zwingendes Recht enthaltende Bestimmung des § 225 im allgemeinen Interesse gegeben ist, hat sie vom 1. Januar 1900 ab unbedingte Geltung, greift also auch dann Platz, wenn die Parteien vor dem 1. Januar 1900 die Verjährung vertraglich ausgeschlossen hatten (RG JW 1912, 682[4]). Demgemäß hat auch ein unter der Herrschaft des alten Rechtes (im voraus) erklärter Verzicht auf die Verjährung mit dem 1. Januar 1900 seine Wirkung verloren, so daß von da ab die Verjährung zu laufen beginnt (RG 79, 268).

Sechster Abschnitt

Ausübung der Rechte Selbstverteidigung Selbsthilfe

Dieser Abschnitt faßt allgemeine Grundsätze zusammen, erstens über die Grenzen der Zulässigkeit einer Rechtsausübung (§ 226), zweitens über die Statthaftigkeit eines Eingriffs in ein fremdes Rechtsgebiet, sofern er zur Abwehr eines Angriffs oder einer Gefahr (§§ 227, 228) dient, oder auch angriffsweise zum Zwecke der Selbsthilfe erfolgt (§§ 229 ff.). Vgl. ferner die Einzelbestimmungen §§ 561, 581 Abs 2, 704 über das Selbsthilferecht des Vermieters, Verpächters und Gastwirts, §§ 859, 860, 865, 1029 über das Selbsthilferecht des Besitzers, § 910 über das Überhangsrecht, § 962 über das Verfolgungsrecht des Eigentümers und die §§ 867 u. 1005 über das Abholungsrecht.

§ 226

Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen[1])[2]).

M 1 274

1. **Verbot der Schikane.** Jedes subjektive Recht (Vorbem 1 vor § 241) hat das Bestreben, sich durchzusetzen, und es ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, daß, soweit jemand ein

Recht hat, er dieses auch in den gesetzmäßigen Schranken ausüben darf, und daß er zum Genusse aller Vorteile befugt ist, die er sich durch den gesetzmäßigen Gebrauch des Rechtes verschaffen kann (§§ 88, 90 Einl zum PrALR). Diesen Standpunkt vertritt auch das BGB, indem es freilich nur negativ ausspricht, welche Art der Rechtsausübung unstatthaft sei. Diese letztere Regel, das sog., zur Abwehr eines Unrechts dienende (RG 72, 254) Schikaneverbot, geht dahin, daß nur ein solcher Gebrauch des Rechtes unzulässig ist, der einzig und allein den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen (RG 68, 424). Aber unter solchen Voraussetzungen beabsichtigt der betreffende Rechtsinhaber in Wirklichkeit auch nicht eine Rechtsausübung, vielmehr bezweckt er die Schädigung eines andern, und das stellt einen vom höheren Standpunkte des Rechtes aus zu verwerfenden Mißbrauch der Befugnis dar. Entscheidend ist dabei nicht die bei der Rechtsausübung verfolgte Absicht, sondern der Zweck der Schadenszufügung (RG Warn 1912 Nr 10). Für das Vorhandensein eines solchen Mißbrauchs reicht es daher nicht aus, daß der Rechtsinhaber handelt, ohne einen besondern Vorteil für sich zu erstreben; denn auch eine solche Handlungsweise liegt noch innerhalb der Befugnis zur willkürlichen Rechtsausübung. Jedenfalls ist § 226 dann nicht anwendbar, wenn der Handelnde irgendein erkennbares Interesse hat, dem eine Berechtigung nicht abzusprechen ist (RG JW 05, 388[4]; RG 22. 3. 10 II 320/09 u. 16. 10. 11 V 163/11). Der Fall des § 226 ist mithin erst dann gegeben, wenn sich erweist, daß für den Handelnden jeder andere Zweck als der der Benachteiligung eines andern ausgeschlossen war (RG JW 05, 388[4]; RG 69, 380; Warn 09 Nr 188), oder wenn nach der objektiven Rechtslage kein anderer Beweggrund als der der Schadenszufügung gegeben sein kann (RG JW 07 S. 507[5] u. 527[39]; beispielsweise wenn die Abnahme eines bestellten Werkes wegen so geringfügiger Mängel verweigert wird, daß das gegen Treu und Glauben verstößt, RG 24. 1. 11 VII 284/10). Umgekehrt ist die Geltendmachung der im Eigentumsrechte liegenden Befugnisse und Ansprüche (§§ 903, 906) statthaft, selbst wenn sie nicht erfolgt, um nachteilige Einwirkungen Dritter zu verbieten (RG 54, 433; Warn 09 Nr 69). Und so ist auch die Zulässigkeit des Gebrauchs eines Wettbewerbsverbots nicht davon abhängig, daß der Berechtigte selbst ein Konkurrenzgeschäft betreibt (RG 47, 238). Ein genügendes Interesse ist auch dann anzuerkennen, wenn jemand zum allgemeinen Besten handelt; beispielsweise einem Patente gegenüber die Nichtigkeitsklage anstellt, um so im Interesse der Allgemeinheit die Nutzungsfreiheit für den durch das Patent geschützten Gegenstand zu gewinnen (RG 74, 209). Endlich ist es kein Rechtsmißbrauch, wenn ein Ehegatte gegen die Pfändung von Sachen eine ihm unter den besondern Umständen zustehende Widerspruchsklage erhebt, selbst wenn er nach § 1480 mit den Sachen haftet (RG 68, 424). Unstatthaft ist es daher auch nicht, wenn jemand eine Sache trotz Kenntnis vom älteren persönlichen Rechte eines Dritten erwirbt (RG 62, 137). Ersatzpflichtig macht er sich gegebenenfalls nur dann, wenn bei seiner Handlungsweise die Voraussetzungen des § 826 erfüllt sind, wozu subjektiv schon das Bewußtsein ausreicht, daß seine Handlung für den Dritten den schädlichen Erfolg haben werde (RG 62, 139). Unter Umständen kann § 226 auch dann in Frage kommen, wenn ein Verkäufer zur Beseitigung des Wandlungsbegehrens des Käufers sich zur Beseitigung der vorhandenen Mängel anheischig macht (RG 61, 94 unter Mitberücksichtigung der §§ 157, 242). Verneint ist anderseits die Anwendbarkeit des § 226 in den Fällen von RG 65, 10 und SeuffA 57 Nr 343. Ob jemand in Ausübung eines besondern Rechtes oder nur kraft der allgemeinen Freiheit zu erlaubten Handlungen gehandelt hat, macht für die Anwendung des § 226 keinen Unterschied, wie hier auch nicht die Frage nach den guten Sitten eine Rolle spielt (RG 58, 214). In RG 96, 184 ist der § 226 in einem Falle für anwendbar erachtet worden, wo der Beklagte, der zur Sicherung eines Darlehns Aktien mit bestimmten Nummern verpfändet hatte, demnächst, als er auf Bezahlung des Darlehns in Anspruch genommen wurde, Rückgabe der Aktien mit den nämlichen Nummern verlangte, wiewohl die Aktien inzwischen völlig wertlos geworden waren. — Das Verbot der Schikane hat im ganzen Rechtsgebiete Geltung (RG Gruch 51, 820) und dient keineswegs nur zur Abwendung eines Vermögensschadens (RG 72, 254). Insbesondere auch im Familienrechte. Daher könnte eine Ehefrau, die vom Ehemann auf Herausgabe eines Kindes belangt ist, unter Umständen mit Erfolg den Einwand aus § 226 erheben (RG JW 07, 6[6]). Der Vater darf die Betretung seines Gartens, in dem die Mutter seines Sohnes, mit dem er in Feindschaft lebt, beerdigt ist, seinem Sohne nicht schlechthin verbieten (RG 72, 253). Die Anwendbarkeit des § 226 ist auch bei Verletzung idealer Werte und Interessen gegeben (RG 72, 254). — Die Rechtsfolge des schikanösen Handelns gemäß § 226 ist, daß die Handlung als rechtswidrig anzusehen und daher die Abwehr nach § 227 statthaft, mit ihr zudem auch eine Voraussetzung für die Verpflichtung zum Schadensersatze gemäß § 823 Abs 1 u. 2 erfüllt ist, da der § 226 ein Schutzgesetz darstellt, und ferner auch eine Voraussetzung des § 826 gegeben ist, insofern als eine schikanöse Handlungsweise zugleich als eine unsittliche anzusehen ist (vgl. RG 62, 139). Bei dauerndem Eingreifen in ein Recht kann endlich der Anspruch auf Unterlassung gegeben sein (RG 72, 253).

2. Die Frage, ob das Schikaneverbot **von Amts wegen zu berücksichtigen** ist, dürfte insoweit zu verneinen sein, als der Richter nicht befugt ist, von Amts wegen tatsächliche Ermittlungen anzustellen. Keinesfalls aber ist nötig, daß der Einwand förmlich erhoben wird. Es muß für die Anwendung des § 226 durch den Richter vielmehr genügen, wenn die Partei die Art der Rechtsausübung im allgemeinen als unzulässig erklärt, und das Sachverhältnis für die Prüfung der Frage sonst ausreichende Unterlagen bietet.

§ 227

Eine durch Notwehr gebotene Handlung[1]) ist nicht widerrechtlich[2]).

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist[3]), um einen gegenwärtigen[4]) rechtswidrigen[5]) Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden[6])[7]).

E I 186 II 191; M 1 348 ff.; P 1 240 ff., 251.

1. **Notwehr.** Wie die Ausübung eines eignen Rechtes im allgemeinen zulässig ist (§ 226 A 1), so ist der Eingriff in einen fremden Rechtskreis grundsätzlich unzulässig. Ein Eingriff in ein fremdes Rechtsgebiet ist daher nur unter den vom Gesetze besonders anerkannten Voraussetzungen berechtigt (vgl. die in der Vorbem vor § 226 aufgeführten Einzelbestimmungen und § 904), während sonst stets eine Rechtswidrigkeit vorliegt, die den Handelnden verantwortlich macht, sei es zivilrechtlich, sei es strafrechtlich. Einen Ausnahmefall allgemeiner Art stellt das Recht der Notwehr im Sinne des § 227 dar. Das Gesetz geht davon aus, daß die Abwehr eines rechtswidrigen Angriffs selbst dann nicht widerrechtlich, mithin erlaubt ist, wenn die Abwehrhandlung ein fremdes Recht verletzt. Sonach nimmt aber das Gesetz rechtsgrundsätzlich auch die etwaige Zulässigkeit des selbständigen Rechtsschutzes an. Voraussetzung hierbei ist grundsätzlich, daß ein Fall wirklicher, also nicht nur vermeintlicher, nur irrtümlich (putativ) angenommener Notwehr vorliegt (RG Warn 1911 Nr 261; JW 1914, 587[4]), und daß also in Wirklichkeit, in Übereinstimmung mit § 53 StGB, a) ein rechtswidriger Angriff erfolgt ist (A 5); b) daß dieser ein „gegenwärtiger" war (A 4); c) daß die Verteidigungshandlung zur Abwendung des Angriffs „erforderlich" gewesen ist (A 3). Auch im Falle bloß vermeintlicher Notwehr kann jedoch der Täter haftfrei bleiben, nämlich dann, aber auch nur dann, wenn er infolge entschuldbaren tatsächlichen Irrtums angenommen hat, er befinde sich im Zustande der Notwehr (RG 88, 120). Darauf kommt es anderseits nicht an, ob der Wille des Handelnden ausschließlich auf die Verteidigung gerichtet war; berechtigte Notwehr kann vielmehr auch dann vorliegen, wenn der Handelnde zugleich Rache hat nehmen wollen (RG JW 1911, 578[12]).

2. **Nicht widerrechtlich.** Objektive Rechtswidrigkeit, um die es sich hier handelt, setzt ein Tun voraus, zu dem der Handelnde kein Recht hat, weder ein öffentlich-rechtliches noch ein privatrechtliches, weder ein gesetzliches Recht noch eine besondere Befugnis. Sie ist im allgemeinen eine Voraussetzung sowohl für die strafrechtliche Haftbarkeit des Täters wie für seine Verpflichtung zum Schadensersatze (§ 823). Dementsprechend hat regelmäßig schon das Nichtvorhandensein der Widerrechtlichkeit die Befreiung des Täters von jeder Art Haftbarkeit zur Folge. (Darüber, daß die privatrechtlichen Rechtsgrundsätze der §§ 227 ff. auch für das Strafrecht von Einfluß sind, vgl. RGSt 34, 295.) Das Nichtvorhandensein einer Widerrechtlichkeit bewirkt insbesondere auch, daß ein Handeln im Notwehrzustande nicht als verbotene Eigenmacht im Sinne des § 857 gelten kann. Demgemäß würde einem Besitzer, der die berechtigte Notwehrhandlung eines andern abwehren wollte, der § 859 Abs 1 nicht zur Seite stehen, vielmehr würde gerade er widerrechtlich handeln.

3. Welche Verteidigungsmaßregel zur Abwendung des Angriffs **erforderlich,** oder ob die tatsächlich ergriffene hierzu notwendig war, ist von Fall zu Fall nach der objektiven Sachlage zu beurteilen. So könnte sich grundsätzlich auch die vorsätzliche Tötung eines Menschen sogar einem Angriffe auf ein bloßes Vermögensobjekt gegenüber als eine notwendige Verteidigungsmaßregel darstellen. Denn das Gesetz macht in § 227 nicht zur Bedingung (wie in § 228), daß der durch die Notwehr bewirkte Erfolg dem drohenden Übel gegenüber kein unverhältnismäßig schlimmer sein darf. Auf die nur subjektiven Vorstellungen des Handelnden über das Maß der erforderlichen Verteidigung nimmt dagegen das BGB in keiner Weise Rücksicht. Es sieht vielmehr ausschließlich die zur Abwehr nach den Umständen des Falles an sich erforderliche Handlung als statthaft an, und daher stellt auch der sog. Exzeß der Notwehr, falls der Täter aus Bestürzung, Furcht, Schrecken (§ 53 Abs 3 StGB) oder Irrtum (§ 59 StGB) über die Grenzen der an sich erforderlichen Verteidigung hinausgeht, nach dem Zivilgesetze stets eine Widerrechtlichkeit (RG Warn 1911 Nr 261) und einen rechts-

widrigen Angriff dar (RG JW 1911, 578[12]), während anderseits die Berechtigung der Notwehrhandlung nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Angegriffene sich zu ihr entschloß, wiewohl er die wirkliche Gefährlichkeit des Angriffs nicht eingesehen, sondern unterschätzt hatte (RG 84, 306). Es ist also nur entscheidend, ob an sich die Voraussetzungen der Notwehr gegeben waren. — Ob der Exzeß auch die Verpflichtung zum Schadensersatze ersatze begründet, ist lediglich nach den Grundsätzen von unerlaubten Handlungen zu beurteilen (§§ 823ff.); es würde daher regelmäßig noch ein Verschulden hinzukommen müssen (RG JW 02 Beil 192; 1911, 578[12]). Der Täter bleibt also haftfrei, wenn er die Grenzen der Notwehr infolge entschuldbaren tatsächlichen Irrtums überschritten hat (RG 88, 120; JW 1914, 587[4]).

4. **Gegenwärtig** ist ein Angriff, sobald er begonnen hat (ohne daß es bereits zur wirklichen Verletzung gekommen sein muß; RG Warn 1911 Nr 316), und solange der Angriff noch nicht aufgegeben, fehlgeschlagen oder durchgeführt, mithin noch nicht beendigt ist (RGSt 29, 240 und RG JW 1912, 136[8]; Warn 1911 Nr 261). Begonnen haben kann der tätliche Angriff schon damit, daß der Angreifer auf den Gegner losgeht, um ihn zu mißhandeln (RG Warn 1911 Nr. 316). Beendigt ist der Angriff bei einer Mehrheit von Angreifern erst dann, wenn sich sämtliche bereits zur Flucht gewandt haben (RG JW 06, 297[1]); dagegen ist der Angriff noch nicht beendigt, falls jemand (ein Wilderer) auf einen andern (den Förster) geschossen hat, solange noch die Abgabe eines weiteren Schusses zu besorgen ist (RG 10. 12. 06 VI 142/06). Ein bereits vollzogener oder abgeschlossener Angriff genügt für den Tatbestand erlaubter Notwehr nicht (RG JW 05, 14[6]; ferner 06, 297[1]).

5. **Rechtswidrig** muß der **Angriff** gewesen sein (RG JW 06, 297[1]; 1912, 136[8]). Das trifft, wie schon unter A 1 bemerkt, bei Angriffen auf fremde Rechtsgüter regelmäßig zu, und ist nur ausgeschlossen, wenn ein besonderer Rechtfertigungsgrund für den Angriff gegeben war, wie beim Handeln kraft amtlicher Befugnis (Vollstreckungsmaßregeln des Gerichtsvollziehers), kraft väterlicher Gewalt, auf Grund eines Züchtigungsrechts, auf Grund eines Privatpfändungsrechts (EG Art 89), oder auf Grund eines Notstandes im Sinne der §§ 228 u. 904. Angreifer kann nur eine Person, natürliche oder juristische, sein. Daß der rechtswidrige Angriff auch ein schuldhafter sei, verlangt das Gesetz nicht. Daher kann die Notwehrhandlung auch einem Kinde oder einem Geisteskranken, ferner demjenigen gegenüber statthaft sein, der sich zufolge Irrtums, beispielsweise ein Polizeiorgan (aber vgl. RGSt 22, 300; 25, 152), zum Angriffe für berechtigt hielt. Offenbar geht das Gesetz von der Schutzbedürftigkeit des Interesses, nicht aber auch von der Verantwortlichkeit des Angreifenden aus (RGSt 27, 44). Eine Sache, ein Tier insbesondere vermag wohl einer Person als Mittel zu einem Angriffe zu dienen, kann aber niemals selbst als das Subjekt des Angriffs in Betracht kommen (hinsichtlich des Tieres streitig). Es ist schon ausgeschlossen, hinsichtlich eines Tieres von einer Rechtswidrigkeit des Angriffs zu reden. Einer Sache gegenüber kann es sich nur um Notstand (§ 228) handeln (RG 71, 242). Da im Falle echter Notwehr zur Verteidigung auch ein angriffsweises Vorgehen erforderlich sein kann, und ein derartiger Angriff alsdann keine Widerrechtlichkeit bedeuten würde, so folgt, daß gerade die Abwehr auch einer derartigen Verteidigungsmaßregel als eine widerrechtliche gelten müßte. „Notwehr gegen (echte) Notwehr" ist somit ausgeschlossen.

6. **Gegenstand des Angriffs** kann jedes rechtlich geschützte Interesse sein, wie Eigentum, auch Besitz, Freiheit, Ehre, Gesundheit (RGSt 21, 170; 29, 240), unter Umständen auch ein bloßes Vertragsrecht, so das auf Unterlassung einer Handlung (oder beispielsweise der Schuldner, der dem Gläubiger eine bestimmte Sache zu gewähren verpflichtet ist, will die Erfüllbarkeit des Anspruchs durch Zerstörung der Sache vereiteln). Notwehr einer Zeitung durch Erklärungen in ihr gegenüber ehrverletzenden Angriffen in einer andern Zeitschrift ist denkbar und zulässig (RG JW 1915, 913[3]). Nötig ist auch nicht, daß ein Gut des Handelnden selbst angegriffen ist; die Notwehr wird vielmehr ausdrücklich auch zum Schutze fremder Interessen („von einem andern") für statthaft erklärt (RG Warn 1913 Nr 102: Fall der Nothilfe).

7. **Beweislast.** Die Behauptung der Notwehr enthält nicht ein Leugnen des Klagegrundes, sondern einen selbständigen Einwand, durch den die Rechtswidrigkeit des Tuns ausgeschlossen werden soll. Der Beweis liegt daher dem die Notwehr geltend machenden ob (RG JW 03 Beil 54 Nr 125 und Gruch 51, 907). Bei nur vermeintlicher Notwehr (Putativnotwehr, A 1, 3) sowie bei Überschreitung der Notwehr hat der Täter, um seine Schadensersatzpflicht zu widerlegen, auch die Entschuldbarkeit seines Irrtums nachzuweisen (RG 88, 120). Auch im Falle vorsätzlicher Tötung oder Körperverletzung braucht nicht der Berechtigte zur Begründung seines Schadensersatzanspruchs die Widerrechtlichkeit nachzuweisen, vielmehr hat der andere den Nachweis für die Nichtwiderrechtlichkeit seines Tuns zu erbringen (RG JW 07, 188[20]).

§ 228

[1]) **Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört[2]), um eine durch sie drohende Gefahr[3]) von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich[4]), wenn die Beschädigung oder die Zerstörung zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist[5]) und der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht[6]). Hat der Handelnde die Gefahr verschuldet, so ist er zum Schadensersatze verpflichtet[7])[8]).**

E I 187 II 129; M 1 340 ff.; P 1 251 ff.; 6 212 ff.

1. Das BGB kennt den **privatrechtlichen Notstand,** verneint die Widerrechtlichkeit einer Notstandshandlung und erklärt damit den mittels einer Notstandshandlung bewirkten Eingriff in ein fremdes Rechtsgebiet ebenfalls als statthaft (§ 227 A 1). Die Voraussetzungen des zivilrechtlichen Notstands sind: a) daß „durch" eine Sache eine Gefahr droht, sei es dem Handelnden selbst, sei es einem andern (A 3); b) daß die Beschädigung oder Zerstörung der Sache zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist (A 2); c) daß der Schaden nicht außer Verhältnis zu der Gefahr steht (A 6). — Von Erheblichkeit ist die Abgrenzung des § 228 gegenüber dem § 904. Auch dieser erklärt es für statthaft, auf eine fremde Sache, selbst wider das Verbot des Eigentümers, einzuwirken, wenn solches zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr erforderlich ist. Aber er setzt nicht ebenfalls voraus, daß die Gefahr „durch" die fremde Sache droht, fordert jedoch anderseits, daß der abzuwendende Schaden unverhältnismäßig größer ist als der durch die Einwirkung entstehende, und gibt schließlich dem Eigentümer einen unbedingten Anspruch auf Schadensersatz. Die innerliche Verschiedenheit dieses Falles von dem des § 228 liegt wesentlich darin, daß der Täter hier im Verteidigungszustande handelt, gemäß § 904 aber das fremde Gut angriffsweise verletzt (RG 88, 214; 71, 242).

2. Die Notstandshandlung stellt gewissermaßen eine Notwehrhandlung gegenüber Tieren und leblosen Sachen dar (§ 227 A 5) und besteht in **Beschädigung oder Zerstörung der die Gefahr verursachenden fremden Sache;** möglicherweise auch einer vorerst noch herrenlosen (Wild), falls nämlich an ihr einem andern das Aneignungsrecht zusteht (Jagdrecht). Ein Notstandsexzeß würde vorliegen, wenn der Täter außer der gefährlichen Sache auch noch eine andere beschädigen wollte. Eine Notstandshandlung gegenüber einer Person ist hier, abweichend von § 54 StGB, ausgeschlossen.

3. **Durch die Sache** muß die Gefahr drohen. Die Sache selbst muß also unmittelbar die Gefahr schaffen. Das trifft beispielsweise nicht zu, wenn der Sturm das Schiff gegen eine fremde Sache treibt, weil hier die Gefahr nicht von der fremden Sache, sondern vom Sturme herbeigeführt ist (RG 88, 214). Auch dann nicht, wenn der Eigentümer einen unterhalb seines Grundstücks befindlichen fremden Damm durchsticht, um die sich oberhalb des Dammes anstauenden Wasser ablaufen zu lassen; die Gefahr war hier unmittelbar durch die Wassermassen verursacht, dagegen nicht durch den Damm, der zuvor selbst nur ein Schutzmittel dargestellt, aber keine Gefahr begründet hatte (RG 71, 240). Die Voraussetzung der Unmittelbarkeit fehlt auch dann, wenn die Sache nur deshalb gefährlich ist, weil sie in dem gegebenen Zeitpunkte von einer Person in gefahrdrohender Weise verwendet wird. Falls A auf B schießen will, entsteht die Gefahr nicht durch die von A benutzte Flinte, sondern durch die Handlungsweise des A; falls aber A etwa seinen brennenden Benzinmotor im Gebäude des B stehenläßt, geht fortan die Gefahr von dem Motor aus. Wenn endlich A seinen Hund auf B hetzt, dürfte sowohl der Tatbestand der Notwehr wie der des Notstandes vorliegen. Das Tier dient in solchem Falle einmal einer Person als Werkzeug für ihren Angriff, daneben aber ist es auch selbsttätig (durch sich) gefahrdrohend. Bei der Frage, ob die Gefahr durch die Sache selbst drohte, ist im allgemeinen eine enge Auslegung geboten (RG JW 09, 387[3]). Es genügt, daß die Gefahr **droht,** also schon unmittelbar bevorsteht, ohne sich schon gegenwärtig zu äußern (RG 12, 137; anders bei der Notwehr). Man braucht nicht erst die Verwirklichung der Gefahr abzuwarten. Anderseits muß diese schon wirklich bestehen, und es reicht nicht schon die bloße Möglichkeit des künftigen Eintritts einer Gefahr aus.

Auf die **Art des gefährdeten Rechtsguts** kommt es (anders gemäß § 54 StGB) ebensowenig hier wie im Falle des § 227 an (vgl. dort A 6). Auch das dem dinglichen Rechte selbst vergleichbare ausschließliche Aneignungsrecht ist ein geschütztes Rechtsgut. Daher das Recht des Jagdberechtigten zur Tötung wildernder Hunde (RGSt 34, 295). Ferner sind auch ideelle Werte und Interessen (die Ehre) schutzwürdig (RG 72, 254). Erforderlich ist auch nicht, daß das eigene Interesse bedroht ist. Auch ein Dritter darf daher die Notstandshandlung vornehmen.

4. **Nicht widerrechtlich** vgl. § 227 A 2. Bedingung für die Zulässigkeit einer Notstandshandlung ist nicht, daß der Notstand ein unverschuldeter war (vgl. indessen unten

A 7). Darin ist der privatrechtliche Notstand von dem strafrechtlichen nach § 54 StGB wesentlich verschieden. Bedingung ist auch nicht, daß der Täter gerade den Vorsatz hatte, eine Notstandshandlung vorzunehmen. Darüber, ob eine solche vorliegt, kann vielmehr schon der sachliche Tatbestand entscheidend sein. Zu der Annahme, daß die Handlung auch wirklich bewußt in der Absicht vorgenommen sein muß, die Gefahr abzuwenden (Planck A 1d), liegt wohl kein zwingender Anlaß vor, wenngleich das Gesetz seinem Wortlaute nach von dem regelmäßigen Falle ausgeht, daß zum Zwecke der Abwendung der Gefahr gehandelt worden ist. Vgl. § 327 A 1 und das dort angeführte Urteil (RG 84, 306). Aber umgekehrt kann dem Täter auch sein guter Glaube an das Vorhandensein eines Notstandes oder sein Irrtum in dieser Hinsicht nicht zugute kommen. Die nur vermeintliche Notstandshandlung ist ebenso rechtswidrig wie die nur vermeintliche Notwehr, so daß die Schadensersatzpflicht auch hier nur noch von dem Vorhandensein eines Verschuldens abhängig sein kann (vgl. § 227 A 1).

5. **Erforderlich** ist, daß die betreffende Maßregel zur Abwendung der Gefahr nötig war. In dieser Hinsicht gilt entsprechend das zu § 227 unter A 3 Gesagte.

6. Ob der durch die Notstandshandlung bewirkte **Schaden außer Verhältnis zu der Gefahr** steht, mithin ganz beträchtlich den Wert des geschützten Interesses (A 3 a. E.) übersteigt (anders der Maßstab des § 904), läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen. Entscheidend ist schließlich das freie richterliche Ermessen, das, wofern Rechtsgüter von verschiedenartiger Natur in Betracht kommen, in erster Linie auch ein der allgemeinen Anschauung entsprechende Wertverhältnis der Güter zueinander zu berücksichtigen, dabei aber auch das besondere Interesse der Beteiligten in Anschlag zu bringen haben wird. An erster Stelle wird regelmäßig das Leben einer Person stehen. Ist der durch die vermeintliche Notstandshandlung bewirkte Schaden beträchtlich höher, dann liegt höchstens eine bloße Putativ-Notstandshandlung, mithin eine widerrechtliche Handlung vor (§ 227 A 1). Und nur hinsichtlich der Frage nach der Schadensersatzverpflichtung kann es in Fällen gedachter Art darauf ankommen, ob der tatsächliche Irrtum des Handelnden geeignet war, sein gemäß § 823 erforderliches Verschulden auszuschließen.

7. Wirklich vorhandener, aber **selbstverschuldeter Notstand**. Eine wesentliche Abweichung von den Grundsätzen der Notwehr (§ 227 A 2) besteht beim Notstande insofern, als bei der Notstandshandlung die Verpflichtung zum Schadensersatze durch den Mangel der Rechtswidrigkeit nicht unbedingt ausgeschlossen ist. Nach Satz 2 tritt diese Verpflichtung vielmehr grundsätzlich schon dann ein, wenn der Handelnde den Notstand verschuldet hat, wiewohl die Notstandshandlung dadurch noch nicht zu einer rechtswidrigen wird. (Fälle, in denen eine Schadensersatzpflicht trotz fehlender Rechtswidrigkeit anerkannt ist, enthalten sonst noch die §§ 904, 962, 867, 1005).

8. Über die **Beweislast** vgl. § 227 A 7.

§ 229

Wer zum Zwecke der Selbsthilfe¹) eine Sache wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder wer zum Zwecke der Selbsthilfe einen Verpflichteten, welcher der Flucht verdächtig ist, festnimmt oder den Widerstand des Verpflichteten gegen eine Handlung, die dieser zu dulden verpflichtet ist, beseitigt²), handelt nicht widerrechtlich³), wenn obrigkeitliche Hilfe⁴) nicht rechtzeitig zu erlangen ist und ohne sofortiges Eingreifen die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Anspruchs⁵) vereitelt oder wesentlich erschwert werde⁶)⁷).

E I 189 II 193 Abs 1; M 1 354 ff.; P 1 241 ff.

1. Während die §§ 227, 228 nur die Befugnis zur Verteidigung eines gefährdeten Rechtsguts gewähren, indessen ohne Rücksicht darauf, ob der Handelnde selbst oder ein anderer der Inhaber des Rechtsguts ist, hat der § 229 ein Handeln *auf Grund eines subjektiven Rechtes* (§ 241 A 2), alsdann aber nicht ein abwehrendes, sondern ein angriffsweises Vorgehen behufs Verwirklichung der Rechtsbefugnis im Auge. Im übrigen ist dem § 229 mit den §§ 227 u. 228 der Gedanke gemeinsam, daß der einzelne im Interesse der Rechtssicherheit bei drohender Rechtsgefährdung unter Umständen, ohne auf die Staatshilfe angewiesen zu sein, zum Selbsthandeln befugt ist. Daß der Berechtigte ohne sein Verschulden in die gefährliche Lage gekommen ist, setzt das Gesetz nicht voraus, und die Handlung wird auch nicht dadurch zu einer widerrechtlichen, daß dem Berechtigten bei seinem Tun das Bewußtsein dessen fehlte, daß er zu seiner Handlungsweise gemäß § 229 befugt war. Entscheidend ist auch hier der objektive Tatbestand. Vgl. § 227 A 3, § 228 A 4.

2. **Gestattet ist die Wegnahme, Zerstörung oder Beschädigung** einer Sache (§ 90), ohne daß es auf die Natur der Sachen anzukommen scheint. Unzweifelhaft sind indessen solche Sachen,

welche auch vom Vollstreckungsbeamten für den Gläubiger nicht in Anspruch genommen werden könnten (§ 811 ZPO), der Ausübung des Selbsthilferechts ebenfalls entzogen (vgl. **RG**St 33, 248). Die Befugnis zur Einwirkung auf Sachen beschränkt sich anderseits nicht unbedingt auf Maßregeln in Ansehung der dem Verpflichteten selbst gehörigen Sachen (a. A. Staudinger A 5a). Denn unter den gleichen Voraussetzungen, unter denen eine fremde Sache im Wege staatlicher Hilfe in Anspruch genommen werden könnte, muß dies auch bei Ausübung der Selbsthilfe statthaft sein. Wie daher gemäß § 808 ZPO auch die Pfändung einer dem Schuldner zwar nicht gehörigen, aber in seinem Gewahrsame befindlichen Sache zulässig und rechtswirksam ist, so kann es ebensowenig widerrechtlich sein, wenn der Berechtigte unter eben jenen Voraussetzungen im Wege der Selbsthilfe dem Verpflichteten eine fremde Sache wegnimmt. A. A. Planck A 3a. Weiß freilich der Berechtigte, daß die Sache eine fremde ist, dann handelt er zweifellos widerrechtlich, weil er an sich nur aus dem Vermögen des Schuldners Befriedigung suchen darf. Das Selbsthilferecht wäre unter Umständen überhaupt vereitelt, falls dem Handelnden grundsätzlich erst die Prüfung zugemutet würde, ob die im Gewahrsam des Schuldners befindliche Sache diesem auch gehört. Wollte beispielsweise der Schuldner auf einem Kraftfahrzeuge seine Flucht bewerkstelligen, so müßte sein Gläubiger, falls sich kein anderes Mittel, die Flucht zu hindern oder die Zahlung zu erwirken, bietet, doch auch zur Wegnahme des Fahrzeugs befugt sein, wenn er es nur als seinem Schuldner gehörig ansieht (vgl. M 1, 355). Das Selbsthilferecht besteht auch nur im Verhältnisse vom Berechtigten zum Verpflichteten, und daher muß auch die Frage, ob seine Ausübung im gegebenen Falle gerechtfertigt war oder nicht, wesentlich aus eben jenem Verhältnisse geprüft werden. Selbstverständlich verbleibt dem Eigentümer der in Anspruch genommenen Sache der Eigentumsanspruch aus § 985, oder der Bereicherungsanspruch aus den §§ 812ff., der Anspruch auf Schadensersatz endlich mindestens dann, wenn der Berechtigte von dem fremden Eigentumsrecht gewußt hat oder nur aus Fahrlässigkeit Kenntnis nicht gewonnen hat (§ 276). Zweifelhaft kann sein, ob hier auch eine entsprechende Anwendung des § 231 statthaft wäre. — Die **Befugnis zur Festnahme** der Person entspricht dem persönlichen Sicherungsrechte der §§ 918, 933 ZPO; die **Befugnis zur Beseitigung des Widerstandes** derjenigen aus § 892 a. a. O.

3. Über die Folgen des **Ausschlusses der Widerrechtlichkeit** vgl. § 227 A 2.

4. **Obrigkeitliche Hilfe.** Im allgemeinen ist der einzelne, falls sich sein Anspruch nur im Wege des Zwanges durchsetzen läßt, auf die Hilfe der staatlichen Organe angewiesen, die in den von der Rechtsordnung vorgeschriebenen Formen einzuschreiten verpflichtet sind. Falls jedoch ihr Einschreiten nicht rechtzeitig zu erlangen ist, oder falls die staatliche Mitwirkung zu Unrecht abgelehnt wird, ist der Fall erlaubter Selbsthilfe gegeben. Wurde die Staatshilfe mit Recht versagt, so wird zu unterscheiden sein, aus welchem Grunde es erfolgte. Geschah es wegen Mangels eines rechtsbeständigen Anspruchs, oder auch nur, weil dieser durch Einrede (§§ 273, 320) beeinträchtigt war, so kann auch von einem Selbsthilferecht selbstverständlich keine Rede sein. Geschah es aus Gründen, die bloß in einem Mangel der Antragstellung lagen, und war zu ihrer Verbesserung keine hinreichende Zeit mehr vorhanden, so scheint es billig, das Recht zur Selbsthilfe zuzugestehen. Streitig. — Als staatliche Maßregeln kommen hier insbesondere in Betracht die Anordnung des Arrestes oder einer einstweiligen Verfügung (§§ 916, 935ff. ZPO).

5. Über den Begriff **Anspruch** vgl. § 194 A 1. In Betracht kommen kann nur ein durch Klage geschützter Anspruch, nicht auch ein unvollkommener, der höchstens einwandweise geltend zu machen ist (vgl. § 134 A 4); denn in solchen Fällen wäre auch für die staatliche Hilfe kein Raum. Auch bedingte wie betagte Ansprüche sind vollkommene im angegebenen Sinne (vgl. Vorbem 5 vor § 158). Die Wegnahme von Sachen darf auch lediglich zum Zwecke der Sicherung der Beweisführung erfolgen (**RG** 64, 385). Steht das Recht zur Selbsthilfe grundsätzlich auch nur dem Rechtsinhaber selbst zu, zum Schutze eines eigenen Anspruchs, so kann doch die Befugnis seines Vertreters, anstatt seiner zu handeln, auch hier nicht ausgeschlossen sein. Auch die Unterstützung durch andere ist zulässig (M 1, 356). Auch eine auftragslose Geschäftsführung dürfte (entgegen der früheren Ansicht des Kommentars) eine ausreichende Grundlage bieten (streitig). Das Gesetz gestattet auch in den Fällen der §§ 227, 228 den Schutz fremder Interessen. Freilich handelt der auftragslose Geschäftsführer wie sonst (§ 179) so auch hier zunächst auf seine Gefahr.

6. Ausreichend ist schon eine **wesentliche Erschwerung der Verwirklichung des Anspruchs.** Daher ist nicht Voraussetzung, daß die Durchsetzung des Anspruchs durch das Verhalten des Verpflichteten ein für allemal ausgeschlossen werden würde. Es genügt vielmehr schon eine durch die wesentliche Verzögerung der Durchsetzbarkeit des Anspruchs begründete Erschwerung. Mithin kann auch schon das Vorhaben des Verpflichteten, sich nur einstweilen durch Flucht zu entziehen, einen genügenden Grund zum sofortigen Einschreiten bieten. Erforderlich ist auch nicht, daß ohne die Selbsthilfe die Erfüllung des Anspruchs bestimmt vereitelt oder erschwert sein würde. Es genügt vielmehr schon die entsprechende

Gefahr. Unbedingtes Erfordernis ist endlich auch nicht, daß die Selbsthilfe zutreffendenfalls zur Sicherung der gerade geschuldeten Leistung dient. Es reicht in dieser Hinsicht vielmehr aus, wenn etwa an Stelle der eigentlich geschuldeten Leistung eine Ersatzleistung gesichert werden könnte, wie die Gewährung von Schadensersatz oder die Befriedigung im Wege der Aufrechnung.

7. Über die **Beweislast** vgl. § 227 unter A 7.

§ 230

Die Selbsthilfe darf nicht weiter gehen, als zur Abwendung der Gefahr erforderlich ist[1].

Im Falle der Wegnahme von Sachen ist, sofern nicht Zwangsvollstreckung erwirkt wird, der dingliche Arrest zu beantragen[2].

Im Falle der Festnahme des Verpflichteten ist, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, der persönliche Sicherheitsarrest bei dem Amtsgerichte zu beantragen, in dessen Bezirke die Festnahme erfolgt ist; der Verpflichtete ist unverzüglich dem Gerichte vorzuführen[2].

Wird der Arrestantrag verzögert oder abgelehnt, so hat die Rückgabe der weggenommenen Sachen und die Freilassung des Festgenommenen unverzüglich zu erfolgen[3].

E I 189 II 194; M 1 354 ff.; P 1 243 ff.

1. **Grenzen** der Selbsthilfe entsprechend §§ 803, 918 ZPO. Vgl. **RG** JW 03 Beil 134 Nr 297.

2. Abs 2 u. 3 geben **Verhaltungsmaßregeln für das weitere Verhalten des Täters nach Ausübung** der Selbsthilfe. Das Verfahren richtet sich in allen diesen Fällen nach der ZPO. Die Notwendigkeit zur Beantragung der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes wird indessen nicht immer vorliegen. Nämlich dann nicht, wenn es sich bei der Wegnahme einer Sache überhaupt nicht um eine bloße Sicherungsmaßregel, sondern um die Wiederherstellung des bereits verletzten Rechtes selbst gehandelt hat. Das träfe beispielsweise zu, wenn der Eigentümer einer Sache diese dem Diebe, oder wenn der Pfandbesitzer die ihm verpfändete Sache dem Verpfänder, der sie widerrechtlich fortnahm, im Wege der Selbsthilfe wieder abgenommen hätte. Bei Personen ist der Sicherheitsarrest nach § 918 zu beantragen, und zwar unverzüglich (§ 121).

3. Die Verzögerung sowohl der Antragstellung wie der **Herausgabe** oder der Freilassung würde eine Rechtswidrigkeit bedeuten und im Falle Verschuldens die Verpflichtung zum Schadensersatze nach sich ziehen (§ 286).

§ 231

Wer eine der im § 229 bezeichneten Handlungen in der irrigen Annahme vornimmt, daß die für den Ausschluß der Widerrechtlichkeit erforderlichen Voraussetzungen vorhanden seien, ist dem anderen Teile zum Schadensersatze verpflichtet, auch wenn der Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit beruht[1].

E II 195; P 1 244.

1. Das Eigenartige dieser Bestimmung, die voraussetzt, daß die objektiven Voraussetzungen der Selbsthilfe nicht gegeben waren, liegt darin, daß sie eine **Verpflichtung zum Schadensersatze ohne Rücksicht auf Verschulden** begründet, da nach dem Gesetze der Täter, der das Vorhandensein der Voraussetzungen der Selbsthilfe gemäß § 229 nur irrtümlich angenommen hat, selbst dann haftbar ist, wenn sein Irrtum nicht auf Fahrlässigkeit (§ 276 Abs 1) beruhte, während die Haftung aus § 823 grundsätzlich Verschulden voraussetzt (**RG** 60, 345). Daß im Falle bewußt widerrechtlichen Handelns gehaftet wird, ist dem Gesetze selbstverständlich. Allerdings ist für die Haftung anderseits stets Bedingung, daß die Handlungsweise des Täters eine objektiv widerrechtliche war, und daß sie sich also auch nicht aus einem andern Grunde als dem des Selbsthilferechts als statthaft erweist. Die Vorschrift des § 231 muß Anwendung finden, gleichgültig, ob es sich um einen tatsächlichen Irrtum oder um einen Rechtsirrtum handelt, ob ferner der Irrtum die Befugnis zum Handeln überhaupt oder nur die Zulässigkeit zur Vornahme der getroffenen besondern Maßregel betroffen hat. Auch die infolge eines Irrtums begangene Überschreitung der Selbsthilfe würde mithin unter § 231 fallen. Eine Befreiung von der Schadensersatzpflicht könnte sich nur aus § 827 ergeben.

Siebenter Abschnitt

Sicherheitsleistung

Die Rechtsordnung bietet nicht nur diejenigen Mittel, die zur Wiederherstellung eines verletzten Rechtes oder zur Verwirklichung eines bereits durchführbaren Anspruchs dienen; im Interesse der Rechtssicherheit sieht sie vielmehr auch solche Maßregeln vor, die schon der Gefahr einer künftigen Rechtsverletzung oder Benachteiligung vorzubeugen geeignet sind. Für den Gläubiger kann eine Gefahr der bezeichneten Art daraus erwachsen, daß sein Anspruch zur Zeit, weil betagt oder bedingt, noch nicht durchführbar ist, während zugleich die Besorgnis besteht, daß er zur Zeit der Fälligkeit sich nicht mehr werde durchführen oder verwirklichen lassen. Für den Schuldner anderseits können Nachteile gerade daraus drohen, daß es dem Gläubiger unter Umständen gestattet wird, einen noch nicht fälligen oder noch ungewissen Anspruch geltend zu machen. Demgemäß geben vorbeugende Sicherungsmittel sowohl das Prozeßrecht (in der Feststellungsklage § 256, in der Klage auf künftige Leistung § 259, im Arreste und der einstweiligen Verfügung nach den §§ 916—945 ZPO) wie auch das materielle Recht. Hier kommen insbesondere in Betracht: Die Sicherungsleistung im Sinne des vorliegenden Abschnitts, die grundbuchlichen Eintragungen, wie Eintragung einer Vormerkung nach §§ 883 ff. und eines Widerspruchs nach § 899, die Rechnungslegung (§§ 666, 681, 740); vgl. ferner die §§ 1960 und 1993 (Inventarpflicht). Unter welcher Voraussetzung die Sicherung, sei es vom Gläubiger, sei es vom Schuldner, verlangt werden kann, darüber enthält das Gesetz keine allgemeinen Bestimmungen. Es ist deshalb auf die einschlägigen Sonderbestimmungen zu verweisen, einerseits die §§ 52, 257, 775 Abs 2, 843 Abs 2, 867, 1039, 1391, 1580, 1688, 1844, 1986, 2128, 2217 Abs 2 und anderseits die §§ 273, 509, 262. Außer auf Gesetz kann die Verpflichtung zur Sicherung auch auf Verträgen beruhen. Als ein derartiges Sicherungsmittel kommt die Vertragsstrafe nach den §§ 339 ff. in Betracht.

§ 232

[1]) **Wer Sicherheit zu leisten hat, kann dies bewirken**
durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren,
durch Verpfändung von Forderungen, die in das Reichsschuldbuch oder in das Staatsschuldbuch eines Bundesstaats eingetragen sind,
durch Verpfändung beweglicher Sachen,
durch Bestellung von Hypotheken an inländischen Grundstücken,
durch Verpfändung von Forderungen, für die eine Hypothek an einem inländischen Grundstücke besteht, oder durch Verpfändung von Grundschulden oder Rentenschulden an inländischen Grundstücken[2]).

Kann die Sicherheit nicht in dieser Weise geleistet werden, so ist die Stellung eines tauglichen Bürgen zulässig[1]).

E I 199 II 196; M 1 387 ff.; P 1 264 ff.; 6 384.

1. Das Recht auf Sicherheitsleistung enthält einen klagbaren Anspruch. Nach richtiger Ansicht muß der Gläubiger dabei dem Schuldner überlassen, in welcher nach dem Gesetze überhaupt statthaften Weise er seiner Verpflichtung genügen will. Das Gesetz stellt dem Verpflichteten ausdrücklich eine Mehrheit von Sicherungsmitteln zur Auswahl. In erster Linie läßt es freilich nur die **Sachsicherung** zu, wie sie im Abs 1 vorgesehen ist, während die Befugnis aus Abs 2, einen Bürgen zu stellen, nur dann zustehen soll, wenn der Verpflichtete in der in Abs 1 beschriebenen Art Sicherheit nicht leisten kann. — Die Bestimmungen dieses Abschnitts greifen nur Platz, wo es sich um eine Sicherheitsleistung aus materiell-rechtlichen Gründen handelt, dagegen nicht, falls eine Sicherheitsleistung nach den Bestimmungen der ZPO in Frage steht. Hier ist sie nach § 108 ZPO zu bestimmen (**RG** JW 01, 505[5]).

2. Gesetzliche **Sicherungsmittel.** Über Geld vgl. § 244; über Wertpapiere die §§ 234, 793—808; s. auch die §§ 233—235; über die Tauglichkeit der bezeichneten Buchforderungen vgl. § 236, über die Einrichtung des Reichsschuldbuchs die RGes. v. 31. 5. 91, 28. 6. 04, 6. 5. 1910; über Verpfändung beweglicher Sachen die §§ 1204 ff., 237; über Bestellung von Hypotheken die §§ 1112 ff., 238; über die Verpfändung von Rechten die §§ 1237 ff. Welche Anforderungen an die Sicherheit der zu begründenden Hypothek zu stellen sind, sagt das Gesetz nicht; es wird daher diejenige Sicherheit zu verlangen sein, die § 238 für den Fall der Verpfändung einer hypothekarisch gesicherten Forderung vorschreibt. — Forderungen anderer Art als eingetragene Buchforderungen können überhaupt nicht Mittel der Sicherheitsleistung sein. Über die Tauglichkeit des Bürgen als Sicherungsmittel vgl. § 239. — Unbedingt unzulässig ist dies Mittel im Falle der §§ 278 Abs 3, 1218 Abs 1.

§ 233

Mit der Hinterlegung erwirbt der Berechtigte ein Pfandrecht an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Wertpapieren[1]) und, wenn das Geld oder die Wertpapiere nach landesgesetzlicher Vorschrift in das Eigentum des Fiskus oder der als Hinterlegungsstelle bestimmten Anstalt übergehen, ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung[2]).

E I 200 II 197; M 1 390; P 1 266; 6 143.

1. Das an dem hinterlegten Gelde oder an den hinterlegten Wertpapieren bestehende **gesetzliche Pfandrecht** gewährt die Rechte aus den §§ 1204ff. und 1292ff.; es ist dem rechtsgeschäftlich begründeten gemäß § 1257 gleichzustellen. Entsteht das Pfandrecht auch an unbefugt hinterlegtem, fremdem, dem Hinterleger nicht gehörigem Gelde und ohne Rücksicht auf guten Glauben? Wohl zu bejahen; aber streitig. Der vom gesetzlichen Pfandrechte des Vermieters handelnde § 529 beschränkt zwar das Recht ausdrücklich in bezug auf Sachen „des Mieters". Der § 233 macht aber eine derartige Einschränkung nicht. — Gemäß Art 144 EG ist die Einrichtung von Hinterlegungsstellen dem Landesgesetze überlassen, das insbesondere auch über die sachliche und örtliche Zuständigkeit zu bestimmen hat.

2. Vgl. § 372 A 1. Die Vorschrift des § 233 greift Platz auch bei der prozessualen Sicherheitsleistung (RG JW 1914, 466[6]).

§ 234

Wertpapiere sind zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie auf den Inhaber lauten, einen Kurswert haben und einer Gattung angehören, in der Mündelgeld angelegt werden darf. Den Inhaberpapieren stehen Orderpapiere gleich, die mit Blankoindossament versehen sind.

Mit den Wertpapieren sind die Zins-, Renten-, Gewinnanteil- und Erneuerungsscheine zu hinterlegen.

Mit Wertpapieren kann Sicherheit nur in Höhe von drei Vierteilen des Kurswerts geleistet werden[1]).

E I 201 II 198; M 1 390; P 1 256 ff.; 4 570, 607; 6 143.

1. Über **Wertpapiere** und **Orderpapiere** vgl. Vorbem vor § 793; über Markt- oder Börsenpreis § 385 A 1; über Mündelsicherheit § 1807. Ein Wechsel kann hiernach als Sicherungsmittel im Sinne des Gesetzes niemals in Betracht kommen.

§ 235

Wer durch Hinterlegung von Geld oder von Wertpapieren Sicherheit geleistet hat, ist berechtigt, das hinterlegte Geld gegen geeignete Wertpapiere, die hinterlegten Wertpapiere gegen andere geeignete Wertpapiere oder gegen Geld umzutauschen[1]).

E II 199; P 1 268 ff.

1. Im allgemeinen besteht ein derartiges Recht des Pfandschuldners nicht.

§ 236

Mit einer Buchforderung gegen das Reich oder gegen einen Bundesstaat kann Sicherheit nur in Höhe von drei Vierteilen des Kurswerts der Wertpapiere geleistet werden, deren Aushändigung der Gläubiger gegen Löschung seiner Forderung verlangen kann[1]).

E II 200; P 1 267.

1. Nach RGes. v. 31. 5. 91; § 20 RGes. v. 28. 6. 04 u. 6. 5. 1910 über die Einrichtung des Reichsschuldbuchs können auf den Inhaber lautende Reichsanleihen in Buchschulden des Reiches umgewandelt werden. Bei Löschung der Buchschuld erhält der Berechtigte Anleihescheine in dem seiner Forderung entsprechenden Nennwerte zurück. PrGes. v. 20. 7. 83 und 24. 7. 04 betreffs des Staatsschuldbuchs.

§ 237

Mit einer beweglichen Sache kann Sicherheit nur in Höhe von zwei Dritteilen des Schätzungswerts geleistet werden. Sachen, deren Verderb zu besorgen oder deren Aufbewahrung mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, können zurückgewiesen werden[1]).

E I 202 II 201; M 1 390; P 1 268.

1. Unbedingt **geeignet zur Sicherheitsleistung** sind hiernach nur solche bewegliche Sachen, bei denen die Voraussetzungen des Satz 2 nicht zutreffen. Andernfalls kommt es auf die Zustimmung des Berechtigten an, die aber gemäß § 119 Abs 2 anfechtbar sein kann. Den Beweis des Wertes hat der Verpflichtete zu erbringen. Unberechtigte Zurückweisung zieht die Folgen des Annahmeverzugs (§§ 294, 300) nach sich.

§ 238

Eine Hypothekenforderung, eine Grundschuld oder eine Rentenschuld ist zur Sicherheitsleistung nur geeignet, wenn sie den Voraussetzungen entspricht, unter denen am Orte der Sicherheitsleistung Mündelgeld in Hypothekenforderungen, Grundschulden oder Rentenschulden angelegt werden darf[1]).

Eine Forderung, für die eine Sicherungshypothek besteht, ist zur Sicherheitsleistung nicht geeignet[2]).

E I 203 II 202; M 1 390; P 1 268; 6 243.

1. Unter welchen Voraussetzungen eine **Hypothekenforderung** usw. **mündelsicher** ist, bestimmt sich nach den von der Landesgesetzgebung aufgestellten Grundsätzen (§ 1807 Abs 2). Maßgebend ist das Recht des Ortes der Sicherheitsleistung, und dieser fällt zusammen mit dem Leistungsorte nach § 269.

2. Vgl. § 1184 ff.

§ 239

Ein Bürge ist tauglich, wenn er ein der Höhe der zu leistenden Sicherheit angemessenes Vermögen besitzt und seinen allgemeinen Gerichtsstand im Inlande hat.

Die Bürgschaftserklärung muß den Verzicht auf die Einrede der Vorausklage enthalten[1]).

E I 204 II 203; M 1 391; P 1 269 ff.

1. Das Recht, einen **Bürgen** zu stellen, ist an und für sich nur aushilfsweise zugestanden (§ 232 A 1). Ein angemessenes Vermögen besitzt der Bürge nach Prot 1, 270 auch dann, wenn er regelmäßig wiederkehrende Einkünfte in genügender Höhe bezieht. Über den allgemeinen Gerichtsstand vgl. §§ 13—18 ZPO. Die Bürgschaftserklärung selbst muß nach § 766 schriftlich sein. Einrede der Vorausklage §§ 771, 773.

§ 240

Wird die geleistete Sicherheit ohne Verschulden des Berechtigten unzureichend, so ist sie zu ergänzen oder anderweitige Sicherheit zu leisten[1])[2]).

E I 205 II 204; M 1 459; P 1 270; 6 243.

1. Anspruch des Berechtigten auf **Ergänzung der bestellten** oder auf **Leistung einer anderweitigen Sicherheit** für den Fall, daß die bestellte unzureichend „wird". Zwischen den beiden bezeichneten Maßregeln steht wiederum die Wahl dem Verpflichteten zu. Der vorausgesetzte Fall kann eintreten einmal durch Umstände, die eine Entwertung des Sicherheitsgegenstandes herbeiführen (Verschlechterung der Sache, Sinken des Kurswerts, Vermögensverfall beim Bürgen), sodann infolge einer Erhöhung des zu sichernden Anspruchs. Der Anspruch auf Verbesserung der Sicherheit muß aber ausgeschlossen sein, wenn der Berechtigte selbst verschuldet hat, daß die ihm bestellte Sicherheit unzureichend wird (beispielsweise infolge Annahmeverzugs, § 237 A 1), und selbstverständlich dann, wenn ihm eine vertragliche Abrede, ein Verzicht, entgegensteht.

2. **Beweislast.** Hat der Berechtigte gegebenenfalls seine Schuldlosigkeit an der veränderten Sachlage oder der Besteller der Sicherheit ein Verschulden des Genannten zu beweisen? Das richtige dürfte sein, daß der Berechtigte seiner Behauptungs- und Beweispflicht zunächst schon dann genügt, wenn er diejenigen Umstände nachweist, welche das derzeitige Unzureichende der Sicherung bewirkt haben, wobei sich möglicherweise sein eigenes ursächliches Verschulden schon aus der Sache selbst ergeben kann. Andernfalls aber muß es dem Verpflichteten überlassen bleiben, den Zusammenhang zwischen einem Verschulden des Berechtigten und dem eingetretenen Erfolge seinerseits nachzuweisen. Wenn beispielsweise mit einer Hypothek Sicherheit bestellt ist und die letztere wegen Eingangs von Vieh auf dem belasteten Grundstücke minderwertig geworden ist, wird von dem Berechtigten, der von dem Rechtsbehelfe aus § 240 Gebrauch macht, doch nicht der Nachweis verlangt werden können, daß er die Minderung der Sicherheit nicht verschuldet habe.

Zweites Buch
Recht der Schuldverhältnisse

Erster Abschnitt
Inhalt der Schuldverhältnisse

1. Das Wort „Schuldverhältnis" schließt zwei Begriffe in sich: den eines „Verhältnisses" und den der „Schuld". Der erstere Begriff ist der weitere, der letztere, weil zur näheren Bestimmung der Art des Verhältnisses dienend, der engere. Unter einem **Verhältnisse** versteht man im allgemeinen die Beziehungen einer Person zu einer andern Person oder zu einer Sache (im weitesten Sinne die „Lebensverhältnisse"). Insofern eine solche Beziehung von der Rechtsordnung anerkannt wird, handelt es sich um ein „Rechtsverhältnis" (obligatorisches, dingliches; Vorbem 5 vor § 104), im Gegensatze zu einem Verhältnisse rein tatsächlicher Art, das für das Rechtsleben in der Regel keine Bedeutung hat. Das Ergebnis des Rechtsverhältnisses ist ein **subjektives Recht**. Ein solches hat zur Voraussetzung: einmal eine Willensmacht, mithin die von der Rechtsordnung anerkannte Fähigkeit, eine Rechtshandlung mit rechtlichem Erfolge vorzunehmen (Vorbem 1 vor § 104) — „das Wollen-Können" —, ferner das „Wollen-Dürfen", welches darauf beruht, daß die Vornahme der Handlung von der Rechtsordnung gestattet ist (somit nicht widerrechtlich ist); endlich ist erforderlich, daß das Wollen auf ein „Gut" im objektiven Sinne, im subjektiven Sinne auf ein „Interesse" gerichtet ist. Wenn sich die Willensmacht im Verhältnisse der einzelnen untereinander äußert, handelt es sich um ein privatrechtliches Recht, wenn die Willensmacht im Verhältnisse der einzelnen gegenüber dem Staate in Frage kommt, dann um ein subjektives Recht des öffentlichen Rechtes. Der Inhalt des ersteren ist das Handeln-Dürfen, der des letzteren das Handeln-Können.

2. Das Ergebnis des subjektiven Rechtes ist der **Anspruch**, und zwar, je nach der Natur des Rechtes, der persönliche oder der dingliche (vgl. § 194 A 1). Sofern nun der Anspruch den Inhalt hat, daß die eine Person von der andern eine Leistung fordern darf, daß mithin diese Leistung geschuldet wird (§ 194 A 1), liegt ein **Schuldverhältnis** vor. Voraussetzung eines solchen ist sonach einmal, daß es sich um ein Rechtsverhältnis von Person zu Person handelt, sodann, daß es ein Fordern-Dürfen zum Inhalte hat. Danach unterscheidet sich das (relative) Schuldverhältnis vom (absoluten) dinglichen durch die Art der Beziehung (des Verhältnisses); von einem familienrechtlichen nach dem Inhalte: dort steht immer nur eine inhaltlich bestimmte Forderung in Frage, hier ein ganzer Inbegriff von Rechten und Pflichten, wie sie in der Eigenart des Familienverhältnisses ihren Grund haben. Doch können auch auf diesem Boden bestimmte Forderungsrechte erwachsen, wie der Anspruch auf Gewährung von Unterhalt. Während ferner das Schuldverhältnis, weil es lediglich die Leistung zum Zwecke hat, durch die Erfüllung sowie durch alles, was ihr in der Wirkung gleichgestellt ist (wie Aufrechnung und Erlaß), notwendig untergehen muß, ist das dingliche Rechtsverhältnis seiner Natur nach ein fortdauerndes; es währt fort, bis die rechtliche Beziehung von der Person zur Sache gelöst ist. Auch durch die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person (Konfusion) muß das Schuldverhältnis notwendig erlöschen — das Gesetz erachtet dies als so selbstverständlich, daß es eine Bestimmung darüber, wie sie in § 291 des E I enthalten war, als entbehrlich fortgelassen hat —; im Gebiete des Sachenrechts dagegen ist der Vereinigung nicht die gleiche Wirkung beigelegt (vgl. §§ 889, 1163, 1164, 1174 ff.). Aus der Natur des Schuldverhältnisses folgt endlich notwendig, daß der Anspruch nur durch den Verpflichteten verletzt werden kann (das Nähere bei § 823), während das dingliche Recht von jedem geachtet werden muß und daher an sich auch von jedem verletzt werden kann. Mittelbar vermag freilich auch ein Dritter die Verwirklichung einer Forderung zu vereiteln, indem er beispielsweise die von jemand einem andern verkaufte Sache zerstört oder vor der Übereignung für sich erwirbt und so die Möglichkeit der Gewährung hindert. Aber die Forderung

des Gläubigers gegenüber seinem Schuldner wird auch unter diesen Umständen grundsätzlich nicht berührt, und für eine Verantwortlichkeit des Dritten gegenüber dem Gläubiger fehlt es sonach auch hier regelmäßig an einem Rechtsgrunde, gleichgültig, ob der Dritte den fremden Anspruch kannte oder nicht. Das BGB hat insbesondere das Recht zur Sache des PrALR I 10 § 25 nicht anerkannt (vgl. **RG** 57, 355).

3. Ein **Schuldverhältnis wird begründet** entweder rechtsgeschäftlich, und zwar alsdann der Regel nach durch Vertrag und nur ausnahmsweise auch durch ein einseitiges Rechtsgeschäft (§§ 657, 793, 2174ff.), oder durch Vorgänge, an die das Gesetz die Haftung unmittelbar knüpft (vgl. Vorbem 1 vor § 104, ferner die §§ 812ff., 823ff., 677ff.). Über unvollkommene Schuldverhältnisse vgl. § 134 A 4, über den Unterschied zwischen kausalen und abstrakten Verträgen Vorbem 5 vor § 104.

Erster Titel

Verpflichtung zur Leistung

§ 241

Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern[1]**. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen**[2]**.**

E I 206 II 205; M 2 5 f.; P 1 279 ff.; 6 150.

1. Über den Begriff **Schuldverhältnis** s. die Vorbem. Der § 241 enthält die Begriffsbestimmung. Er bringt zum Ausdrucke, daß beim Vorhandensein eines Schuldverhältnisses eine bestimmte Person (der Gläubiger) von einer andern bestimmten Person (dem Schuldner) eine Leistung zu fordern hat, und läßt damit zugleich erkennen, daß das Gläubigerrecht sich ausschließlich gegen den Schuldner richtet, Dritte es sonach überhaupt nicht zu beachten brauchen, und widerrechtliche Eingriffe in schuldrechtliche Ansprüche auch nicht eine Forderung auf Schadensersatz begründen, wofern nicht der Tatbestand des § 826 erfüllt ist (**RG** 57, 353; 59, 327), wie auch regelmäßig ein Anspruch nur dem Gläubiger, nicht aber auch einem Dritten zusteht, der nur mittelbar betroffen ist (**RG** JW 08, 9[9]). Den **Begriff „Leistung“** gibt das Gesetz nicht. Nur so viel besagt es in Satz 2, daß die Leistung „auch in einem Unterlassen bestehen kann“. Danach hat eine Leistung begriffsmäßig entweder ein positives Tun oder ein geschuldetes Nichttun zum Inhalt. Im übrigen wird der Ausdruck Leistung sprachgebräuchlich auch zur Bezeichnung des Gegenstandes einer Leistung verwendet. Die positive Tätigkeit hat zum Ziele entweder die Herbeiführung des begehrten Rechtszustandes (**RG** Warn 08 Nr 22), so die Verschaffung des Eigentums an einer Sache, oder das Tun selbst, so die Leistung eines Dienstes oder die Herstellung eines Werkes. Ihrem **Inhalte** nach können Schuldverhältnisse so verschieden voneinander sein, als Forderungen von verschiedenartigem Leistungsinhalte denkbar sind. Während im Sachenrechte die Zahl der Rechte eine geschlossene ist, gilt hier der Grundsatz, daß es den Parteien freisteht, ihre rechtlichen Beziehungen zu ordnen, wie sie es für dienlich halten, und daß Verträge in Ansehung ihres Inhalts gültig sind, soweit sie nicht gegen das Gesetz oder gegen die guten Sitten verstoßen (**RG** 57, 250). Zu beachten bleibt nur, daß immer ein wirkliches Rechtsverhältnis (oben Vorbem 1) zugrunde liegen muß, und daß sonach Abmachungen im gesellschaftlichen Verkehre, die nicht eine zu erfüllende Rechtspflicht bezielen, nicht in das Gebiet der Schuldverhältnisse fallen (**RG** 57, 256). Wer einen Wanderer einladet, sich in den Wagen zu setzen und mitzufahren, wer jemand zu Gaste ladet, hat nicht die Absicht, sich zu verpflichten (**RG** JW 06, 740[9]). Gestattung des Mitfahrens auf einem Kraftfahrzeuge ist dann ein Schuldvertrag, wenn der Mitfahrende das Fahrzeug behufs etwaigen Kaufes kennenlernen soll (**RG** 65, 17). Bedeutsam ist die Frage, ob begrifflich notwendiges Merkmal eines Schuldverhältnisses auch ist, daß die Leistung einen Vermögenswert hat. Der Wortlaut des Gesetzes läßt eine solche Auffassung nicht erkennen (**RG** 87, 293), wo die Frage verneint wird. Aber auch eine innere Notwendigkeit besteht für sie nicht. Nur ein rechtlich anerkennenswertes Interesse ist erforderlich (Vorbem 1). So wird, um bei einem üblichen Beispiele zu verbleiben, das Versprechen eines Nachbarn, zu bestimmter Stunde nicht zu spielen, sehr wohl zum Inhalte eines Schuldversprechens gemacht werden können (a. A. Oertmann A 1b). Auch dieser räumt indessen so viel ein, daß durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe „auch ideale Interessen“ gesichert werden können. Nach § 339 setzt nun aber das Versprechen einer Vertragsstrafe an sich schon eine erfüllbare Verbindlichkeit voraus. — Endlich ist es Erfordernis für ein wirksames Schuldverhältnis, daß die Leistung möglich (§ 306) und bestimmt oder wenigstens bestimmbar ist. Das Nähere hierüber bei den §§ 243, 262, 315ff. Auch das Pfandrecht

setzt notwendig eine bestimmte Forderung voraus (RG JW 1911, 367[23]). — Neben den Schuldverhältnissen, wie sie das Gesetz in § 241 im Auge hat, gibt es auch die sog. **unvollkommenen**, die keine Klage oder Einrede geben, anderseits aber auch nicht als nichtig erachtet werden, und somit nicht jeder Rechtswirkung entbehren. Vgl. § 134 A 3. So können sie gemäß § 343 Abs 2 als Grundlage für ein Strafversprechen dienen, was namentlich für das Konkurrenzverbot gemäß § 75 Abs 2 HGB gilt (RG 69, 11; 70, 440), dagegen für die Fälle der §§ 656 (Ehemäklerlohn), 762, 764 (Spiel, Wette, Differenzgeschäft) nicht gilt. Vgl. §§ 343 A 4 u. 340 A 1. Die Bezahlung einer verjährten Schuld unterliegt nicht der Rückforderung (§ 222 Abs 2); desgleichen kann der Gemeinschuldner das, was er über die im Zwangsvergleiche bestimmte Akkordrate geleistet hat, nicht zurückfordern (RG 42, 118; 78, 77; Gruch 54, 1174; JW 09, 361[6]).

2. Die **Unterlassungspflicht** kann entweder selbständig für sich begründet werden, so im Falle eines Wettbewerbsverbots, oder sie kann auch einer positiven Verpflichtung angeschlossen sein, so im Falle der Überlassung einer Sache zum Gebrauche durch das Versprechen ihres Empfängers, gewisse Veranstaltungen zu unterlassen (§ 550), oder beim Dienstvertrage, indem sich der Bedienstete etwa ausdrücklich verpflichtet, die Leistung von Diensten bei einem Dritten zu unterlassen. Hier handelt es sich durchweg um klagbare Ansprüche auf die Leistung des Unterlassens. Unter Umständen kann ferner im Falle der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht ein Anspruch noch auf die Erfüllung tatsächlich ausgeschlossen sein; beispielsweise bei der Zuwiderhandlung gegenüber der Verpflichtung, im Falle einer Versteigerung nicht mitzubieten; während unter anderen Umständen die Zuwiderhandlung dem Erfüllungsanspruche noch Raum läßt, so wenn gegen die Verpflichtung, eine Sache zu veräußern, gehandelt und die Veräußerung dann wieder rückgängig gemacht ist (RG 70, 441). Im übrigen schließt zwar die Verpflichtung zur (positiven) Erfüllung eines Vertrags allemal schon grundsätzlich auch die Pflicht in sich, zu unterlassen, was die Erfüllbarkeit der geschuldeten Leistung vereiteln würde (Fall der positiven Vertragsverletzung; vgl. § 325 A 4; § 276 A 6). Auch wenn in § 664 bestimmt ist, daß der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags einem Dritten nicht übertragen dürfe, ist damit im Grunde nur die positive Verpflichtung zur eigenen Erledigung des Auftrags ausgesprochen. Aber eine andere Frage ist es, ob auch bei solchen negativen Verpflichtungen, die sich bloß als eine Folgeerscheinung der positiven Verpflichtung darstellen, mangels eines besonderen verpflichtenden Nebenversprechens eine selbständige Klagbarkeit auf die Unterlassung anzunehmen ist. Diese Frage ist zu verneinen, weil das BGB bei den auf ein Tun gerichteten Schuldverbindlichkeiten nicht außerdem noch einen klagbaren, nach § 890 ZPO vollstreckbaren Anspruch auf ein Unterlassen kennt. Die Unterlassung gehört gegebenenfalls überhaupt nicht mehr zum Inhalte der Leistung im Sinne des § 241. Nach den geltenden Grundsätzen über Schuldverhältnisse erschöpfen sich die Rechtsbehelfe des Berechtigten in dem Anspruche auf die geschuldete Leistung, zutreffendenfalls also in dem auf das positive Tun, und wenn diese Leistung durch das Verhalten des Verpflichteten vereitelt wird — also etwa durch eine vertretbare Unterlassung — gemäß §§ 275 ff. in der Forderung auf Schadensersatz nach § 325; beim Verzuge endlich in dem Anspruche auf Schadensersatz gemäß den §§ 286, 326 (RG 72, 393, wo die Frage, ob einem Dienstherrn gegen den Handlungsgehilfen, der den Antritt des Dienstes unterläßt, oder den Dienst vor Ablauf der Dienstzeit verläßt, etwa kraft Gesetzes ein Anspruch dahin zusteht, daß der Gehilfe in der betroffenen Zeit nicht einem andern Dienste leiste, verneint ist). Eine Abart der Unterlassungspflicht ist die Duldungspflicht. Sie geht auf Unterlassung des Widerspruchs oder eines Entgegenhandelns gegen das Tun eines andern, selbst wenn dieses in das eigene Rechtsgebiet eingreift. Auch unerlaubten Handlungen gegenüber ist ein zivilrechtlicher Klageanspruch auf Unterlassen nur dann gegeben, wenn ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis besteht (RG 48, 119; 51 S. 375, 607; 82, 130; 91, 268), und wenn durch den unerlaubten Eingriff in den Rechtskreis eines andern ein den letzteren schädigender Zustand herbeigeführt wird (RG Warn 1912 Nr 10). Ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis besteht aber im allgemeinen dann nicht, wenn die Vornahme der Handlung, um deren Unterlassung es sich handelt, schon mit einer öffentlichen Strafe bedroht ist und der Strafverfolgung — öffentlicher oder einer solchen im Wege der Privatklage (RG 82, 131; 95, 342) — keine übermäßigen Schwierigkeiten entgegenstehen (RG 60, 17; 88, 129; 77, 224; JW 1913, 34[23]), oder aber wenn das öffentliche Recht der zivilrechtlichen Verfolgbarkeit grundsätzlich entgegensteht (RG 71, 85 — betreffend eine Klage auf Unterlassung ehebrecherischen Umgangs). Vgl. auch Vorbem 6 vor § 823. (Nach RG 88, 129 ist unter Versagung der Unterlassungsklage eine Klage auf Widerruf für den Fall gegeben, daß die Ehrenkränkungen öffentlich und wiederholt zugefügt sind, so daß es des Widerrufs zur Beseitigung jenes dauernden Zustandes bedarf.) Eine Klage auf Unterlassung ist im übrigen in allen Fällen nur dann statthaft, wenn die Wiederholung der Zuwiderhandlung nicht nur denkbar, sondern ernstlich zu befürchten ist (RG JW 1913, 543[8]). Einer unerlaubten Handlung gegenüber erfordert die Klage nur, daß objektiv rechtswidrige

Eingriffe in das fremde Rechtsgut vorliegen und eine Vollendung oder Fortsetzung der begonnenen oder verübten Schädigung zu befürchten ist (RG 98, 212; JW 1915, 29[13] u. 34[18]; 8. 3. 16 V 4/16, wo die Anforderung der Erfüllung des vollen subjektiven und objektiven Tatbestandes der unerlaubten Handlung als zu weitgehend abgelehnt wird). In allen Fällen soll endlich für die vorbeugende Unterlassungsklage nur Raum sein, wo es an andern ausreichenden Rechtsbehelfen fehlt, so daß die Klage nötig ist, um einem dringenden Rechtsschutzbedürfnisse Genüge zu tun (RG 95, 342; Warn 1918 Nr 95).

§ 242

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern[1]) [2]).

E I 224 II 206; M 197/198; P 303.

1. Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als allgemeiner Maßstab der Leistungspflicht. Diese, das ganze Gebiet der Schuldverhältnisse beherrschende Bestimmung unterscheidet sich von der Auslegungsregel des § 157 insofern, als diese den Vertragsinhalt, der § 242 dagegen, strenggenommen, nur die Leistungsart im Auge hat. Der § 242 besagt im wesentlichen nicht, was der Gläubiger fordern darf und der Schuldner leisten muß; er will vielmehr bestimmen, wie zu leisten ist, sei es dem Gegenstande nach, sei es in Ansehung der Zeit oder des Ortes der Erfüllung. Beide genannten Vorschriften haben zusammen aber in der Rechtsprechung, namentlich des Reichsgerichts, immer mehr an Bedeutung gewonnen, wenn es gilt, gegenüber einem formalen oder einem anscheinend gegebenen Rechtsanspruche den Verpflichteten gegen ungehörige, aus Recht und Billigkeit verstoßende Zumutungen zu schützen; oder wenn es geboten scheint, zugunsten des Berechtigten arglistige Einwendungen des Schuldners zu entkräften. Daß der Gläubiger von seinem Rechte gegenüber dem Schuldner nicht lediglich zum Zwecke der Schikane Gebrauch machen darf, dafür sorgt schon der § 226. Der Zweck der Regel des § 242 ist nur, beide Teile gegen ungerechte, unbillige Zumutungen zu schützen und zu hindern, daß ein schikanöses Festhalten an dem wirklichen Vertragsinhalte zu einem mit den billigen Anschauungen des Verkehrs in Widerspruch stehenden Ergebnisse führe — summum jus summa injuria (RG 69, 401). Dabei hat jeder Teil auch auf das berechtigte Interesse des andern Teiles billig Rücksicht zu nehmen und er darf insbesondere nicht aus einem eigenen ordnungswidrigen Verhalten Vorteil für sich zu gewinnen suchen (RG JW 1913, 129[4]), und, wo es die Billigkeit fordert, muß er gegebenenfalls zur Abwendung einer Schädigung des andern Teils sogar mitwirken (vgl. RG JW 1911, 359[4]).

Bei Verträgen führt die Regel des § 242 zu dem Grundsatze, daß jeder Teil bei der Abwicklung des Vertragsverhältnisses dem ihm bekannten besonderen Interesse des andern Rechnung zu tragen und sein Verhalten so einzurichten hat, daß eine Benachteiligung des andern tunlichst vermieden wird, widrigenfalls er bei fahrlässiger Verletzung dieser Vertragspflicht auf Ersatz des dem andern entstandenen Schadens haftbar ist (RG Warn 1910 Nr 247). Bei Vertragsverhältnissen, welche die Interessen beider Teile eng miteinander verknüpfen (Dienst-, Gesellschafts-, Agenturverträgen) und überhaupt bei Verträgen für längere Dauer, die ein gegenseitiges Vertrauensverhältnis erfordern, kann jeder Teil bei wichtigem Grunde fristlos kündigen (RG 65, 37; 78, 385; JW 1919, 309[16]). Bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ist es den Gesellschaftern nicht erlaubt, ihre eigenen Sonderinteressen oder die eines Dritten vor dem Gesellschaftszwecke zu bevorzugen (RG 13. 4. 12 IV 353/11). Ein Gesellschafter, der sich das Recht zur Übertragung des Gesellschaftsrechts auf fremde Personen vorbehalten hat, muß hierbei das Interesse der Gesellschaft im Auge behalten, andernfalls können die Gesellschafter die Übertragung ablehnen (RG 92, 167). Mit dem Grundsatze des § 242 ist es unvereinbar, daß der Verpflichtete, der vertragswidrig gehandelt hat, daraus (beispielsweise aus seinem Verzuge) Vorteile zieht (RG JW 1913, 129[4]). Der Schuldner, dem eine aufrechnungsfähige Gegenforderung zusteht, darf mit dieser nicht nur teilweise aufrechnen, wenn dem Gläubiger aus der nur stückweisen Befriedigung eine besondere Belästigung erwächst, wie namentlich nach den §§ 1142 bis 1145 der Fall wäre (RG 79, 359). Bei einem Dienstvertrage hat der Dienstherr die Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften entsprechend dem § 618 so herzurichten, daß Leben und Gesundheit des Dienstverpflichteten nach Möglichkeit geschützt sind (RG 80, 28). So auch beim Werkvertrage der Besteller, wenn er die Arbeitsräume zu stellen hat (RG 88, 435; JW 1914, 14[3]). Der Gläubiger muß nach Treu und Glauben auf Vorschlag des Schuldners zur Versilberung des Pfandes (§ 1218) mitwirken, da auch er gewissermaßen eine Schuldnerstellung hat (RG 74, 154), und ein Mieter dem Vermieter zur Beseitigung von Mängeln der Mietsache

behilflich sein (RG JW 1911, 359[5]). Wenn der Gläubiger vertragswidrig gehandelt hat, ist der Schuldner berechtigt, auch sein eigenes Verhalten dementsprechend einzurichten. Beispielsweise ist der Schuldner befugt, bei Abnahmeverzug des Gläubigers die Kaufsache preiszugeben, falls ihre fernere Bereithaltung ihn zu Aufwendungen nötigen würde (RG 60, 160). Zerstört bei dauernden Geschäftsverbindungen ein Teil das zur Durchführung des Vertrags erforderliche Vertrauen und gute Einvernehmen, dann ist der andere Teil zur Erfüllung jedenfalls so lange nicht verpflichtet, als eine Änderung im Verhalten des andern Teiles nicht erkennbar geworden ist (RG SeuffA 67 Nr 195; Warn 1911 Nr 228). — Eine treffende Anwendung von § 242 macht überdies der § 320 Abs 2 (SeuffA 67 Nr 2; vgl. § 326 A 4), ferner § 259 Abs 3 (RG Warn 09 Nr 401). Dementsprechend darf auch der Vermieter von seinem Kündigungsrechte nicht Gebrauch machen, wenn nur unerhebliche Teile der Mietsraten rückständig geblieben sind (RG 82, 54; 86, 334). Der Käufer, der wandeln will, darf das Erbieten des Verkäufers, die Sachmängel zu beseitigen, nicht ablehnen, wenn der Vertrag nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin auszulegen ist, daß er sich die Nachbesserung gefallen lassen muß (RG 61, 92); welcher Fall namentlich dann vorliegen wird, wenn die Parteien beim Vertragsschlusse von den Sachmängeln sprachen und dabei erkennen ließen, daß die nachträgliche Beseitigung der Mängel im Vertragszwecke läge (RG 87, 337). — Treu und Glauben verlangen bei Verpachtung von Grundstücken zur Gewinnung von Bodenbestandteilen nicht, daß der Verpächter die Gewähr für lohnenden Abbau übernimmt (RG Warn 08 Nr 39).

Bei **dinglichen Ansprüchen** aus §§ 985, 1004 hat die für Schuldverhältnisse gegebene Auslegungsregel keine Stelle. Derartige Ansprüche müssen so, wie sie gesetzmäßig gegeben sind, auch schlechthin erfüllt werden (RG 51, 411; 93, 105; Warn 1910 Nr 271). Vgl. § 275 A 2 a. E.

Alles in allem ist durch die Vorschrift des § 242 ein der gemeinrechtlichen **exceptio doli generalis** entsprechender Rechtsbehelf geschaffen worden, wie dies der feststehenden Rechtsprechung des Reichsgerichts entspricht (RG 58 S. 356 u. 425; 64, 223; 71, 435; 86, 192; 87, 182; 89, 105; 90 S. 64 u. 216). Diese Einrede der Arglist findet im übrigen ihre Grundlage und ihre Rechtfertigung in der Vorschrift des § 826 (RG 86, 194). Es darf eben niemand in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise einem andern Schaden zufügen (RG JW 04, 482[3]; 1917, 460[2]). Gegeben ist aber die Einrede nur dann, wenn das gegenwärtige Verhalten des einen Teiles mit dessen früherem Verhalten gegen Treu und Glauben verstoßen würde (RG 58 S. 356 u. 429; 64, 223; 71, 435; 76, 354; 87, 283; Warn 1915 Nr 256; 1916 Nr 277; JW 1917, 460[2]); oder wenn der Grundsatz eingreift: dolo facit qui petit quod redditurus est (RG 84, 282; JW 1912, 459[6]). Keineswegs reicht jedoch die Behauptung aus, daß das Verlangen des Gegners ein unbilliges sei (RG 61, 359; 64, 220; 71, 434; 86, 194), während die Einrede anderseits nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß sich das Verlangen des Gegners auf formales Recht stützt (RG 86, 194). Erforderlich ist jedenfalls, daß die Einrede aus einem eigenen Interesse, weder also aus dem Interesse eines Dritten noch dem der Allgemeinheit entnommen ist (RG 91, 332). Zulässig ist die Einrede unter den gegebenen Voraussetzungen auch gegenüber einem Begehren, das sich auf eine rechtskräftige Entscheidung stützt (RG Warn 1914 Nr 326); sowie zur Entkräftung des Einwandes der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts (RG 58, 428; 71, 435; 76, 354; 78, 354; 85, 120; 86, 192; 87, 282; 91, 362; JW 1917, 460[2]; Warn 1914 Nr 278; 1918 Nr 13 u. 174; vgl. dazu § 125 A 1a), wie auch gegenüber der Einrede der Verjährung (vgl. dazu § 222 A 3). Die Einrede ist jedenfalls insoweit zuzulassen, als sie zu einer aus dem Gesetze selbst erkennbaren Beschränkung einer Vorschrift (§ 817) führt (RG SeuffA 72 Nr 57, wonach der Empfänger einer Leistung außer den Vorteilen des § 817 Satz 2 nicht auch noch die Vorteile aus der Nichtigkeit des Geschäfts ziehen darf und deshalb gegenüber der Geltendmachung der Nichtigkeit die Einrede der Arglist durchgreift). — Die Würdigung der Einrede ist ihrer Natur nach dem völlig freien Ermessen des Richters je nach den Umständen überlassen (RG 85, 120).

Die Einrede der Arglist kann endlich auch Ersatz bieten für den in das Gesetz nicht übernommenen Grundsatz der **clausula rebus sic stantibus** oder für das Recht, sich auf Veränderung der Umstände zu berufen (RG 60, 56; 62, 267; 50, 257; Warn 1911 Nr 223). Vgl. auch § 119 A 2 Abs 3 und § 275 A 2. So kann der Verkäufer von der Leistungspflicht befreit sein, wenn die vereinbarte Versendungsart für absehbare Zeit unmöglich geworden ist und dadurch die Lage des Verkäufers eine wesentliche Verschlimmerung erfahren hat (RG 95, 307). Ändern sich die Umstände nachträglich so wesentlich (infolge eines Kriegs), daß jetzt die Vertragserfüllung dem, was ehemals beabsichtigt war, vernünftigerweise nicht mehr entsprechen und mithin die Aufrechterhaltung des Anspruchs Treu und Glauben widersprechen würde, so besteht ein Erfüllungszwang nur dann noch, wenn wichtige Umstände

einen andern Vertragswillen anzunehmen gebieten (RG Warn 1919 Nr 6). Auch beim Verkaufe von Gattungssachen wird der Verkäufer von der Lieferpflicht frei, wenn im Großhandel marktgängige Waren verkauft werden und der Marktpreis nachträglich in einem außerordentlichen, bis dahin nicht für denkbar gehaltenem Maße gestiegen ist (RG 57, 119; 88, 174). Vgl. anderseits RG 88, 172; 92, 322; 95, 43, wonach im Großhandel auch eine außergewöhnliche Preissteigerung den Verkäufer nicht gemäß § 242 von seiner Leistungspflicht befreit. Der Käufer eines Geschäfts, dem die Kundschaft übergeben ist, und der sich verpflichtet hat, eine Zeitlang dem Verkäufer von dem Umsatze einen Bruchteil abzugeben, ist zur Fortsetzung des Geschäftsbetriebes nicht mehr verpflichtet, wenn sich die Verhältnisse derart ändern, daß der Betrieb nur noch Verlust bringt (RG 95, 38). Insbesondere kann beim Stundungsvertrage eine wesentliche Verschlechterung der Verhältnisse des Schuldners dem Gläubiger das Recht zur fristlosen Geltendmachung seines Anspruchs geben (RG JW 05, 168[5]; Warn 1912 Nr 6). — Bei fortdauernden Leistungen können die veränderten Umstände oder die nachträgliche wesentliche Verschlechterung der Umstände des Verpflichteten diesen zu einer Ermäßigung seiner Leistung berechtigen (RG Warn 1911 Nr 223, betreffend einen vom Ehemann seiner Frau gegenüber für die Zeit des Getrenntlebens übernommenen Unterhaltsanspruch). Der Gläubiger anderseits, der sich das Recht auf Erhöhung der Rente für den Fall einer wesentlichen Veränderung der Verhältnisse vorbehalten hat, kann die Erhöhung nicht infolge einer an sich voraussehbar gewesenen allgemein eingetretenen Preissteigerung fordern (RG Warn 1912 Nr 331). — Auch bei einer ganzen Gattung von Verträgen kann einer Veränderung der Umstände Bedeutung beizumessen sein (RG JW 1914, 296[2]).

Unter Umständen kann **das bisherige Schweigen** des Berechtigten gegenüber Versäumnissen des Verpflichteten, oder sein passives Verhalten überhaupt dem Verpflichteten die Einrede gewähren. Der Käufer darf beispielsweise seinen Anspruch nicht mehr geltend machen, wenn er den die Vertragserfüllung bestimmt verweigernden Käufer in einer wider Treu und Glauben verstoßenden Weise darüber im Ungewissen gelassen hat, ob er die Erfüllung noch verlange (RG 88, 262; 91, 347). Grundsätzlich braucht sich der Gläubiger auf die Erfüllungsverweigerung des Schuldners allerdings nicht zu erklären; aber unter Umständen ist das bei Verlust des Forderungsrechts nach Treu und Glauben gleichwohl erforderlich (RG JW 1916, 829[2]). Allgemein ist unter Berücksichtigung des § 157 anzunehmen, daß bei Vertragsbestimmungen, wonach dem Berechtigten unter gewissen Voraussetzungen ein fristloses Kündigungsrecht zustehen oder die sofortige Fälligkeit eintreten soll, das hieraus entspringende Recht innerhalb einer angemessenen Zeit geltend zu machen ist, widrigenfalls es erlischt; es widerspricht Treu und Glauben, den Verpflichteten in einem ihm besonders lästigen Schwebezustande zu belassen (RG 88, 145; Gruch 47, 398; Warn 08 Nr 283; JW 1912, 385[4] u. 572[5]; 1915, 572[5]). Der Verlust des Rechtes wird zutreffendenfalls auch nicht dadurch gehindert, daß der Verpflichtete nach der unzeitgemäß erfolgten Kündigung um deren Rücknahme bittet und nicht das Erfüllungsverlangen sofort und unbedingt zurückgewiesen hat (RG Warn 1918 Nr 201). Es muß indes die Verzögerung der Rechtsausübung bereits einen Verstoß gegen die guten Sitten darstellen (RG Warn 1919 Nr 22). Auch bei Ausübung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts kann unter Umständen nach Treu und Glauben es erfordern, daß der Gäubiger zuvor seinen Rücktritt für den Fall weiterer Unpünktlichkeit in der Erfüllung androht (RG Warn 1918 Nr 136). Geringfügige und unverschuldete Fristüberschreitungen, besonders betreffs Anzeigen und Erklärungen bei Rechtsverhältnissen, deren Natur eine Nachsicht fordert, sind unschädlich, falls nicht abredegemäß der Grundsatz gelten sollte, daß jede Fristversäumnis entscheidend sein solle (RG 92, 210). — Bei Käufen auf Abruf kann der Käufer des Erfüllungsanspruchs dadurch verlustig gehen, daß er den Abruf nach Treu und Glauben verzögert (RG 91, 345; Warn 1918 Nr 161; JW 1919, 499[3]). An und für sich verliert aber der Käufer seinen Anspruch noch nicht durch Verzögerung des Abrufs (RG SeuffA 69 Nr 3, betreffend einen Teillieferungsvertrag). Ist bei einem Teillieferungsvertrage vereinbart, daß der Verkäufer bei verspätetem Abrufe einer Teillieferung ohne Erinnerung zu weiteren Lieferungen nicht verpflichtet sein solle, so geht er dieses Rechtes nach Treu und Glauben noch nicht dadurch verlustig, daß er nach längerer Geschäftsübung aus Entgegenkommen von der Vertragsabrede nicht Gebrauch gemacht hat (LZ 1919, 967[6]). — Hat der Berechtigte die Zuwiderhandlung gegen ein Wettbewerbsverbot längere Zeit (wissentlich) geduldet, dann verstößt es wider Treu und Glauben, wenn er nachträglich die Strafe fordert (RG Warn 1914 Nr 44). Hat der Verkäufer fortdauernd innerhalb bestimmter Frist zu liefern und kommt er dem nicht nach, dann kann der Käufer die Nachholung der Lieferungen mit Angebot eines unverhältnismäßig großen Teiles der Warenmenge noch kurz vor Ablauf der Lieferfrist als eine nicht mehr ordnungsmäßige ablehnen (RG 96, 127).

2. **Zu beweisen** hat eine Verkehrssitte, wer sich auf sie beruft (RG 25. 10. 02 V 233/02). Im allgemeinen bedarf es aber eines Beweises überhaupt nicht, da regelmäßig der Richter von dem Bestehen der Verkehrssitte selbst Kenntnis haben wird.

§ 243

Wer eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet[1]), hat eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten[2]).

Hat der Schuldner das zur Leistung einer solchen Sache seinerseits Erforderliche getan, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf diese Sache[3])[4]).

E I 213 II 207; M 10; P 285.

1. **Gattungsschuld.** Falls Gegenstand der Leistung eine Sache, ist zu unterscheiden: entweder wird eine bestimmte Sache, mithin gerade diese und nur diese geschuldet, oder es ist der zu leistende Gegenstand nicht an und für sich, sondern „nur der Gattung nach" bestimmt. Im ersteren Falle handelt es sich um eine Speziesschuld, im andern um eine Gattungsschuld. Der § 243 gibt hinsichtlich der letzteren nur zwei Sonderbestimmungen (unten A 2, 3). Es besteht aber noch eine Reihe anderer wichtiger Eigentümlichkeiten, insbesondere infolge des Grundsatzes genus non perit, und auf sie ist hier besonders hinzuweisen: **a)** Für die Rechtsgültigkeit eines Vertrags ist allgemeines Erfordernis die Möglichkeit der Leistung (§ 241 A 1 a. E.). Da nun bei einer Speziesschuld das Schuldverhältnis von vornherein auf eine bestimmte Sache beschränkt ist, so folgt, daß ihr Nichtvorhandensein zur Zeit des Vertragsschlusses die Nichtigkeit des Vertrags bewirkt, und daß, wenn die bestimmte Sache nach Abschluß des Vertrags untergeht, der Schuldner unter den in § 275 angegebenen Voraussetzungen befreit wird. Bei der Gattungsschuld ist die Anwendbarkeit dieser Grundsätze nur unter der Voraussetzung denkbar, daß die ganze Gattung, aus der zu leisten ist, zur Zeit des Vertragsschlusses schon untergegangen war, oder nachträglich untergeht. Denn solange weder das eine noch das andere der Fall, könnte nur persönliches Unvermögen des Schuldners zur Leistung in Frage kommen, und auf solches will das Gesetz bei der Gattungsschuld grundsätzlich nicht Rücksicht nehmen (§ 279). **b)** Beim Spezieskaufe ist der Käufer hinsichtlich der Gewährleistung auf die beiden Rechtsbehelfe der Wandlung und Minderung beschränkt (§ 462). Dagegen ist hier für den Anspruch auf Lieferung einer andern fehlerlosen Sache überhaupt kein Raum. Beim Gattungskaufe anderseits ist die Möglichkeit eines solchen Anspruchs, solange nur die Gattung noch vorhanden, keineswegs ausgeschlossen. Daher hat das Gesetz hier auch für richtig befunden, dem Käufer neben den beiden zuvor bezeichneten Rechtsbehelfen wahlweise zugleich den Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache zu gewähren (§ 480). **c)** Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags ist bei der Speziesschuld auch dann gegeben, wenn eine andere Sache geleistet wurde, als diejenige, die gerade zu leisten war; bei der Gattungsschuld dagegen nur dann, wenn die geleistete Sache nicht der bestimmten Gattung angehört hat, beispielsweise wenn an Stelle Winterweizens Sommerweizen oder anstatt Natureises Kunsteis geliefert ist. **d)** Hinsichtlich der Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags vgl. unten A 2 Abs 2. **e)** Ist es der Gattungsschuld auch eigentümlich, daß der eigentliche Gegenstand der Leistung erst durch die zu treffende Auswahl bestimmt wird, so handelt es sich bei ihr gleichwohl nicht um eine Wahlschuld im eigentlichen Sinne (§§ 262 ff.); denn es werden nicht von vornherein mehrere Leistungen geschuldet, sondern nur die eine, aus der Gattung auszuwählende Sache, nicht aber ist entweder die Sache A oder die Sache B zu gewähren (RG 57, 141). Daß die Wahl grundsätzlich dem Schuldner zusteht, ergibt sich aus dem Inhalte seiner Leistungspflicht selbst. **f)** Von einer arglistigen Täuschung kann bei der Gattungsschuld regelmäßig nicht schon beim Vertragsabschlusse, sondern erst bei der Lieferung (§ 480) die Rede sein (RG 70, 427; JW 1912, 340[4]). — Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung vgl. die §§ 818, 883 Abs 1 ZPO. Danach beschränkt sich das Recht des Gläubigers auf Geltendmachung des Interesses, falls Sachen der bestimmten Gattung beim Schuldner nicht vorgefunden werden. Die Befugnis, Sachen aus der betreffenden Gattung an Stelle des Schuldners im Vollstreckungsverfahren selbst zu beschaffen, ist dem Gläubiger vom Gesetze versagt, wenngleich auch hier zutreffen könnte: genus non perit (§ 857 Abs 3 ZPO).

2. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 243 ist, daß eine **nur der Gattung nach bestimmte Sache** geschuldet wird. Unter Sache sind hier gemäß § 90 nur körperliche Gegenstände, bereits bestehende oder erst noch zu erzeugende, zu verstehen. Der Begriff Gattung sodann ist der allgemeinen Anschauung zu entnehmen. Danach hat man unter einer Gattung den Inbegriff aller derjenigen körperlichen Gegenstände zu verstehen, welche, durch gemeinschaftliche Merkmale von Sachen anderer Art unterschieden, hierdurch als einer gemeinsamen Art zugehörig gekennzeichnet werden. Als solche Merkmale kommen in Betracht nicht nur natürliche, sondern auch juristische Merkzeichen, d. h. solche, die sich erst im Verkehre als wesentlich herausgebildet haben, wie beispielsweise der Ursprungsort einer Ware (die Kohle eines bestimmten Bezirks) oder auch die Preishöhe (Panamahut zum Preise von 50 Mark). Innerhalb einer Gattung lassen sich sodann durch Aufstellung noch weiterer bezeichnender Merkzeichen noch engere Unterabteilungen abgrenzen. So ergäbe sich beispielsweise die Stufenfolge: Kartoffel, Eßkartoffel, Dabersche Kartoffel, oder Weißwein, Rheinwein, Rüdesheimer

Schloßabzug; Geld und Geldsorte (§§ 244, 245). Festzuhalten ist jedoch daran, daß auch durch Hinzufügung noch so bezeichnender eigentümlicher Merkmale eine Gattungssache immer noch nicht zu einer bestimmten Einzelsache wird (**RG** 28, 221). Eine solche wird auch in dem Falle nicht geschuldet, daß etwa aus einem ganzen noch vorhandenen Vorrate, beispielsweise aus dem ganzen Ertrage eines gewissen Ackerstücks, ein bestimmter Teil zu liefern ist (**RG** 57, 141; Warn 1918 Nr 86, wo es sich um eine bestimmte Sorte von Fabrikkartoffeln aus der Ernte eines bestimmten Jahres eines bestimmten Gutes handelte und das Vorhandensein einer Gattungsschuld angenommen worden ist). Denn der Umstand, der etwa das Ganze (den gesamten vorhandenen Vorrat) zu einer bestimmten Sache macht, kennzeichnet damit nicht zugleich auch die einzelnen Teile als bestimmte Einzelsachen, und der Gesichtspunkt, daß der Teil dem Wesen des Ganzen entspricht (Oertmann A 1a), läßt sich hier überhaupt nicht verwerten (vgl. **RG** 57, 138). Ein Gattungskauf liegt aber dann nicht vor, wenn beispielsweise ein Gutsbesitzer seine gesamte Ernte, etwa die gesamte Kartoffelernte, verkauft; in solchen Fällen spricht man von einem beschränkten Gattungskaufe (vgl. **RG** Gruch 61, 625; JW 1917, 908[5]; Warn 1918 Nr 217). Auch dann nicht, wenn eine erst nachträglich zur Entstehung gelangende Sache Kaufgegenstand ist und die Sache von den Parteien als eine bereits bestehende und individuell bestimmte gedacht wurde; so wenn etwa die „nächsten aus einer (bestimmten) Grube zu fördernden Erze" verkauft werden, in solchen Fällen handelt es sich um einen Spezieskauf, und es bedarf daher zur Bestimmung (Konkretisierung) der Kaufsache auch nicht erst der Ausscheidung (**RG** 92, 371, wo zugleich die Anwendbarkeit des § 281 angenommen ist). Beim Verkaufe einer bestimmten schwimmenden Ware oder der Ware aus einem bestimmten Dampfer handelt es sich um einen Spezieskauf (**RG** Warn 1918 Nr 45 u. Nr 217). Zur Begründung einer Speziesschuld ist das Einverständnis beider Teile darüber nötig, daß sich der Vertrag auf die Leistung des bestimmten Gegenstandes beschränken soll; es genügt nicht die einseitige Ausscheidung eines Gegenstandes durch den Schuldner (**RG** 70, 426). Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, ob Spezieskauf oder Gattungskauf insbesondere auch betreffs des § 281; s. dort Anm 1. — Verschieden von dem Begriff „Gattungssache" ist derjenige der vertretbaren Sache (vgl. § 91), wenngleich eine Gattungssache im Sinne des § 243 regelmäßig auch eine vertretbare sein wird. Während die Eigenschaft der Vertretbarkeit auf der Anschauung des Verkehrs beruht, der Maßstab mithin ein sachlicher ist, hängt es lediglich von der Parteiwillkür ab, eine Sache im gegebenen Falle als Gattungssache oder als eine bestimmte Sache zu behandeln.

Durch die Bestimmung, daß **Sachen mittlerer Art und Güte zu liefern sind**, ist zugleich vorgesehen, was bei der Gattungsschuld zur „gehörigen" Erfüllung erforderlich ist, während für den Spezieskauf § 459 Haftung für die Fehlerfreiheit der bestimmten Sache vorschreibt. Beim Kaufe auf Besicht muß der Verkäufer dafür sorgen, daß die Sache zur Zeit der Besichtigung von mittlerer Art und Güte ist (**RG** 94, 286). Ob eine Sache von mittlerer Art und Güte ist, entscheidet sich nach der Handelssitte oder nach dem Gutachten Sachverständiger, im Zweifel unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben. Als Maßstab wird in zutreffenden Fällen auch die Preishöhe zu berücksichtigen sein. Treffen aber bei der gelieferten Sache nicht alle Merkmale der bestimmten Gattung zu, so ist überhaupt nicht ein Gegenstand der geschuldeten Gattung geleistet, und dennach wäre auch nicht die Einrede mangelhafter Erfüllung, sondern die der Nichterfüllung gegeben (vgl. oben A 1c).

3. Beschränkung des Schuldverhältnisses auf die Einzelsachen (Konzentration). In einem gewissen Zeitpunkte muß sich die Gattungsschuld in eine Speziesschuld umwandeln, soll überhaupt jemals abgemachte Sache vorliegen. Denn schließlich kann es immer nur eine bestimmte Sache sein, mit der die Schuld erfüllt wird, und von einem gewissen Zeitpunkte ab müssen Gläubiger wie Schuldner die Leistung als endgültig bewirkt ansehen. Fraglich kann nur sein, welcher Zeitpunkt hier der maßgebende sein soll. Schon der, in welchem der Schuldner die Sache auswählt und ausscheidet? Oder der spätere, in dem er die bezeichnete Leistung auch bereits angeboten hat? Mit gutem Grunde stellt sich das Gesetz grundsätzlich auf den letzteren Standpunkt (**RG** 88, 391). Denn alles zur Leistung Erforderliche kann der Schuldner im Sinne des Gesetzes erst dann getan haben, wenn er die zu leistende Sache nicht nur ausgewählt und ausgeschieden, sondern dem Gläubiger schon derart angeboten hat, daß es regelmäßig nur noch an diesem liegt, ob er die Sache in Empfang nimmt oder nicht (**RG** 57, 404). Dementsprechend geht auch die Bestimmung des § 300 Abs 2 dahin, daß bei einer Gattungsschuld die Gefahr auf den Gläubiger in dem Zeitpunkte übergeht, in dem er in Annahmeverzug gerät. Hieraus folgt aber zugleich, daß auch nur ein solches Angebot ausreichend sein kann, welches geeignet ist, den Gläubiger in Annahmeverzug zu versetzen (**RG** JW 1913, 130[5]). Das träfe nicht zu, wenn entweder die angebotene Sache nicht annahmefähig, oder wenn das Angebot nicht in der gehörigen Weise erfolgt wäre (§§ 293, 294, 295). Beim Übersendungskaufe gilt nach § 447 die Sonderregel, daß der Verkäufer seiner Leistungspflicht schon in dem Zeitpunkte genügt, in dem er die Sache der zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt abliefert (**RG** 57, 141). Als Regel ergibt sich mithin

alles in allem, daß sich das Schuldverhältnis auf die vom Schuldner gewählte Sache beschränkt, falls diese dem Gläubiger gehörig angeboten worden ist, und falls auch die weitere Voraussetzung zutrifft, daß die Sache an sich als Leistungsgegenstand geeignet, mithin nicht von vertragswidriger Beschaffenheit ist (RG 69, 407; Warn 1913 Nr 47). Auch ein Gattungskauf kann im übrigen nachträglich zu einem Spezieskaufe dadurch werden, daß Verkäufer und Käufer sich über eine bestimmte Sache als Kaufgegenstand demnächst einigen (RG 43, 184; 70, 426). Wird die Gattungssache mehreren Käufern abredegemäß derart übersandt, daß die einzelnen Käufer ihren Anteil aus der ganzen Masse herauszunehmen haben und ihnen daher ein Bruchteil am Miteigentum zu gewähren ist, so stellt die gesamte Masse die bestimmte Sache dar, auf die sich das Schuldverhältnis gemäß § 243 beschränkt (RG 88, 390). Bei Versendungen zu Schiff, die gegen ein an Order des Verkäufers gestelltes Konnossement erfolgen, tritt die Beschränkung erst ein, wenn der Verkäufer das indossierte Konnossement oder statt dessen wenigstens die (im Handelsverkehr übliche) Verladungsanzeige dem Käufer absendet, wonach es sich nach Handelsgebrauch entscheidet, ob die Konzentration schon mit Absendung oder erst mit Zugang der Anzeige eintritt (RG 88, 393; Warn 1918 Nr 218). — Die **Rechtsfolgen der Beschränkung** des Schuldverhältnisses sind im einzelnen die, daß die Gefahr im Sinne der §§ 275, 323 auf den Gläubiger übergeht (RG 88, 390), der Schuldner mithin zutreffendenfalls von seiner Leistungspflicht frei wird, aber seine Gegenansprüche behält, und daß anderseits der Schuldner grundsätzlich gebunden ist, eben die Sache zu leisten, die er angeboten oder zur Versendung abgeliefert hat. Daraus folgt aber, daß der Schuldner fortan auch nicht mehr berechtigt ist, ohne Einverständnis mit dem Berechtigten die angebotene Sache gegen eine andere umzutauschen. Eine Ausnahme könnte hier allein insoweit zugelassen werden, als gegen den Gläubiger, der den Umtausch verbieten wollte, der allgemeine Grundsatz des § 226 (das Schikaneverbot) oder des § 242 Platz griffe. So jetzt angenommen in RG 91, 110, wonach dem Verkäufer, der eine annehmbare Ware geliefert, sie aber auf Wunsch des Käufers zurückgenommen hatte, das Recht zuerkannt wird, unverzüglich eine andere Sache der geschuldeten Art zu liefern, wofern die daraufhin erfolgte Annahmeweigerung des Käufers gegen Treu und Glauben verstoßen hatte. Gleichzeitig ist ausgeführt worden, daß in dem Zurückgeben und Zurücknehmen der zuerst gelieferten Ware keine Wandlung, sondern nur die Rückgängigmachung des Erfüllungsgeschäfts lag.

4. Die Beweislast. Bis zur Annahme der Sache trifft regelmäßig den Schuldner die Beweislast dafür, daß die angebotene Sache der Gattung entspricht; nach der Annahme hat gemäß § 363 der Gläubiger zu beweisen, daß den Voraussetzungen des § 243 Abs 1 nicht genügt worden ist.

§ 244

Ist eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld im Inlande zu zahlen, so kann die Zahlung in Reichswährung erfolgen, es sei denn, daß Zahlung in ausländischer Währung ausdrücklich bedungen ist[1]).

Die Umrechnung erfolgt nach dem Kurswerte, der zur Zeit der Zahlung für den Zahlungsort maßgebend ist[2]).

E I 215 II 208; M 2 12; P 1 289.

1. Geldschuld. Geld bildet das allgemeine Tauschmittel des Verkehrs und zugleich den allgemeinen Wertmesser. Wenn es rechtlich anerkannt ist — Staatsgeld —, dient es als allgemeines Zahlungsmittel. Als Stoff kommen in Betracht Metalle wie Papier, und je nach dem vom Staate angenommenen System unterscheidet man Gold-, Silber-, Doppel- oder Papierwährung. Geld hat aber die Bedeutung als der allgemeine Wertmesser nur für das Inland; im Ausland gilt es lediglich als Ware (RG 96, 266). **Währung** bedeutet die staatlich anerkannte Rechnungseinheit (Markwährung, Talerwährung). Die besondere Bedeutung des Währungsgeldes ist die, daß solches als Zahlungsmittel angenommen werden muß. Dadurch unterscheidet es sich von anderen im Verkehr zugelassenen Zahlungsmitteln (dem nur „usuellen" Gelde). „Währungsgeld hat einen Zwangskurs", d. h. es besteht die allgemeine Verpflichtung, es zu dem ihm vom Staate beigelegten Nennwert anzunehmen. Der Kurswert entspricht dem „inneren" im Verkehr anerkannten Werte (Metallwerte) des Geldmittels. Das im Reiche anerkannte Geldsystem ist grundsätzlich das der Goldwährung. Es beruht auf den Gesetzen vom 4. Dezember 1871, 9. Juli 1873 und 1. Juni 1909. Papiergeld dient als Ersatzmittel für eigentliches Geld. Seine Gleichstellung mit dem letzteren gründet sich auf Rechtssatz. Für das Reich kommen in Betracht Reichskassenscheine (Ges. v. 30. 4. 74) und Banknoten (BankG v. 14. 3. 75). Die Rolle des Geldes vertreten beide insofern, als sie im Falle der Annahme als wirkliches Zahlungsmittel dienen, mithin nicht nur eine Hingabe an Zahlungs Statt bewirken. Zur vollen Erfüllung des Begriffs des Staatsgeldes fehlt ihnen aber die Voraussetzung des Zwangskurses. Eine Verpflichtung zu ihrer Annahme als Zahlungs-

mittel, und zwar zum Nennwerte, besteht bei den von der Reichsschuldenverwaltung ausgefertigten Reichskassenscheinen nur für alle Reichs- und Landeskassen, bei Banknoten (in Form eines Zahlungsversprechens, ausgegeben von der Reichsbank und anderen Zettelbanken) nur für die Notenbanken. — Sachenrechtlich gehört Geld unter die vertretbaren Sachen im Sinne des § 91. Es finden insoweit über den Eigentumserwerb und Besitz im allgemeinen die sachrechtlichen Grundsätze Anwendung. Besondere Bestimmungen enthält jedoch der § 935 Abs 2. — Eine **Geldschuld** steht in Frage, wenn die Verbindlichkeit auf Zahlung einer Geldsumme geht, eine Geldsortenschuld (§ 245), wenn nicht schlechthin Geld, sondern eine bestimmte Sorte Geld geschuldet wird. In beiden Fällen handelt es sich um Gattungsschulden. Eine Speziesschuld liegt vor, wenn genau (individuell) bestimmte Geldstücke (beispielsweise eine bestimmte Sammlung) zu leisten sind. — Sonderbestimmungen über die Leistungspflicht geben die §§ 270, 301, 1283, 1653. — Usuelles Geld ist alles, was der Verkehr als Zahlungsmittel gelten läßt, also auch ausländische Münzen, Reichskassenscheine usw. (RG 87, 22).

2. Die Geldschuld bildet einen wichtigen Fall der Gattungsschuld. Zu unterscheiden ist dabei folgendes: a) Falls die Schuld in **inländischer Währung** ausgedrückt ist, kann allein mit inländischem Gelde gezahlt werden, und zwar regelmäßig nach Maßgabe des MünzG v. 1. 6. 09. b) Ist die Geldschuld in **ausländischer Währung** ausgedrückt und ausdrücklich die Zahlung in dieser Währung bedungen, so ist das bindend. Fehlt eine derartige Abmachung, so hat der Schuldner die Wahl, in der Währung des Reiches oder des Auslandes zu zahlen. Wenn nötig, ergibt sich der geschuldete Betrag aus der Umrechnung, wobei derjenige Wert in Ansatz zu bringen ist, den die ausländische Währung „zur Zeit der Zahlung", d. h. zur Zeit der Fälligkeit am Orte der Zahlung, nämlich am Erfüllungsorte (§§ 269, 270), im Verkehre hat (RG 96 S. 123 u. 264). Ist der inländische Schuldner mit seiner im Inlande zu zahlenden Geldschuld in Verzug geraten, dann kann sich weder der inländische noch der ausländische Gläubiger auf das Sinken des Geldwerts berufen, solange der Staat das bisherige Geld als Wertmesser in gleichbleibender Kraft beibehalten hat; wohl aber kann der ausländische Gläubiger, für den das deutsche Geld nur als Ware, nicht aber als geltender Wertmesser in Betracht kommt, den sich daraus ergebenden Verzugsschaden geltend machen (RG 96, 265).

§ 245

Ist eine Geldschuld in einer bestimmten Münzsorte zu zahlen, die sich zur Zeit der Zahlung nicht mehr im Umlaufe befindet, so ist die Zahlung so zu leisten, wie wenn die Münzsorte nicht bestimmt wäre[1]).

E I 216 II 209; M 2 15; P 1 290.

1. **Geldsortenschuld.** Vgl. § 244 A 1. Fall der nach § 1115 eintragungsfähigen sog. Goldklausel (RG 50, 145). Bloße Erschwerung in der Verschaffung der bestimmten Münzsorte entbindet den Schuldner von dieser Verpflichtung nicht. Voraussetzung des § 245 ist auch, daß sich die bestimmte Münzsorte überhaupt nicht mehr im Umlaufe befindet, daher ist er unanwendbar, wenn sich der eigentliche Leistungsanspruch in einen Anspruch auf Schadensersatz verwandelt hat und deshalb der zu erstattende Betrag vom Richter nicht in der bestimmten Münzsorte (österreichische Krone), sondern in der allgemein geltenden (deutschen) Währung ausgesprochen wird (RG 96, 121). — Die Bestimmung des § 245 schließt die Anwendbarkeit der Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung so lange aus, als die im Gesetze vorgesehene andere Erfüllungsart möglich ist (streitig).

§ 246

Ist eine Schuld nach Gesetz oder Rechtsgeschäft zu verzinsen, so sind vier vom Hundert für das Jahr zu entrichten[1]), sofern nicht ein anderes bestimmt ist[2])[3]).

E I 217 II 210; M 15; P 29.

1. Den Begriff **Zinsen** gibt das Gesetz nicht. Aus seinem Wortlaute geht nur so viel hervor, daß Zinsen das Bestehen einer Schuld voraussetzen. Diese Voraussetzung stempelt die Zinsschuld zu einer Nebenverbindlichkeit, und inhaltlich stellt die letztere die Verpflichtung zu einer Vergütung für den Gebrauch des dem Schuldner gewährten Gegenstandes dar; die Vergütung selbst aber besteht aus einem im voraus bestimmten Bruchteile des Kapitals (RG 86, 400). Vgl. zum Begriffe Zinsen auch RG Warn 1910 Nr 417. Leistungen, die, wie Renten, allein für sich geschuldet werden, können somit nicht als Zinsen gelten. Ebensowenig Dividende, da diese nicht eine Schuld der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter, sondern dessen in seinem Mitgliedschaftsrechte begründeten Gewinnanteil darstellen, und weil sie nicht im voraus

als Bruchteil auf das Kapital fest bemessen sind (RG 86, 401). Ebensowenig Mietzinsen, weil diese keine Nebenverpflichtung, sondern die Gegenleistung des Mieters bedeuten. Endlich auch nicht Amortisationsquoten, weil diese als Zuschläge zu den Zinsen zur allmählichen Tilgung der Schuld, nicht aber zur Vergütung dienen (RG 54, 92; 91, 299). — Aus der Natur der Zinsen als Nebenverbindlichkeit folgt, daß die Nichtigkeit des Hauptanspruchs auch die Nichtigkeit des Zinsanspruchs zur Folge haben muß (RG 74, 81). Aber nicht folgt gleichfalls, daß auch der Fortbestand eines einmal wirksam entstandenen Zinsanspruchs vom Fortbestehen der Hauptschuld abhängt. Der einmal entstandene Anspruch besteht vielmehr selbständig für sich weiter und erlischt weder durch die Tilgung der Hauptschuld, noch durch deren Erlaß, wofern dieser sich nicht zugleich auf die Zinsen erstrecken sollte, was Sache der Auslegung ist. Nur die Verjährung der Hauptschuld hat gemäß § 224 auch den des Zinsanspruchs zur Folge, selbst wenn die für diesen geltende besondere Verjährung noch nicht vollendet war. Hinsichtlich der kurzen Verjährungsfrist vgl. § 197. — Daß Zinsen, wiewohl sie eine Nebenverbindlichkeit darstellen, dennoch selbständig, ohne die Hauptforderung, übertragen, anderseits dem die Hauptforderung abtretenden Gläubiger vorbehalten, gepfändet (§§ 851ff. ZPO) und eingeklagt werden können, und daß sonach gegebenenfalls auch das Recht auf die Hypothekenzinsen einem andern zustehen kann als dem Hypothekar (gemäß § 1145 Abs 2 unter Umständen dem Eigentümer, während die Hypothek im übrigen dem Gläubiger verbleibt), folgt grundsätzlich daraus, daß es sich bei dem Rechte auf den Zinsgenuß um ein bestimmtes Forderungsrecht im Sinne des § 241 handelt, und daß auch erst künftige und bedingte Forderungen übertragbar sind (RG 74, 78; 86, 218, wo zugleich angenommen ist, daß über das abgetretene künftige Zinsrecht ein Zweighypothekenbrief gebildet werden, und daß der Vorbehalt des Zinsrechts für den die Hauptforderung abtretenden Gläubiger die Belastung der Haupthypothek mit einem Nießbrauchsrechte jenes Gläubigers darstellen kann, so daß der § 876 Platz greift). Möglich ist es endlich auch, daß der Schuldner einem andern als dem Gläubiger und auch ohne dessen Mitwirkung ein selbständig verpflichtendes Verzinsungsversprechen nach § 780 abgibt (RG 94, 138).

Nach dem Verpflichtungsgrunde sind zu unterscheiden **gesetzliche** Zinsen und **Vertragszinsen.** Die letzteren unterliegen an sich keiner Beschränkung, weder hinsichtlich der Form des Versprechens, noch hinsichtlich des Zinsmaßes. Nichtig sind nur gemäß § 138 wucherliche Abmachungen, vgl. auch die §§ 247, 248. Fällig sind bedungene Zinsen mangels besonderer Abmachung mit dem Ablaufe des Jahrs („für das Jahr"). Hinsichtlich der Darlehnszinsen vgl. § 608. — Gesetzliche Zinsen sind vorgesehen bei der Bereicherung (§§ 820, 818), der Verpflichtung zur Rückgabe einer Geldsumme (§ 347), bei der Verwendung fremden Kapitals im eigenen Interesse (§§ 668, 698, 1834), der Verpflichtung zum Ersatze von Aufwendungen (§ 256), der gleichzeitigen Nutzung von Kaufsache und Kaufgeld (§ 452) — ähnlich bei der Werkverdingung (§ 641 Abs 2) —; endlich beim Verzuge (§§ 288, 291; Prozeßzinsen). Die Höhe der gesetzlichen Zinsen beträgt nach § 246 allemal 4 Prozent. Gemeinsam für gesetzliche und Vertragszinsen gelten hinsichtlich der Verjährung die Bestimmungen der §§ 197, 218, 223, 224. Gemäß §§ 62, 63 KO ist während des Konkursverfahrens der Zinsenlauf gehemmt. — Zinsen können auch durch Urteil zugesprochen werden, Urteilszinsen, aber gemäß § 308 ZPO nur auf Antrag. Auf solche Zinsen findet § 246 keine Anwendung. Auch die Höhe der Urteilszinsen kann vielmehr nur urteilsmäßig festgesetzt werden, nötigenfalls durch Ergänzungsurteil gemäß § 321 ZPO. Welcher Art die **Hauptschuld** sein muß, besagt das Gesetz nicht. Es spricht ausdrücklich nur von „Schuld", ohne Einschränkung auf „Geldschuld". Danach kann jede Schuld verzinslich sein, die die Verpflichtung zur Erstattung einer dem Schuldner gewährten Gattungssache enthält. — Wird ein **Zinssatz** nicht vereinbart, so greift bei Vertragszinsen ergänzend die Bestimmung von § 246 ein, und es müssen danach 4 vom Hundert als vereinbart gelten.

2. **Anderweite Gesetze.** Nach § 352 HGB beträgt die Höhe der Zinsen bei Handelsforderungen 5 Prozent, nach Artt 7, 50, 51 WO für Regreßansprüche des Wechselinhabers und der Indossanten 6 vom Hundert. — Bei Enteignungen ist die dem Enteigneten zum Ersatze für die seinem Restbesitze zugefügten Nachteile zu gewährende Summe nicht nach dem Zinsfuße des § 246 zu berechnen; vielmehr sind die zur Zeit des Feststellungsbeschlusses bestehenden örtlichen Verhältnisse maßgebend (RG 74, 45).

3. **Übergangsrecht.** Gemäß Art 170 EG bleiben hinsichtlich der vor dem 1. 1. 00 entstandenen Schuldverhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend. Das muß also auch hinsichtlich der Zinsen gelten.

§ 247

Ist ein höherer Zinssatz als sechs vom Hundert für das Jahr vereinbart, so kann der Schuldner nach dem Ablaufe von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen. Das

Kündigungsrecht kann nicht durch Vertrag ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Diese Vorschriften gelten nicht für Schuldverschreibungen auf den Inhaber[1][2].

E I 358 II 211; M 196; P 473.

1. Hierdurch wird die Vertragsfreiheit bei Vereinbarung der Höhe des Zinsfußes zwar nicht beschränkt, aber dem Schuldner ist, wenn **mehr als 6 vom Hundert vereinbart sind,** aus sozialpolitischen Gründen ein **Kündigungsrecht** gewährt. Die Bestimmung greift nicht Platz, wenn neben 5% Zinsen eine Beteiligung am Gewinne versprochen ist (RG 86, 399). Über die Berechnung der mit dem Tage der Vereinbarung beginnenden Frist vgl. § 188. Ihr Lauf muß von der getroffenen Abmachung ab beginnen, weil der Schuldner schon in diesem Zeitpunkte zur Ausübung des Rechtes befugt ist. Die **Kündigung** (über den Unterschied von Rücktritt vgl. § 346 Anm 1) ist eine einseitige, empfangsbedürftige, bedingungsfreie Erklärung, die das Schuldverhältnis für die Zukunft aufheben soll und aufhebt (RG 91, 309), und daher nicht einseitig widerruflich ist (RG JW 1911, 39). Sie bedarf an sich keiner Form, ist die Form verabredet, dann wird der Formmangel vom Erklärungsempfänger nicht gerügt werden können, wenn er die Kündigung widerspruchslos angenommen hat (§ 242). Ist die Kündigung mittels eingeschriebenen Briefes ausbedungen, dann genügt es dennoch zur Wirksamkeit der Kündigung, wenn sie dem Gegner tatsächlich zugegangen ist, und daher genügt auch im gedachten Falle die Kündigung mittels Klageerhebung, wie in einer solchen überhaupt eine Kündigung gefunden werden kann (RG 53, 213; 77, 70). — Über Schuldverschreibungen auf den Inhaber vgl. §§ 793ff.

2. **Übergangsrecht.** Der § 247 findet auch auf die vor dem 1. 1. 00 entstandenen Schuldverhältnisse Anwendung (RG 66, 411).

§ 248

Eine im voraus getroffene Vereinbarung, daß fällige Zinsen wieder Zinsen tragen sollen, ist nichtig.

Sparkassen, Kreditanstalten und Inhaber von Bankgeschäften können im voraus vereinbaren, daß nicht erhobene Zinsen von Einlagen als neue verzinsliche Einlagen gelten sollen. Kreditanstalten, die berechtigt sind, für den Betrag der von ihnen gewährten Darlehen verzinsliche Schuldverschreibungen auf den Inhaber auszugeben, können sich bei solchen Darlehen die Verzinsung rückständiger Zinsen im voraus versprechen lassen[1].

E I 358 II 212; M 196; P 475.

1. **Zinseszinsen.** Verbot des Anatozismus. Vgl. auch § 289, betreffend Verzugszinsen; ferner zu Abs 2 § 355 Abs 2 HGB, betreffend eine weitere Ausnahme vom Zinseszinsverbote beim Kontokorrentverkehre. Vgl. dazu RG 95, 19. Eine Vereinbarung, daß sich der Zinssatz bei unpünktlicher Zinszahlung erhöht, ist zulässig (RG 37, 274). Zinsen sind im Sinne des § 13 Abs 1 ZVG rückständig, wenn sie für eine Zeit bis zum letzten Fälligkeitstermine vor der Beschlagnahme zu entrichten waren und der Anspruch auf sie noch nicht erloschen war (RG 91, 301).

Schadensersatz

Die §§ 249—253 regeln die Frage, in welcher Weise Schadensersatz zu leisten ist, § 254 handelt vom mitwirkenden Verschulden des Berechtigten, § 255 von dem etwaigen Gegenanspruche des Verpflichteten. — Über den Begriff Schaden und über die Entstehung der Verpflichtung zum Schadensersatze sind weder hier, noch sonst zusammenfassende, einheitliche Bestimmungen gegeben. Im allgemeinen ist folgendes zu sagen:

1. **Schaden** bedeutet die infolge eines bestimmten Ereignisses gegen ihren Willen eingetretene Verschlimmerung des Zustandes einer Person in Ansehung eines ihr zustehenden Rechtsgutes (Person, Freiheit, Ehre, Vermögen). Der Vermögensschaden, den das Gesetz wesentlich im Auge hat (Warn 08 Nr 58), setzt die Beeinträchtigung eines wirtschaftlichen Gutes voraus (RG JW 1910, 934⁴). Eine solche Verschlimmerung ist schon gegeben, sobald die Lage des Ersatzberechtigten sich in rechtlichen oder wirtschaftlichen (RG Gruch 59 S. 338 u. 912) Verhältnissen irgendwie erkennbar verschlechtert hat; wozu es beispielsweise auch genügt, wenn der Berechtigte an Stelle einer unbestrittenen Forderung eine erst im Prozeßwege durchzusetzende erhalten hat (RG 62, 331); oder wenn eine Forderung durch Versehen des Haftbaren (Rechtsanwalts) der Verjährung verfallen ist (RG 90, 85). Es handelt sich alsdann

nicht um einen erst drohenden, sondern um einen bereits eingetretenen, verfolgbaren Schaden, und der Berechtigte braucht sich nicht auf künftige, möglicherweise zur Ausgleichung führende Maßregeln verweisen zu lassen (RG 62, 321; 76, 146; 90, 83); er kann vielmehr nach § 249 alsbaldige Erstattung verlangen und braucht sich daher auch nicht auf die Möglichkeit eines anderweiten Ersatzes verweisen zu lassen (RG 80, 254). Wer einen Schaden erleidet, hat ihn an und für sich auch selbst zu tragen, und es bedarf eines besonderen Rechtsgrundes, um ihn auf einen andern abwälzen zu können (Casus a nullo praestantur, casum sentit dominus, cujus est commodum ejus est periculum). Rechtsgründe der fraglichen Art sind entweder rechtsgeschäftlicher Natur — der Versicherungsvertrag —, oder gesetzlicher. Weitere Voraussetzung für die Haftung eines andern ist grundsätzlich, daß ein vom Gesetze ausdrücklich geschütztes Rechtsgut verletzt worden ist (§ 823). Die Auffassung, daß man allgemein für vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vermögensschaden hafte, ist dem BGB fremd (RG 57, 354; 59, 38; vgl. auch § 276 A 1).

2. Verpflichtung zum Schadensersatze. Nach allgemeinem Grundsatze ist zum Schadensersatze nur derjenige verpflichtet (RG 60, 345; 51, 411), der den Schaden eines andern verschuldet, d. h. den Erfolg durch ein schuldhaftes Verhalten verursacht hat. — Das Nähere über den Begriff der vertretbaren Schuld bei § 276. — In Betracht kommt Verschulden innerhalb oder außerhalb eines bestehenden Vertragsverhältnisses, und dementsprechend handelt es sich um Haftung für Vertragsschaden oder außerkontraktlichen Schaden. Die Haftung ohne Rücksicht auf Verschulden setzt jedesmal eine Sonderbestimmung voraus. Einer Gruppe der hier zutreffenden Fälle liegt die Rechtsauffassung zugrunde, daß schon die Veranlassung des Schadens ersatzpflichtig macht. Dahin gehört die Haftung für das negative Vertragsinteresse im Falle des § 122 (vgl. dort A 2), ferner der Anspruch des Grundeigentümers auf Schadensersatz in den Fällen, in denen ihm das Recht, Angriffe in sein Eigentum abzuwehren, entzogen ist (RG 58, 134; 63, 376; vgl. § 906 A 1). In anderen Fällen endlich ist die Haftbarkeit vorgesehen sogar für einen solchen Schaden, den der Ersatzverpflichtete nicht „verursacht" und auch nicht einmal „veranlaßt" hat, indem hier die Haftung ausschließlich an einen gewissen Tatbestand geknüpft ist. Dahin gehört die Haftung des Tierhalters (§ 833), des Grundstücksbesitzers nach § 836, die Haftung für Hilfspersonen im Sinne des § 278. Vgl. ferner HaftpflG §§ 1 u. 2. Eine Folge, die in der Sache selbst ihre Begründung findet, ist es, daß überall, wo die Haftung ein Verschulden voraussetzt, Bedingung für ihren Eintritt grundsätzlich auch die persönliche Zurechnungsfähigkeit des Täters ist; während in den sonstigen Fällen allein der sachliche Tatbestand entscheidet. In einzelnen Fällen läßt das Gesetz eine geminderte Haftung eintreten; vgl. § 276 A 5.

3. Der ursächliche Zusammenhang. Soweit die Ersatzpflicht voraussetzt, daß der Haftbare den Schaden verursacht hat, liegt die Frage nach dem ursächlichen Zusammenhange vor. Die verschiedenen Lehren hierüber wiederzugeben, würde zu weit führen. Das Richtige dürfte sein, daß ein Schaden jemandem als von ihm verursacht anzurechnen ist, wenn nach dem gesamten Erfahrungswissen anzunehmen ist, daß durch sein Verhalten eine Bedingung gesetzt worden sei, die geeignet war, den Eintritt des schädigenden Ereignisses zu ermöglichen. Die Probe darauf liegt in der Frage, ob der Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn die Tätigkeit des Betreffenden ausgeschaltet würde. Freilich darf dem in Anspruch Genommenen nicht ausnahmslos jedwede Folge, die ohne sein Verhalten ausgeblieben wäre, schon um deswillen zugerechnet werden. Die Zurechenbarkeit wird vielmehr auch im vorausgesetzten Falle dann zu verneinen sein, wenn sich der schädliche Erfolg nur wegen Verquickung ganz besonderer Umstände hat einstellen können, oder wenn bei der Rückschau anzunehmen ist, daß zur Zeit der Tat der Erfolg nach allgemeinem Erfahrungswissen gar nicht zu erwarten oder gar nicht voraussehbar gewesen war. Die gesetzte Bedingung muß mithin „im allgemeinen" und nicht nur unter besonders eigenartigen Umständen zur Ermöglichung oder zur Herbeiführung des Erfolgs geeignet gewesen sein = **adäquater Zusammenhang** (RG 69, 58; 72, 327; 81, 361; JW 1911, 579[17]; 1912, 581[1]). Jedenfalls sind mittelbare Folgen nur insoweit zuzurechnen, als ihr Eintritt nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise in Betracht zu ziehen war (RG 78, 272). Erforderlich für den adäquaten Zusammenhang ist aber nicht, daß der Täter die Folgen voraussehen konnte (RG 66, 253; 69, 344; 81, 361); vielmehr genügt es, wenn durch die Tat die objektive Möglichkeit des Eintritts eines Erfolgs der gegebenen Art erhöht und begünstigt wurde; voraussehbare Folgen und adäquate Folgen sind nicht dasselbe (RG 69, 59; 81, 361). Anderseits ist freilich keineswegs erforderlich, daß der Erfolg der Regel nach hätte eintreten müssen. Auch die bloße Möglichkeit, daß der Schaden etwa auch ohne die Tätigkeit des haftbar Gemachten eingetreten wäre, beseitigt die Zurechenbarkeit des Erfolgs und die Haftung für ihn noch nicht (RG 25. 1. 06 VI 168/05; 81, 361). Nicht erforderlich ist ferner, daß das Verhalten des Täters das Ereignis unmittelbar herbeigeführt hat. Es genügt schon, wenn sein Verhalten nur ermöglicht hat, daß erst ein weiter hinzukommendes, wenngleich nicht voraussehbar gewesenes Ereignis zur letzten, unmittelbaren Ursache des Schadens geworden ist (RG 50,

222 zu § 833). Man haftet also auch für die mittelbar verursachten Folgen; z. B. für die vermögensrechtlichen Schadenswirkungen der fahrlässigen Tötung eines andern, selbst wenn dieser Erfolg nicht voraussehbar war (RG 69, 344); ferner möglicherweise auch für die gesundheitliche Schädigung, die ein Verletzter erst infolge der Aufregungen erleidet, die der von ihm angestrengte Prozeß mit sich gebracht hat — wobei anderseits freilich auch sein mitwirkendes Verschulden in Betracht kommt — (RG 75, 19). Die Schadensersatzpflicht wegen Körperverletzung erstreckt sich auch auf die Folgen fehlerhafter ärztlicher Behandlung (RG SeuffA 67 Nr 57). Erforderlich ist für das Vorhandensein des ursächlichen Zusammenhangs endlich nicht, daß das schädigende Ereignis die einzige Ursache des Erfolgs gewesen ist; es können dazu vielmehr, ohne daß hierdurch notwendig der ursächliche Zusammenhang unterbrochen wird, mehrere Ursachen mitgewirkt haben (RG 66, 109; 69, 58; 73, 290; 81, 361; JW 1911, 399[6]; SeuffA 70 Nr 151), die nicht einmal untereinander gleichartig zu sein brauchten (RG 73, 290; JW 11, 39[21]). Und es genügt somit, wenn die eine Tatsache nur eine der mehreren mitwirkenden Ursachen für den schädigenden Erfolg darstellt, falls nur die Verbindung zwischen ihnen allen nicht eine nur so lose ist, daß der Erfolg nach der Auffassung des Lebens nicht mehr als eine Folge der fraglichen Tatsache in Betracht kommt (RG JW 1910, 650[6]; Warn 1912 Nr 244). Ist beispielsweise jemand durch einen Stoß verletzt, und hat dieser Stoß die schädlichen Folgen auch nur deswegen hervorgerufen, weil sich die Krankheit infolge einer bei ihm bereits vorhandenen nervösen Veranlagung entwickelt hat, dann sind dem Täter die gesamten schädlichen Folgen zuzurechnen (RG Warn 1911 Nr 363). Vgl. auch RG 91, 349. Dagegen darf durch das weitere Ereignis der Kausalzusammenhang nicht derart „unterbrochen" worden sein (vgl. darüber noch weiter unten), daß dadurch die voraufgegangene Handlungsweise des Täters für den Eintritt des Schadens bedeutungslos geworden ist. Es darf also nicht der schädliche Erfolg durch die Tat gegen den natürlichen Lauf der Dinge (RG JW 17, 849[4]) durch das Hinzutreten eines derartigen andern Ereignisses herbeigeführt worden sein, welches den Schaden auch ohne die Tat verursacht haben würde (RG JW 1913, 546[12]). Vgl. § 276 A 4. Kurz gesagt: in dem Verhalten des Täters muß eine den ganzen Erfolg umfassende, wenn auch nicht die ausschließliche Ursache zu finden sein (RGSt 22, 175; RG 69, 58; 53, 116). Beispielsweise A schließt B widerrechtlich bei Nachtzeit ein, um ihn am Ausgange zu hindern; es entsteht Feuer im Hause und B kommt dabei um. Hier hat A den Unfall zwar nur mittelbar verursacht, aber er ist haftbar, falls man nicht etwa annehmen wollte, daß der Unfall, nach allgemeiner Erfahrung bemessen, völlig außer dem Bereiche aller Voraussehbarkeit lag. Falls dagegen B, von A verwundet und deshalb ins Krankenhaus geschafft, hier von seinem Feinde angetroffen und in Benutzung dieses Umstandes getötet worden ist, kann A nicht haftbar sein, weil seine Tat nur infolge des Zusammentreffens ganz besonderer, eigenartiger Umstände zur Ermöglichung des letzten Ereignisses beigetragen hat (Fehlen eines adäquaten Zusammenhangs). Wäre freilich B unter den gegebenen Voraussetzungen an dem in der Anstalt etwa herrschenden Wundfieber gestorben, so wäre ein „adäquater" Kausalzusammenhang und damit die Haftung des A gegeben (vgl. auch RG 56, 179; ferner 69, 59). — Der Umstand, daß der nämliche, durch das Tun des Schädigers herbeigeführte Erfolg ohnedies durch ein späteres Geschehnis verursacht worden wäre, beseitigt den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tat und dem eingetretenen Erfolge nicht und vermag den Täter von seiner Verantwortlichkeit für den Erfolg nicht zu entlasten. Nur hinsichtlich des Umfangs des ersatzfähigen Schadens kann der bezeichnete Umstand von Erheblichkeit sein. Ist beispielsweise A dem B gemäß §§ 842, 843 wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung ersatzpflichtig, dann wird es als mindernd zu berücksichtigen sein, wenn festzustellen ist, daß B ohnehin wegen Krankheit in Bälde erwerbsunfähig geworden wäre, und haftet der Verkäufer, weil er vertragswidrig ein anderes als das ihm bezeichnete Beförderungsmittel gewählt hat, und ist auch das bezeichnete, nicht benutzte Schiff etwa untergegangen, dann kann A nur insoweit ersatzpflichtig sein, als durch die Benutzung dieses Schiffes ein niederer Schaden eingetreten wäre. — Ein Gläubiger, der sich von seinem Schuldner aus Mitteln befriedigen läßt, von denen er weiß, daß sie durch Betrug erlangt waren, kann auch seinerseits noch den Betrogenen deswegen schädigen, weil er diesem die Möglichkeit entzieht, die ihm durch den Betrug des Schuldners entzogenen Mittel von dem letzteren wieder zu erlangen (RG 94, 193ff.). — Der adäquate ursächliche Zusammenhang kann auch dann gegeben sein, wenn zwischen der gesetzten Schadensursache und dem späteren Schadenseintritte ein langjähriger Zwischenraum liegt, wofern nur die Wirkungsmöglichkeit so lange fortgewährt hat (RG 95, 76 — betreffend einen Bergschaden).

Schon aus dem vorhergehenden ergibt sich, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des haftbar zu Machenden und dem eingetretenen Schaden grundsätzlich auch dadurch nicht ausgeschlossen wird, daß zum Eintritte des Erfolgs unabhängig vom Genannten noch andere Personen mitgewirkt haben. Es handelt sich auch hier um die Frage der **Unterbrechung des ursächlichen Zusammenhangs.** Eine solche liegt niemals vor, wenn die vom Täter zunächst gesetzte Ursache ungeachtet der Handlungen einer andern Person

derart fortwirksam geblieben ist, daß der eingetretene Erfolg nicht ausschließlich auf das anderweite nachfolgende Ereignis ursächlich zurückgeführt werden kann. Die Handlungen beider Personen können alsdann vielmehr ursächlich zusammengewirkt haben. Unterbrochen ist dagegen der Kausalzusammenhang, wenn das Verhalten des haftbar Gemachten für den Erfolg von keiner ursächlichen Bedeutung mehr war (RGSt 5, 29; 7, 332). Beispielsweise: A hat B tödlich verwundet. Bevor jedoch diese Verletzung ihre Wirkung herbeizuführen vermag, wird B unabhängig von A durch C getötet. Hier ist der ursächliche Zusammenhang unterbrochen. Wäre aber B zur ärztlichen Behandlung in ein Krankenhaus geschafft, dort einer notwendigen Operation durch einen Dritten unterzogen worden und unmittelbar infolge dieser verschieden, so wäre der ursächliche Zusammenhang bestehengeblieben (RG 66, 407; JW 1911, 754[9]). Auch durch eigenes sachwidriges Verhalten des Beschädigten wird der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen, sofern es nur durch die voraufgegangene schädliche, gefährliche Handlungsweise des Täters verursacht worden ist (RG 29, 120; 50, 95). — Über mitwirkende Ursache bei Unfallversicherungsverträgen vgl. § 157 A 3 a. E. —

Nicht nur positive Handlungen, sondern auch **Unterlassungen** können von ursächlicher Wirkung sein (RG 52, 376; 54, 53; 58, 334). Sie sind es dann, wenn positives Handeln den Eintritt des Erfolgs gehindert hätte, und zuzurechnen ist dieser als Folge der Unterlassung, wenn eine Verpflichtung zum Handeln, sei es auf Grund einer allgemeinen Rechtspflicht — beispielsweise eines allgemeinen polizeilichen Gebots —, sei es infolge eines besonderen Rechtstitels bestand; oder endlich, wenn die Pflicht zum Handeln aus einem voraufgegangenen Tun erwachsen war (vgl. RGSt 24, 239). Einen wesentlichen Fall solcher Art stellt die Haftung für die Verzugsfolgen dar (§§ 286, 287). Zu verweisen ist über den Begriff ursächlicher Zusammenhang insbesondere noch auf die Entscheidungen RGSt 4, 243; 5, 29; 6, 146; 15, 151; 19, 141; 22, 173; ferner RGZ 56, 180; JW 1910, 650[6]; 1913, 546[12]. Die Entscheidung über den ursächlichen Zusammenhang ist **revisibel** (RG JW 1911, 579[17]).

Beweislast. Der Kläger hat an sich auch den ursächlichen Zusammenhang darzutun; es genügt jedoch, wenn er zunächst ein solches Zusammentreffen der Tatsachen nachweist, welches nach dem durch die Erfahrung erkennbaren Zusammenhange der Dinge einen Schluß darauf rechtfertigt, daß die Vorgänge im Verhältnisse von Ursache und Wirkung stehen; insbesondere muß dies dann gelten, wenn die Vorgänge so verwickelt sind, daß die Ursächlichkeit wegen der Beschränktheit des menschlichen Erkenntnisvermögens nicht mit Sicherheit festgestellt werden kann; in solchen Fällen braucht der Geschädigte nicht einen alle andern Möglichkeiten ausschließenden Beweis zu führen, vielmehr hat dann der Beklagte Tatsachen darzutun, die eine anderweite als die vom Kläger behauptete ursächliche Wirkung ergeben; der Richter endlich hat die Frage des ursächlichen Zusammenhangs gemäß § 287 ZPO frei zu beurteilen (RG 95 S. 104 u. 249; SeuffA 70 Nr 151). — Auch für den erforderlichen Nachweis des Verschuldens genügt es zunächst, wenn ein äußerer Tatbestand nachgewiesen ist, der die Folgerung zuläßt, daß die Schadenszufügung bei ordnungsmäßigem oder pflichtgemäßem Verhalten vermieden worden wäre (RG 97, 116).

4. Umfang der Haftung. Sie geht so weit, als der ursächliche Zusammenhang reicht. Der Täter haftet danach im allgemeinen für allen Schaden, den er verursacht hat, und somit im allgemeinen nicht nur für die unmittelbaren, sondern auch für die mittelbaren Nachteile (vgl. oben A 3), wobei nicht Erfordernis ist, daß er den tatsächlich eingetretenen (konkreten) Schaden voraussehen konnte (RG 69, 344; 81, 361; Warn 08 Nr 122). Im Falle der Fahrlässigkeit beruht die Ersatzpflicht auf der pflichtwidrigen Unvorsichtigkeit, und dementsprechend kann auch die Haftung nur so weit gehen, als die schädlichen Folgen für einen gewöhnlichen Menschen überhaupt voraussehbar waren. In einzelnen Fällen läßt das Gesetz ausdrücklich auch für die zufälligen Folgen einstehen (§§ 287, 848; vgl. ferner § 701 und die Ausführungen bei § 203 A 2, betreffend den Begriff Zufall und die Haftung für höhere Gewalt).

5. Vorteilsausgleichung. Die Ersatzpflicht kann in keinem Falle weiter gehen, als Schaden entstanden ist. Möglich ist nun, daß das schädigende Ereignis wie Nachteile so anderseits auch Vorteile gebracht hat. In dem Falle besteht der Schaden nur aus dem „Nettobetrage", der sich bei Ausgleichung aller beiderseitigen aus derselben Wurzel entsprungenen Vermögens-Ab- und Zugänge ergibt (RG 54, 137 für den Fall eines durch Betrug herbeigeführten, demnächst angefochtenen Vertrags; 65, 60). Die Ausgleichung selbst vollzieht sich in Form einer Rechnungsaufstellung, nicht aber im Wege der Aufrechnung, da der Ersatzpflichtige aus den entstehenden Vorteilen keinen Gegenanspruch erwirbt (RG 54, 137). In Berücksichtigung zu ziehen sind schlechterdings nur solche Vorteile, die aus dem nämlichen Ereignisse erwachsen, das sich als schädlich erwiesen hat. Es muß sonach auch zwischen dem schädlichen Ereignisse und anderseits dem erlangten Vorteile ein ursächlicher, und zwar ein adäquater (oben Vorbem 3) Zusammenhang bestehen, so daß sich hiernach wie der Nachteil so anderseits auch die Vorteile als adäquate Folgen des vertretbaren Verhaltens eines andern darstellen (RG 80, 160). Ein bloß geschichtlicher Zusammenhang zwischen dem eingetretenen Schaden und dem erlangten Vorteile, der denkbar auch dann gegeben sein

kann, wenn Schaden und Vorteil je auf einer selbständigen Ursache beruhen, genügt dagegen nicht. Daher ist die Vorteilsausgleichung verneint worden, falls es sich nur um die Beseitigung der erlittenen Einbuße (reparatio damni) handelt (RG 59, 239; der Kläger hatte wertlose Aktien gekauft, diese alsdann aber vorteilhaft weiterverkauft); ferner kann dem ausgefallenen Hypothekengläubiger regelmäßig nicht der Vorteil entgegengehalten werden, den er anderseits durch günstigen Erwerb des Grundstücks erlangt hat (RG 65, 60; ein Notar war von seinem Auftraggeber haftbar gemacht worden, weil er verabsäumt hatte, ihn von dem Vorhandensein eingetragener Rechte in Kenntnis zu setzen; sein Einwand, daß sein mit der Hypothek ausgefallener Auftraggeber das Grundstück in der Zwangsversteigerung vorteilhaft erstanden habe, wurde zurückgewiesen). Der III. ZS hat sich indes in RG 84, 389 auf einen andern Standpunkt gestellt und ausgeführt, daß auch in derartigen Fällen ein adäquater Zusammenhang gegeben sei, weil das Bieten des Auftraggebers und demzufolge die Erstehung des Grundstücks „als mittelbar aber adäquat verursachte Folge des schädlichen Verhaltens des Anwalts anzusehen sei". Man wird dem beipflichten können. Fordert der Verkäufer nach § 326 Ersatz wegen Nichtabnahme der Ware, die er zur Zeit des Kaufabschlusses bereits angeschafft hatte, dann findet eine Vorteilsausgleichung zwar nicht insofern statt, als der Verkäufer die Ware anderweit mit Vorteil verkauft, weil insoweit nur ein geschäftlicher Zusammenhang besteht, wohl aber insoweit, als der Verkäufer die inzwischen im Preise gestiegene Ware in seinem Vorrate behalten hatte, denn hier hat dieselbe Tatsache den Schaden wegen Nichtabnahme der Ware und zugleich den Vorteil verursacht (RG 89, 284). Der erforderliche ursächliche Zusammenhang besteht auch dann nicht, wenn der durch den Verzug des Verkäufers geschädigte Käufer den Schaden durch anderweite Eindeckung wieder eingebracht hat (RG 90, 160). Ein ausgefallener Hypothekengläubiger kann, wenn das Grundstück durch widerrechtliche Fortschaffung von Gegenständen verschlechtert worden, den vollen, hierdurch verursachten Schaden ersetzt verlangen, auch wenn er das Grundstück zu einem billigen Preise erstanden hat (RG 73, 340). Die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung sind dann nicht erfüllt, wenn dasjenige Ereignis, das zugleich einen Vorteil gebracht hat, um deswillen schädlich geworden ist, weil der Täter schuldhaft gehandelt hat: beispielsweise infolge Anlegung eines Kanals durch eine Stadt wird ein Haus beschädigt, und der Schaden ist nur dadurch entstanden, daß die Stadt verabsäumt hat, die nötigen Sicherungsmaßregeln zu treffen; hier ist der etwaige Vorteil durch die Kanalanlage verursacht, der etwaige Schaden des Klägers dagegen durch das Versehen der Stadt (RG 19. 4. 11 V 493/10). Der Begriff des ursächlichen Zusammenhangs darf hier nicht zu eng gefaßt werden; Zusammenhängendes ist nicht zu trennen und die Billigkeit nicht unberücksichtigt zu lassen. Der erforderliche einheitliche Zusammenhang ist schon dann vorhanden, wenn die Schadensursache nach dem gewöhnlichen Laufe und der natürlichen Entwicklung der Dinge, wenn auch nur mittelbar und nur in Verbindung mit anderen, für sich allein betrachtet, selbständigen Ereignissen mit dazu beigetragen hat, dem Geschädigten einen Nutzen zu verschaffen, mit diesem also in adäquatem Zusammenhange steht; es sind mithin die Gesamtumstände des Falles und das wirtschaftliche Ergebnis ins Auge zu fassen. Aus diesen Gründen ist dem Mieter eines Wirtshauses ein Nachlaß an der Miete versagt worden, den er gefordert hatte, weil wegen des Krieges die Polizeistunde herabgesetzt war, während anderseits feststand, daß sich der Besuch des Wirtshauses wegen der durch den Krieg herbeigeführten Verhältnisse sehr gehoben hatte (RG 93, 144). Daher ist insbesondere auch ein für die Vorteilsausgleichung genügender Zusammenhang stets dann gegeben, wenn der Berechtigte wegen Nichterfüllung des Vertrags durch den Verpflichteten zwar in Schaden gekommen ist, die Nichterfüllung des Vertrags zugleich aber auch veranlaßt hat, daß der Berechtigte Maßregeln ergriff, die die Vermögensverminderung wieder ausglichen. Beispielsweise A ist seiner Verpflichtung, B sein Grundstück zu gewähren, nicht nachgekommen, B hat alsdann aber das zur Versteigerung gekommene Grundstück vorteilhaft erstanden; oder A hat seine vertragliche Verpflichtung, die Hypothek des B auszubieten, nicht erfüllt, B hat aber den Ausfall dadurch gedeckt, daß er das Grundstück selbst erstand (RG JW 09, 46[5]; 1912, 791[8]). Oder ein Hypothekengläubiger hat den ihm für seine Hypothek zugesagten Rang nicht erhalten, zieht sie demnächst ein und ersteht demnächst das Grundstück bei der durch ihn oder einen Dritten herbeigeführten Zwangsversteigerung vorteilhaft (RG 84, 386; vgl. auch JW 1916, 577[5]). Hat der Verkäufer Ersatz zu leisten, weil das verkaufte Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist (§ 434), verzichtet demnächst aber der Berechtigte infolge der Bemühungen des Verkäufers auf die Dienstbarkeit gegen Bestellung eines minder drückenden Rechtes durch den Käufer, dann findet eine Vorteilsausgleichung statt (RG 23. 6. 15 V 46/15). Haftet der Verkäufer auf Schadensersatz, weil er dem Käufer die Mieten zu hoch angegeben hat, so findet die Vorteilsausgleichung statt, wenn der Käufer den Mietsertrag von dem Zeitpunkte ab, wo er in den Genuß des Grundstücks eintritt, selbst auf die angegebene Höhe gesteigert hat (RG JW 1911, 644[8]; SeuffA 67 Nr 51). — Mit Recht nimmt anderseits

RG 80, 160 an, daß auch in anscheinend zutreffenden Fällen die Vorteilsausgleichung nicht immer Platz greifen kann, weil die besonderen Umstände die Annahme eines adäquaten Zusammenhangs zwischen dem Schaden und dem Vorteile schließlich dennoch ausschließen. So, wenn ein Rentner, der keine derartigen Geschäfte machen wollte, genötigt sein würde, ein (unfertiges) Gebäudegrundstück zu erwerben; denn alsdann sei dieser Erwerb auf eine neue, selbständige Entschließung, nicht aber auf das schädigende Ereignis ursächlich (adäquat) zurückzuführen. Die Entschädigungsforderung des in einem Betriebe Beschädigten wird nicht durch die Leistungen der Betriebsverwaltung (gemäß dem Unfallfürsorgegesetze) beseitigt, weil diese Leistungen nur gegen Übergang der Forderung gegen den Dritten gemäß § 12 Nr 3 des Ges. geschuldet werden (RG 73, 214; 89, 235).

Die Vorteilsausgleichung greift Platz unter Umständen auch bei einer durch das schädliche Ereignis ermöglichten **Ersparung von Aufwendungen** (RG JW 06, 332[6]; ferner RG 76, 106, betreffend Entschädigung unschuldig Verurteilter). Ferner wenn dem Gläubiger aus dem Verzuge des Schuldners Nachteil und Vorteil erwächst (RG 40, 172). Desgleichen ist auf die Entschädigung, die ein im Eisenbahnbetriebe verunglückter und infolge dieses Unfalls in den Ruhestand versetzter Bahnbeamter erhält, die ihm zu gewährende Pension abzurechnen (RG 15, 45; vgl. auch 15, 114 wegen des Abzugs von Witwen- und Waisengeldern unter ähnlichen Umständen und 64, 350). Wenn aber ein Dritter aus reiner Freigebigkeit eine Versicherung zum Besten des Verletzten genommen hat, sind die Bezüge aus der Versicherung auf die Schadensersatzansprüche aus den §§ 893, 894 ebensowenig anzurechnen, wie in dem Falle, daß der Verletzte sich selbst versichert hätte; hat aber der Arbeitgeber infolge der zwischen ihm und den Arbeitnehmern bestehenden Gepflogenheit diese fortlaufend versichert, dann liegt der Fall so wie bei Beamtenpensionen und die Bezüge sind daher anzurechnen (RG 70, 101). Der Ersatzanspruch eines Kindes wegen schuldhaft verursachten Todes seines unterhaltspflichtigen Vaters wird nicht dadurch gemindert, daß das Kind aus Wohltätigkeit von einem Dritten Unterhalt empfängt (RG 92, 57). Grundsatz ist überhaupt, daß im Falle eines Ersatzanspruchs wegen Todes des Unterhaltspflichtigen die auf Gesetz beruhenden Bezüge in Abzug zu bringen sind, dagegen nicht auch solche Bezüge, die auf Vertrag beruhen (RG 64, 355; 70, 101; 73, 216; 80, 51; 92, 402). Im ersteren Falle entsteht dem Ersatzberechtigten insoweit, als er den gesetzlichen Anspruch auf Versorgung erhält, überhaupt kein Schaden, und der zur Versorgung oder dergleichen Verpflichtete kann infolgedessen auch nicht von demjenigen, der den Unfall verursacht hat (etwa ein Eisenbahnunternehmen), Ersatz verlangen (RG 92, 403).

Für den Fall der **Enteignung** gelten im wesentlichen folgende Grundsätze: Verlangt der Enteignete nur Ersatz für den enteigneten Teil des Grundstücks, dann ist eine Anrechnung von Vorteilen überhaupt ausgeschlossen; wird Ersatz des Minderwerts des Restbesitzes begehrt, dann ist eine Anrechnung zulässig, und zwar, falls der durch die Anlage verursachte Minderwert erstattet verlangt wird, die Anrechnung des ebenfalls durch die Anlage begründeten Vorteils; falls dagegen der durch die Lösung des Zusammenhangs zwischen dem enteigneten Teile und dem verbliebenen Teile verursachte Minderwert in Frage steht, nur der durch eben diese Tatsache begründete etwaige Vorteil (RG 57, 242; JW 04, 371[13]). Wird Ersatz für die dem Enteigneten aufgelegte Last (Herstellung einer Einfriedigung, Verlegung eines Weges), verlangt, dann kann von einer Wertsminderung insoweit keine Rede sein, als sich die Belastung im Sinne des Gesetzes gerade als ein Entgelt für die Vorteile darstellt, die das Restgrundstück durch die Anlage erlangt (RG 67, 175). Hier ist das Erfordernis, daß Vorteil wie Nachteil auf derselben Tatsache beruhen müssen, durchweg strenge gewahrt worden.

Keine entsprechende Anwendung der Grundsätze von der Vorteilsausgleichung bei anderen Fällen als bei der Forderung auf Schadensersatz, insbesondere gegenüber einem Anspruche auf Vertragserfüllung (RG 80, 154; JW 1913, 19[5]; Warn 1916 Nr 227; Gruch 60, 847; 61, 133). Ebensowenig braucht sich der Gläubiger, der den Bürgen in Anspruch nimmt, den Einwand gefallen zu lassen, daß er beim Verkaufe der ihm vom Schuldner verpfändeten Sachen einen Vorteil erlangt habe (RG 13. 1. 16 VI 369/15). So ist für die Vorteilsausgleichung überhaupt kein Raum, wenn der bei der Zwangsversteigerung ausgefallene Hypothekengläubiger nicht eine Schadensersatzforderung, sondern seine Gläubigerforderung gegen den persönlichen Schuldner geltend macht (RG 80, 154; Gruch 57, 934; JW 1919, 571[5]). Dies ist in Zweifel gezogen im Urteile Warn 1914 Nr 47, wo erwogen wird, ob nicht in der Übernahme der Haftung für die Güte einer Hypothek ein Gewährschaftsversprechen für den Schaden zu finden sei, den der Gläubiger durch den Ausfall der Hypothek erleidet. Indes es liegt doch gerade im Sinne des Garantieversprechens, daß der Gläubiger das ungeschmälert aus der Hypothek erhält, wofür der Verpflichtete einzustehen zugesagt hat. — **Beweislast.** Hat der eine Teil die Beschädigung nachgewiesen, dann muß der andere Teil beweisen, daß die nachteilige Tatsache anderseits den Vorteil gebracht hat (RG JW 09, 455[8]; Gruch 51, 947; 53, 917).

§ 249

Wer zum Schadensersatze verpflichtet ist, hat den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre[1]). Ist wegen Verletzung einer Person oder wegen Beschädigung einer Sache Schadensersatz zu leisten, so kann der Gläubiger statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen[2])[3]).

E I 219 II 213; M 2 19; P 2 291.

1. Über den **Begriff des Schadens** vgl. Vorbem 1 vor § 249. Diese Bestimmung verhält sich nur darüber, in welcher Weise Ersatz zu leisten ist, während die Verpflichtung dazu als bereits gegeben vorausgesetzt wird. In Satz 1 wird dazu der allgemeine Grundsatz an die Spitze gestellt, daß derjenige **Zustand herzustellen ist,** der zurzeit bestände, wenn nicht das zu vertretende Ereignis vorgefallen wäre (Grundsatz der Naturalrestitution; **RG** 76, 147; 77, 101; 83, 247; 84, 376; 91, 106; 96, 122). Das will besagen: Der Verpflichtete hat den Gläubiger in diejenige Lage zu bringen, sei es wirtschaftlich, sei es gegebenenfalls in anderer Hinsicht, in der der Gläubiger sich nunmehr befände, falls er in seiner vormaligen Lage nicht die Verschlimmerung erfahren hätte (vgl. Vorbem 1). Daß es sich dabei, zumal bei Beschädigung einer Sache, nicht um Wiederherstellung genau des früheren tatsächlichen Zustandes, in dem sich der Ersatzberechtigte (oder die Sache) befand, handeln kann, liegt in der Natur der Dinge; denn es wird sich genau der frühere Zustand in Wirklichkeit meist überhaupt nicht herstellen lassen. Es muß daher beim Vermögensschaden genügen, wenn der herzustellende neue Zustand nur wirtschaftlich dem früheren entspricht (**RG** 77, 101; 83, 147; 84, 376), so wenn die beschädigte Sache nur wirtschaftlich die frühere Brauchbarkeit wiedererlangt (**RG** Warn 08 Nr 577 und **RG** 76, 146; 91, 107); oder wenn der Verkäufer eines Grundstücks wertlose Hypotheken in Zahlung angenommen hat und dafür Geldersatz erlangt (**RG** JW 1914, 140[3]). Daher kann auch der zum Schadensersatz Verpflichtete unter Umständen wie ein Geschäftsbesorger zur Auskunfterteilung verpflichtet sein (**RG** 89, 103). Siehe auch § 245 A 1 und **RG** 96, 122, betreffend Umrechnung in eine Geldwährung. Das Gesetz spricht nur von der „Herstellung", nicht aber von der „Wiederherstellung" des Zustandes. Danach ist es auch zulässig, daß der Hypothekengläubiger, dessen Hypothek zu Unrecht gelöscht worden, mit der Schadensersatzklage Wiederherstellung der Hypothek verlangt, wenngleich ein Wechsel in der Person des Eigentümers stattgefunden hat (**RG** 20. 1. 12 V 268/121); oder daß ein Hypothekenlgäubiger, dem gegenüber ein anderer eine Ausbietungsgarantie übernommen hat, der dann aber das Grundstück selbst hat erstehen müssen, weil der andere seiner Verpflichtung nicht nachkam, von diesem die Abnahme des Grundstücks verlangt (**RG** 91 S. 213, 217). Der Schadensersatzberechtigte kann mithin unter Umständen auch etwas fordern, was vorher noch nicht dagewesen ist, falls er es nur ohne den störenden Eingriff des Beschädigers erlangt haben würde (**RG** 69, 306). Es ist die wirtschaftliche Lage des Ersatzberechtigten zu vergleichen, wie sie sich bei pflichtgemäßem Verhalten des Schädigers gestaltet haben würde, und wie sie sich nach der schädlichen Handlung gestaltet hat (**RG** 76, 147; 77, 101; Warn 08 Nr 577; 1915 Nr 74). Wenn der ausgefallene Hypothekar das Pfandgrundstück, das durch Fortschaffung von Gegenständen verschlechtert worden, ersteht, kann er den Betrag ersetzt verlangen, um den das Grundstück mit den Gegenständen wertvoller gewesen wäre, denn um diesen Betrag wäre sein Ausfall vermindert worden (**RG** 73, 333). Besteht der Schaden in Übernahme einer Verpflichtung für einen andern, dann hat der hierdurch Geschädigte den Anspruch auf Befreiung von dieser Verpflichtung, aber ein Ersatzanspruch besteht nicht, wenn der Geschädigte vermögenslos ist, da ihn in diesem Fall die übernommene Verpflichtung überhaupt nicht beschwert (**RG** Gruch 59, 912). Gemäß § 249 kann unter Umständen auch Herstellung des Zustandes verlangt werden, der bestände, wenn der Verpflichtete den Vertrag erfüllt hätte (**RG** JW 1918, 217[4]). — Bedingung für den Herstellungsanspruch ist im übrigen natürlich, daß d e r j e n i g e Z u s t a n d, dessen Herstellung gefordert wird, ein e r l a u b t e r i s t. Daher kann auch nicht die Erstattung von solchen Vorteilen verlangt werden, die der angeblich Geschädigte erlaubterweise gar nicht hätte gewinnen können (**RG** 90, 306). — Bei dem Verzugsschaden im Sinne des § 286 ist derjenige Zustand herzustellen, der ohne den Verzug bestehen würde, gegebenenfalls ist hierfür gemäß § 251 in Geld Ersatz zu leisten (**RG** 20. 1. 11 II 157/10).

Voraussetzung für das **Bestehen des Ersatzanspruchs** ist, abgesehen von den sonstigen Erfordernissen, nur, daß der Schaden überhaupt bereits erwachsen ist, während es darauf nicht ankommt, daß etwa sein späterer Wegfall in Aussicht steht. Dieser Umstand kann nur bei Bemessung der Höhe des Ersatzanspruchs berücksichtigt werden. Vgl. Vorbem 1 vor § 249. So ist auch ein gegenwärtiger, ersetzbarer Schaden dann anzunehmen, wenn der Verkaufswert eines Grundstücks nur wegen zeitweiliger Unverkäuflichkeit gemindert ist; der spätere Wegfall dieser Wertminderung beseitigt den Schaden erst für die Zukunft, und hat

demnach allein auf Ermittlung der Schadenshöhe Einfluß (RG 21. 6. 10 III 411/09). Ist ferner ein Grundstück durch Zuführungen (§ 906) entwertet, dann wird der Anspruch auf Ersatz der bereits eingetretenen Wertminderung nicht dadurch beseitigt, daß es sich bei den Zuführungen nicht um einen dauernden Zustand handelt, daß ihr Aufhören vielmehr in Frage steht (RG JW 1911, 161[29]). Ob die Entschädigung hier in Kapital oder Rente zu gewähren, vgl. § 251 A 3. Herstellung des Zustandes im Sinne des § 249 kann auch dann schon verlangt werden, wenn durch den zum Schadensersatze verpflichtenden Umstand ein Zustand geschaffen ist, aus dem sich Schädigungen für die Zukunft ergeben können, indem Maßnahmen begehrt werden, wodurch die Beseitigung des gefährdenden Zustandes herbeigeführt werden soll (RG 56, 286; 60, 19; 91, 107). — **Die Schadenshöhe.** Auszugehen ist bei Ermittlung der Schadenshöhe von demjenigen Zustande, wie er zur Zeit des schädigenden Ereignisses bestand, wobei gegebenenfalls *auch die entzogenen und tatsächlichen* mit dem Eigentum verbunden gewesenen Vorteile zu berücksichtigen sind (RG 4. 2. 14 V 419/13, zu § 148 des PrBerggeſ.). So sind auch im Falle der Enteignung tatsächliche Vorteile mit in Anschlag zu bringen, deren Fortbestand für längere Zeit zu erwarten war (RG 91, 87). War der Wert des Gegenstandes indessen zu der Zeit nur durch zufällige, außergewöhnliche, vorübergehende Verhältnisse dem regelmäßigen Zustande gegenüber beeinträchtigt, so ist darauf nicht Rücksicht zu nehmen. Ist etwa für ein zerstörtes Gebäude, dessen Wert sich nach dem Mietsertrage bemißt, Ersatz zu leisten, so wird der volle Wert auch dann zugrunde zu legen sein, wenn zur Zeit der Zerstörung ein an sich vermietbarer Teil nicht vermietet war. Entsprechend ist in RG JW 1911, 584[26] angenommen, daß bei Bemessung des Ersatzanspruchs einer Person, deren Erwerbsfähigkeit das in Frage stehende wirtschaftliche Gut darstellt, die ihrer vollen Erwerbsfähigkeit entsprechende Erwerbslage auch dann zugrunde gelegt werden muß, wenn die Person sich zur Zeit der Verletzung in einer augenblicklich ungünstigen, nicht einträglichen, ihrer Erwerbsfähigkeit nicht entsprechenden Erwerbslage befand. Ein Gewerbtreibender (Mieter), dessen Ehefrau ihm in seinem Gewerbe Dienste geleistet hat, kann, wenn die Ehefrau durch das Verschulden eines andern (des Vermieters) dienstunfähig geworden ist, von dem Verpflichteten fordern, daß dieser ihn wirtschaftlich in die Lage versetzt, in der er sich ohne das schädigende Ereignis befände (RG 77, 99). Wer Schadensersatz deswegen verlangen kann, weil er infolge arglistiger Empfehlung einer unsicheren Hypothek diese erworben hat, kann verlangen, daß der Gegner ihm gegen Rückübertragung der Hypothek den empfangenen Geldbetrag zurückzahlt, oder, falls die Hypothek bereits ausgefallen, den Ausfall ersetzt (RG 23. 12. 11 V 201/11). — Wie eine nur vorübergehende, zur Zeit des schädigenden Ereignisses vorhandene Wertminderung dem Beschädigten bei Bemessung der Schadenshöhe nicht zum Nachteile gerechnet werden kann, so darf anderseits auch nicht eine *nur vorübergehende Wertsteigerung* betreffs des beschädigten Gegenstandes zugunsten des Ersatzberechtigten in Anschlag gebracht werden. Es ist vielmehr nur derjenige Wert in Ansatz zu bringen, den der beschädigte Gegenstand seinem gewöhnlichen, dauernden Zustande gemäß hatte. Wird beispielsweise für die Wertminderung eines Grundstücks Ersatz gefordert, dann ist nur von seinem allgemeinem Werte auszugehen, nicht aber davon, daß etwa im Zeitpunkte der Beschädigung besonderer Umstände wegen eine besonders hohe Ertragsfähigkeit anzunehmen gewesen sein würde.

Anwendbar ist der Grundsatz der Herstellungspflicht ohne Rücksicht auf den Haftungsgrund oder auf die Art des Schadens wie des verletzten Rechtsguts (vgl. Vorbem 1). Er greift daher Platz auch bei Verletzung ideeller Rechtsgüter. Selbst bei Verletzung der Ehre ist die Herstellung an sich möglich; nur daß auf die Erklärung eines Widerrufs, sofern er sich als eine Strafe darstellt und auch nicht erforderlich ist, eine künftige Schädigung des Beleidigten oder Verleumdeten durch Wiederherstellung seines guten Rufes abzuwenden, nicht zivilrechtlich geklagt werden kann (RG 60, 17; 88, 133; JW 1913, 34[23]). Ein allgemeines Bedenken besteht auch nicht dagegen, eine Klage auf Herstellung des früheren Zustandes in Form einer *Unterlassungsklage* zuzulassen, wenn ein unerlaubtes Verhalten bereits verwirklicht wurde und weitere Eingriffe zu besorgen sind (insbesondere gegen die im § 829 aufgeführten Rechtsgüter; RG 56, 286; 61, 366. Vgl. § 241 A 3 a. E.). Nur muß stets die Wiederholung der Zuwiderhandlung nicht nur denkbar, sondern auch ernstlich zu befürchten sein (RG JW 1913, 543[8]). — Betreffs des Grundsatzes von der Naturalrestitution soll eine notwendige *Ausnahme bei dem Ersatzanspruche wegen Nichterfüllung einer Vertragspflicht* nach § 326 Abs 1 Satz 1 bestehen, weil die Naturalherstellung hier wieder zum Erfüllungsanspruche führen würde (RG 61, 353; § 179 A 2). In RG JW 1918, 217[4] ist allerdings, und zwar mit gutem Grunde, angenommen worden, daß es nach dem Herstellungsgrundsatze unter Umständen gerade geboten sein kann, daß der Verpflichtete den Zustand herstellt, der infolge der Vertragserfüllung eingetreten wäre. Noch weniger anwendbar scheint der in RG 61, 353 ausgesprochene Grundsatz bei streng einseitigen Leistungen. Bei gegenseitigen Verträgen handelt es sich (nach der Differenztheorie § 325 A 2) allerdings nur um einen in Geld zu berechnenden Ersatzanspruch. Handelt es sich dagegen um eine einseitige Leistung,

z. B. um die Gewährung einer abredegemäß bestimmten Sicherheit, und hat der Verpflichtete die vereinbarte Art der Sicherheitsbestellung schuldhaft vereitelt, dann läßt sich wirtschaftlich die Lage des Berechtigten auch durch Leistung einer Sicherheit von anderer Art herstellen, und daher wäre der Berechtigte gemäß § 249 in der Lage, die anders geartete Sicherheitsleistung zu fordern (§ 242), ohne nach § 251 auf Entschädigung in Geld gewiesen zu sein (RG 73, 21; vgl. auch § 283 A 2). — Die Regel des § 249 Satz 1 ist überhaupt **niemals anwendbar,** wenn die Wiederherstellung nicht auf Grund einer Ersatzpflicht, sondern aus anderem Grunde zu erfolgen hat, wie insbesondere nach § 1004, weshalb hier auch die Anwendbarkeit des § 251 Abs 2 ausgeschlossen ist (RG 51, 408). Trotz der vorbehaltlosen Fassung des Satzes 1 sind endlich auch wirkliche Ausnahmen von der Regel durch das Gesetz selbst vorgesehen, und zwar zugunsten des Gläubigers durch Satz 2 des § 249; zugunsten des Schuldners durch § 251 Abs 2; endlich aus sachlichen Gründen nach § 251 Abs 1. — Über die Vorteilsausgleichung vgl. Vorbem 5. — Die Zuerkennung einer Buße schließt den Schadensersatzanspruch gegen den Verurteilten aus (RG 79, 148; StGB § 231 Abs 2), aber nur ihm und nicht auch anderen Personen gegenüber (RG SeuffA 68 Nr 11).

2. Danach hat der Berechtigte in den hier gesetzlich vorgesehenen Fällen von vornherein ein zwiefaches Recht. Er kann die Herstellung (A 1) verlangen, kann aber auch statt dessen den **zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag** fordern, und zwar für Maßregeln, die nach vernünftigem Ermessen als zweckgemäß erachtet werden konnten, und falls die Herstellung noch nicht erfolgt ist, vorschußweise. Dieses Recht enthält nicht den nämlichen Anspruch, wie den in den §§ 250 Satz 2, 251, 253 behandelten; vielmehr stellt es immer noch einen Anspruch auf Herstellung dar, nur in der Form, daß nicht der Schuldner selbst die Herstellung zu bewirken hat, sondern daß der Gläubiger sich im Wege der vom Schuldner zu gewährenden Geldzahlung selbst befriedigt (RG 71, 214). Wenn die Herstellung der Sache an sich möglich ist, aber nur mit unverhältnismäßigem Aufwande zu erreichen wäre (§ 251 Abs 2), kann der Gläubiger sofort den geringeren Minderwert der Sache statt des nach § 249 Satz 2 zur Herstellung der Sache zu verlangenden Geldbetrags erstattet verlangen (RG 76, 146). Das Wahlrecht wird durch Erklärung gegenüber dem Schuldner ausgeübt, und schon diese Erklärung bindet den Berechtigten (nach Staudinger A 5 erst im Falle ihrer Annahme durch den Schuldner). Er kann jedoch, falls er die Herstellung gewählt hat, trotzdem von der getroffenen Wahl wieder abgehen und Geldleistung fordern in Gemäßheit der §§ 250 (A 1), 251. — Die Befugnis des Gläubigers aus Satz 2 stellt nicht eine Wahlschuld (obligatio alternativa) im Rechtssinne (§§ 262ff.) dar, sondern eine facultas alternativa gemäß § 262 A 1 (RG 71, 214). Denn es werden nicht von vornherein mehrere Leistungen geschuldet; vielmehr ist der Gläubiger nur berechtigt, an die Stelle der einen geschuldeten Leistung eine andere mit der Folge zu setzen, daß fortan nur diese letztere erfüllbar ist (vgl. § 262 A 1). Daher wird auch der Schuldner nicht frei, wenn der Gläubiger die Herstellung wählt, alsdann aber Unmöglichkeit der Leistung eintritt (vgl. §§ 263 Abs 2, 265 A 2). — Gemäß § 249 Satz 2 kann nur Ersatz der Kosten verlangt werden, die an sich **erforderlich** (RG 71, 215) und nicht unverhältnismäßig hoch sind (RG JW 09, 454[7]). Zu ersetzen ist also ein Betrag, der für dergleichen Arbeiten regelmäßig gefordert wird und zu bewilligen ist (RG 90, 154). Man wird ferner davon ausgehen können, daß, wenn der Geschädigte die erforderlichen Herstellungsarbeiten selbst ausführt und er derartige Arbeiten geschäftsmäßig betreibt, ihm nicht nur seine eigenen Auslagen zu erstatten sind, sondern darüber hinaus noch ein allgemein angemessener Betrag, wie er zur Herstellung der Sache an sich erforderlich war. Denn daß der Geschädigte für seine Leistungen, für die er sonst bezahlt wird, zur Entlastung des Verpflichteten nicht die volle Vergütung erhält, kann dieser nicht verlangen. Ob der Geschädigte die Herstellung selbst besorgen oder ob er sich dazu eines Dritten bedienen will, steht im übrigen in seinem freien Belieben (RG Warn 1917 Nr 176).

3. **Wer der Ersatzberechtigte ist,** ergibt sich daraus, wessen Rechtsgut verletzt worden ist. Bei einem Sachschaden ist es derjenige, zu dessen Besitzzeit die Schadenszufügung erfolgt, der schädliche Erfolg also sichtbar eingetreten ist, nicht derjenige, zu dessen Besitzzeit die schädigende Ursache gesetzt wurde (RG 95, 76, einen Bergschaden betreffend, wo gleichzeitig angenommen ist, daß es für den Eintritt des Schadens genügt, wenn die Grundstücke infolge umgehenden Bergbaues an ihrem allgemeinen Werte gelitten haben). Im Falle des § 826 ist Ersatzberechtigter auch derjenige, der nur mittelbar geschädigt worden ist, wofern sich der Täter dieses Erfolges nur bewußt war (RG 79, 58), und die §§ 844, 848 geben dem nur mittelbar Geschädigten den Ersatzanspruch ausdrücklich (RG 55, 30).

Eine bedeutsame Frage ist schließlich noch die, ob der Berechtigte unter Umständen **auch den einem Dritten entstandenen Schaden** selbständig geltend machen kann. „Anerkannter Satz, insbesondere des Handelsrechts ist es, daß der mittelbare Stellvertreter (vgl. Vorbem 1 vor § 164) beim Bruche des Vertrags durch den andern Vertragsteil Ersatz auch desjenigen

Schadens verlangen kann, der seinem Auftraggeber erwachsen ist" (RG 62, 331 hinsichtlich des Spediteurs; 58, 42 hinsichtlich des Kommissionärs; ferner allgemein 14. 3. 08 I 322/07; 90, 246; hier hatte es sich darum gehandelt, daß der Kläger auf Grund eines ihm erteilten Parzellierungsauftrags für Rechnung seines Auftraggebers aber im eigenen Namen mit dem Beklagten ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hatte und nunmehr den Schadensersatz wegen Nichterfüllung seinerseits einklagte). Mit Recht ist jedoch in der Entscheidung 58, 42, ferner in JW 1910, 1000[5] die Einschränkung gemacht, daß der Anspruch ungerechtfertigt ist, wenn feststeht, daß der Beauftragte von seinem Auftraggeber nicht haftbar gemacht ist und auch künftig nicht gemacht werden soll. In Befolgung der zuvor ausgesprochenen Grundsätze wird auch unter der Voraussetzung, daß jemand einem andern für dessen Sache auf Grund eines Auftragsverhältnisses einzustehen hat, und daß diese Sache durch einen Dritten widerrechtlich beschädigt wird, der Beauftragte gegen den Täter regelmäßig unmittelbar auf Schadensersatz klagen können. So ist auch angenommen worden, daß derjenige, der einem andern gegenüber zur Obhut betreffs einer Sache vertraglich verpflichtet ist, den der Sache durch einen Dritten zugefügten Schaden ohne weiteres selbst geltend machen kann, weil sein Interesse und dasjenige des Sacheigentümers, dem er haftbar ist, miteinander verknüpft sind (RG 93, 39). Trägt jemand einem andern die Beförderung eines Dritten auf, dann kann der Auftraggeber für den dem Dritten durch die schuldhafte Beförderung zugefügten Schaden aus eigenem Rechte Ersatz verlangen, ohne daß er nachzuweisen nötig hat, daß der Dritte ihn haftbar gemacht hat (RG 87, 289, wo ausgeführt ist, daß es bei solchen zugunsten eines Dritten abgeschlossenen Beförderungsverträgen in deren Sinne liege, daß der Dritte unversehrt befördert werde, daß aber kein Vertrag zugunsten eines Dritten im Sinne des § 328 vorliege). Voraussetzung in allen derartigen Fällen ist es, daß der Dritte der wirklich und endgültig Geschädigte ist und sein Schaden von demjenigen geltend gemacht wird, der zwar in eigenem Namen aber für Rechnung des Dritten gehandelt hat, so daß er dieserhalb nach außen hin als zur Klage berufen erscheint (RG 97, 88).

§ 250

Der Gläubiger kann dem Ersatzpflichtigen zur Herstellung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Herstellung nach dem Ablaufe der Frist ablehne[1]). Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger den Ersatz in Geld verlangen, wenn nicht die Herstellung rechtzeitig erfolgt; der Anspruch auf die Herstellung ist ausgeschlossen[2]) [3]).

E I 219 II 213; M 2 19; P 2 293.

1. **Die Fristsetzung** bietet dem Gläubiger in allen Fällen, in denen er nach § 249 Satz 1 zunächst die Wiederherstellung des Zustandes fordert, ein Mittel, möglichst bald aus der Ungewißheit über den weiteren Verlauf der Sache herauszukommen (so auch in den Fällen der §§ 264, 283, 326, 354, 355, 466, 496, 542, 561, 643). Sie vollzieht sich durch die einseitige, empfangsbedürftige Erklärung (§§ 130—132), daß dem Schuldner eine bestimmte Frist (§ 186) zur Herstellung gesetzt und diese nach fruchtlosem Ablaufe der Frist abgelehnt werde (RG 53, 161). Für die Anwendung des § 250 ist selbstverständliche Voraussetzung, daß sich die Herstellung im Sinne des Gesetzes in angemessener Frist überhaupt bewerkstelligen läßt. Andernfalls greift § 251 Platz. Vgl. § 251 A 1 a. E.

2. **Die Wirkung des Fristablaufs** für den Gläubiger ist die, daß er bis zum Ablaufe der Frist keine andere Forderung stellen (vgl. § 249 A 2) und nach fruchtlosem Fristverlaufe nur noch Entschädigung in Geld fordern darf; für den Schuldner anderseits die, daß er bis zum Fristablaufe zwar noch das unbedingte Recht auf Ersatzleistung durch Naturalrestitution hat, nach jenem Zeitpunkte aber nur noch durch die Geldleistung erfüllen kann. Die Fristsetzung ist für den Gläubiger schlechthin schon mit Zugang seiner Erklärung (§ 130) bindend; gleichgültig, ob die gesetzte Frist eine angemessene war oder nicht (RG 63, 167); für den Schuldner dagegen nur unter der gesetzlichen Bedingung der Angemessenheit der Frist. War die Frist eine unangemessene, so bleibt zwar auch dem Schuldner gegenüber die allgemeine Wirkung der Fristsetzung bestehen; aber die Dauer der Frist erweitert sich zu seinen Gunsten ohne weiteres auf einen angemessenen, vom Richter zu bemessenden Zeitraum (RG 56, 234; 62, 68; JW 1911, 755[10]; 1912, 141[16]). Ausreichend ist demgemäß auch die Aufforderung, „binnen angemessener Frist" herzustellen (RG 75, 357). Die Ansicht, daß die Setzung einer unangemessenen Frist die ganze Erklärung wirkungslos mache, ist nicht zu billigen. Denn das Wesentliche bei der Fristsetzung liegt im Gebrauche des Rechtsbehelfs überhaupt, während das Erfordernis der Angemessenheit nicht nach dem Ermessen des Gläubigers, andern nach der objektiven Sachlage zu beurteilen und schließlich durch den Richter zu prüfen ist. Gibt der Ersatzpflichtige durch sein Verhalten zu erkennen, daß er den früheren Zustand

herzustellen keinesfalls willens sei, dann bedarf es der Fristsetzung überhaupt nicht (RG 66, 419; 67, 313; Warn 1912 Nr 11). Anwendbar ist § 250 Satz 2, wenn es sich um die Beschädigung einer Sache handelt, nur dann, wenn die Sache an ihrer körperlichen Unversehrtheit Einbuße erlitten hat; daher nicht auch dann etwa, wenn durch die Beseitigung eines Schutzdeiches ein Grundstück in seiner wirtschaftlichen Verwertbarkeit überhaupt beeinträchtigt worden ist (RG 91, 106).

3. Beweislast. Der Geschädigte hat zu beweisen, daß er eine Frist gesetzt hatte und daß diese angemessen war, während dem Beklagten der Gegenbeweis freisteht, daß die Frist nicht angemessen war, und daß er in angemessener Frist erfüllt habe.

§ 251

Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen[1]).

Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen[3]), wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist[2])[3])[4]).

E I 219 II 213; M 2 19; P 2 293.

1. Entschädigung in Geld. Durch die Bestimmung des Abs 1 wird der Grundsatz des § 249 Satz 1 (von der Naturalrestitution) insoweit ausgeschaltet, als er sich im Einzelfalle als überhaupt undurchführbar erweist. Alsdann steht allein die Geldentschädigung in Frage. Es kann dies an tatsächlichen wie rechtlichen Gründen liegen; so weil etwa die in Betracht kommende Verletzung tatsächlich unheilbar ist, oder weil eine dauernde Minderung der Erwerbsfähigkeit eingetreten ist (RG 80, 28); oder anderseits etwa, weil der Dieb rechtlich außerstande ist, dem Eigentümer die gestohlene Sache wieder zu verschaffen. Angewendet wurde § 251 zuungunsten des Postfiskus auch in einem Falle, wo von dem Empfänger einer Depesche diese durch einen Beamten des Telegraphenamtes nach der Bestellung widerrechtlich wieder abgeholt und der Empfänger aus diesem Grunde über die ihm in der Depesche erklärte Vertragsannahme in Unkenntnis geblieben war (RG 91, 67). Ob die Unmöglichkeit von Anfang an bestand, oder ob sie nachträglich eintritt, beispielsweise durch Untergang der beschädigten Sache, ist nach der richtigen Ansicht hier gleichgültig. Insbesondere kann der Schuldner durch den nachträglichen Untergang der Sache von seiner an sich bestehenden Ersatzpflicht nicht frei werden. Zum mindesten müßte er in Höhe der Herstellungskosten haften, da insoweit der Ersatzanspruch des Gläubigers gegebenenfalls schon mit der Schadenszufügung wirksam entstanden gewesen wäre. — Für den besonderen Fall, daß die Herstellung **nur zum Teil möglich,** zum andern Teile aber nicht möglich ist, will das Gesetz in erster Linie seinem Hauptgrundsatze Geltung verschaffen, demgemäß soll aber auch unter den angegebenen Umständen die Wiederherstellung wenigstens **„so weit"** bewirkt werden, als das an sich tunlich ist, die Geldleistung dagegen nur insoweit erfolgen, als das zur Ausgleichung des noch ungedeckt bleibenden Schadensbetrags erforderlich wäre. (Vgl. RG Warn 1911 Nr 81.) Eine teilweise Unmöglichkeit der Herstellung kann auch zeitlich insofern gegeben sein, als es zur vollen Deckung des Schadens gehörte, daß die Herstellung schon bis zu einem gewissen Zeitpunkte geschehen sein würde, während solches sich nicht erreichen läßt. Alsdann wäre in Geld derjenige Nachteil zu ersetzen, der gerade zufolge des bezeichneten Umstandes noch ungedeckt bliebe. — Ob der erforderliche Zustand überhaupt **herstellbar ist oder nicht,** läßt sich nur von Fall zu Fall beurteilen, unter Anwendung der Grundsätze von Treu und Glauben. Da der Gläubiger die Herstellung im Sinne des § 250 in angemessener Frist und nach dem allgemeinen Grundsatze des § 271 sogleich fordern kann, so ist die „Herstellbarkeit" auch dann ausgeschlossen, wenn sie an sich zwar tunlich wäre, anderseits aber doch nur in so großer Frist sich bewerkstelligen ließe, daß dies der Unmöglichkeit der Herstellung gleichkäme (vgl. § 275 A 4). Der Berechtigte kann die Entschädigung alsdann sofort fordern und braucht sich nicht auf ungewisse künftige Ereignisse vertrösten zu lassen (RG 76, 146). Ist das dem Berechtigten entzogene, ihm aber wieder zu verschaffende Recht (beispielsweise Eigentum) vom Verpflichteten inzwischen auf einen Dritten übertragen worden, dann ist, wenigstens bis zum Beweise des Gegenteils, Unmöglichkeit der Herstellung noch nicht anzunehmen (RG 56, 387; JW 1911, 709[6]; Warn 1912 Nr 11). Den Anspruch eines dienstuntauglich gewordenen Beamten auf Rente kann der Fiskus nicht durch seine Wiederanstellung beseitigen, da zur Herstellung des früheren Zustandes auch die Wiederverschaffung des früheren Gesundheitszustandes gehören würde (RG JW 08, 448[11]).

2. Der Abs 2 bietet ein Gegenstück zu § 249 Satz 2 (vgl. das. A 2). Facultas alternativa des Schuldners. Danach ist der **Schuldner zur Entschädigung in Geld berechtigt,** falls die Herstellung nur mit verhältnismäßigen Aufwendungen möglich wäre, z. B. falls die

Wiederherstellungskosten den Anschaffungspreis merklich überstiegen. Die Grundsätze von Treu und Glauben erfordern, daß dem Schuldner nicht durch die „Wiederherstellung“ unverhältnismäßige Opfer auferlegt werden, wenn eine angemessene Geldleistung zur Ausgleichung genügt (RG JW 1911, 666[51]). Zur Ausübung des Rechtes aus § 251 Abs 2 ist nicht erforderlich, daß der Schuldner den Betrag in bar anbietet (RG 71, 215). Hat der Schuldner die Geldleistung tatsächlich angeboten, der Gläubiger aber seine etwaige Klage auf Herstellung aufrechterhalten, so ist er gegebenenfalls abzuweisen, falls er nicht vorzieht, einen entsprechenden Unterantrag zu stellen. Wählt der Gläubiger den Weg eigener Herstellung nach § 249 Satz 2, so kann der Schuldner sein Recht aus § 251 Abs 2 auch im Wege der Einrede geltend machen; der Schuldner braucht dem Geschädigten danach nicht die von ihm aufgewendeten Kosten zu erstatten, er braucht vielmehr nur den Betrag des Schadens zu vergüten (RG 71, 215). Unter den Voraussetzungen des § 251 Abs 2 kann auch der Gläubiger sofort Erstattung des (geringeren) Minderwerts der beschädigten Sache anstatt desjenigen Betrags verlangen, der gemäß § 249 Satz 2 zur Herstellung der Sache erforderlich wäre (RG 76, 146). — Bei Schadensersatzansprüchen wegen Beeinträchtigung des Eigentums im Sinne des § 1004 kann sich der Schuldner nicht auf § 251 Satz 2 berufen, um Entschädigung in Geld zu fordern (RG 51, 413).

3. Nach welchen Grundsätzen die **Geldentschädigung zu bemessen** ist, besagt das Gesetz nicht. Es sagt insbesondere nicht, ob der allgemeine (objektive) Wert des beschädigten Gutes zugrunde zu legen ist, oder derjenige besondere Wert, den der Gegenstand für den Beschädigten nach dessen Verhältnissen hatte. Im Sinne des Gesetzes ist grundsätzlich von der letzteren Auffassung auszugehen; denn zu ersetzen ist im Sinne des Gesetzes der volle Schaden, den der Beschädigte erlitten hat, einschließlich des entgangenen Gewinns (§ 252), mithin ist sein volles Interesse zu vergüten, nicht aber, wie anderweit vorgesehen (§§ 102, 256, 290), nur der Wert des beschädigten Gutes an sich. Gleichwohl wird es oft genug lediglich auf den allgemeinen Wert hinauskommen. Besondere Zweifel können gerade in den alltäglichen Fällen von Schadensverfügungen entstehen, nämlich bei Beschädigungen schon gebrauchter Sachen. Läßt sich die Sache nicht mehr „herstellen“, und braucht sich der Gläubiger „Flickarbeit“ nicht gefallen zu lassen, so ist der volle Wert der Sache in Ansatz zu bringen, und zwar, ungeachtet des etwaigen Vorhandenseins noch einiger Teile, der Wert der ganzen Sache (RG Warn 08 Nr 126), überdies *der höchste Wert*, den die Sache *bis zum Tage des Urteils* in unversehrtem Zustande gehabt haben würde. Hatte die Sache nach ihrer Beschaffenheit überhaupt keinen allgemeinen Wert (Verkaufswert) mehr, beispielsweise weil sie schon zu abgenutzt oder weil das System veraltet war, hatte sie aber noch Wert für den Geschädigten, so ist doch dieser besondere Wert zu erstatten (§ 287 ZPO). In allen solchen Fällen muß aber der Entschädigte, um nicht eine Bereicherung zu erfahren — sonach zur Vorteilsausgleichung — die Sache oder die noch vorhandenen Teile (RG Warn 08 Nr 126) dem Schuldner zur Verfügung stellen (vgl. Vorbem 5 vor § 249). — *Der Anspruch einer beschädigten Person*, deren Erwerbsfähigkeit das in Frage stehende wirtschaftliche Gut darstellt, ist nach Maßgabe des ihrer Erwerbsfähigkeit im allgemeinen entsprechenden Wertfaktors zu bemessen, auch dann, wenn der Verletzte sich zur Zeit der Verletzung in einer augenblicklichen ungünstigen Erwerbslage befand (RG JW 1911, 584[26]). Das Gesetz spricht sich endlich auch darüber nicht aus, ob die Geldentschädigung nur in Form einer Kapitalzahlung *oder* auch unter Umständen in Form einer **Geldrente** zu gewähren ist. An sich sind beide Fälle möglich. Kapitalsabfindung ist aber die Regel, das Recht auf Abfindung in Rente bedarf einer besonderen Begründung (RG 45, 203; Gruch 61, 804; JW 1915, 602[33]; 1918, 65[5]; Warn 1917 Nr 265). Es kommt darauf an, ob ein Schaden endgültig zu vergüten ist, und ob also bereits ein dauernder, namentlich durch Wertminderung begründeter und sich hierin aussprechender endgültiger Schaden zur Entstehung gelangt ist, oder ob der Berechtigte lediglich für einen in absehbarer Frist voraussichtlich endigenden Nachteil schadlos zu halten ist. (Vgl. dazu § 249 A 1 Abs 2 u. 3.) In dem letzten Falle, oder bei Schadensfolgen, die ihrer Natur nach sich fortlaufend erneuern (RG Warn 1917 Nr 265), kann nur eine Rente am Platze sein; sonst grundsätzlich aber nur die Ausgleichung durch Kapitalszahlung (RG 45, 203; Gruch 55, 117; JW 1918, 96[5]). Besteht der dem Grundstücke zugefügte Schaden nicht nur in der Minderung der einzelnen Jahreserträge, sondern der Ertragsfähigkeit an sich, dann ist durch eine (einmalige) Geldleistung, nicht aber durch Rentenzahlungen Ersatz zu leisten; insbesondere auch im Falle von Schädigungen durch Bergwerksbetrieb; die Schadensersatz in Geldrenten vorsehenden §§ 843—845 stellen lediglich Ausnahmen dar, darauf beruhend, daß bei einer Kapitalabfindung (M zu § 724 E I) zu sehr mit unbekannten Faktoren zu rechnen ist (RG JW 1911, 666[51] u. 28. 1. 11 V 81/10; sowie JW 1911, 161[29]). Entschädigung in Rente kann beispielsweise auch derjenige nicht fordern, welcher durch eine unerlaubte Handlung am Fortbetriebe seines Erwerbsgeschäfts gehindert ist, wofern er persönlich erwerbsfähig blieb; ebensowenig der Hauseigentümer, dessen Mietgrundstück durch Brandstiftung zerstört worden ist (RG Warn 1917 Nr 265). Ersatz

wegen Immissionen gemäß § 26 GewO ist regelmäßig in Kapital zu leisten, in Rente dagegen nur unter ganz besonderen Umständen, etwa dann, wenn feststünde, daß der geschädigte Eigentümer das Grundstück in gewisser Zeit veräußern werde (RG JW 1918, 96[5]; 30. 4. 19 V 344/18). Zu entscheiden ist die vorliegende Frage von Fall zu Fall (RG 68, 429) nach dem Ermessen des Richters (RG JW 08, 473[1]). — Läßt sich die beschädigte Sache noch herstellen, so berechnet sich der Ersatzwert auf die Höhe der Herstellungskosten (vgl. dazu § 249 A 2); es kann gegebenenfalls aber außerdem auch noch Ersatz des Minderwerts verlangt werden, den die Sache im Vergleiche zum Werte in unbeschädigtem Zustande hat (RG JW 04, 140[5]).

4. Beweislast. Im Falle des § 251 Abs 1 liegt dem Geldersatz fordernden Kläger der Beweis der dort aufgestellten Voraussetzungen ob, im Falle des Abs 2 dem Beklagten der Beweis seines Einwandes.

§ 252

Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn[1]). Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte[2]).

E I 218 II 214; M 2 15; P 2 291.

1. Entgangener Gewinn. Es ist möglich, daß das schädigende Ereignis nicht nur den bereits vorhandenen Vermögensstand verschlimmert, sondern auch das Hinzukommen neuer Vermögenswerte hindert. Im ersten Falle handelt es sich um wirklichen Schaden (damnum emergens), d. h. um die bereits eingetretene Vermögensminderung (Vorbem 1 vor § 249), im zweiten um entgangenen Gewinn (lucrum cessans). Nach dem Grundsatze des § 252 Satz 1 umfaßt der volle Schaden auch eine Einbuße letzterer Art und ist daher auch für sie Ersatz zu leisten. — Im Falle des preuß. Quellengesetzes v. 14. 5. 08 ist gemäß § 19 des Ges. nur der Minderwert des Grundstücks unter Ausschluß des etwa entgangenen Gewinns zu erstatten (RG 16. 3. 18 V 358/17).

2. Begriffsbestimmung. Der Satz 2 will nur den Begriff „entgangener Gewinn" begrenzen. Danach ist in Berücksichtigung der ganzen Sachlage zur Zeit des schädigenden Ereignisses, unter gleichzeitiger Beachtung der späteren Geschehnisse nach dem Maßstabe des allgemeinen Erfahrungswissens die Frage zu prüfen, ob der angeblich Geschädigte eine Vermehrung seines Vermögens, sei es schon nach dem gewöhnlichen Verlaufe der Dinge, sei es nach den besonderen Umständen, insbesondere den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen wahrscheinlich erlangt haben würde, wenn das schädliche Ereignis nicht vorgefallen wäre (RG JW 02 Beil 283 Nr 237), wobei selbstverständlich Voraussetzung ist, daß die Verschaffung der Vorteile statthaft gewesen wäre (RG 90, 366; vgl. § 249 Anm 1 Abs 2). Dieser Maßstab ist ein rein sachlicher, so daß es auf bloße Erwartungen, die der angeblich Geschädigte hegte, nicht ankommen kann (RG JW 07, 828[4]; RG 68, 165). Anderseits kann schon eine nicht bloß entfernte Möglichkeit, wie sie sich bei verständiger, objektiver Würdigung ergibt, zu der Annahme, daß ein Gewinn zu erwarten war, genügen; dabei hat sich der Richter auch unabhängig vom Parteivorbringen nach § 287 ZPO das Urteil selbständig zu bilden, während die besonderen Umstände des Falles (der sog. konkrete Schaden) hier überhaupt ausscheiden (RG 68, 165). Daß der Geschädigte bereits einen Rechtsanspruch auf den Gewinn hatte, ist keineswegs erforderlich (RGSt 41, 375; Warn 1917 Nr 9). — Der Satz 2 betrifft schließlich also nichts anderes als die Frage nach dem ursächlichen Zusammenhange, will dagegen nicht (auch) eine Beweisvermutung für den Eintritt des Gewinns aufstellen (streitig). Behauptet jemand, daß er, um bei einem üblichen Beispiele zu verbleiben, mit der ihm entwendeten Geldsumme irgendein Los gekauft haben würde, so läßt sich allein damit auch nicht einmal die Wahrscheinlichkeit eines entgangenen Erwerbs begründen. Könnte der Betreffende aber nachweisen, daß er bereits ein bestimmtes Los bestellt gehabt habe, und daß er dieses nur wegen des ihm durch seinen Gegner verursachten Geldmangels nicht habe abnehmen können, so wird der auf das nämliche Los später entfallene Gewinn als ihm entgangen anzusehen sein. Weiter: hat jemand einen Kraftwagen zum Zwecke des Vermietens angeschafft und wird dieses Fahrzeug durch einen andern beschädigt, so wird der letztere für den wahrscheinlichen Ausfall des Erwerbs haften, und zwar unter Berücksichtigung auch der inzwischen etwa eingetretenen besonders günstigen Erwerbsbedingungen, gleichgültig ob diese verbesserten Bedingungen schon zur Zeit der Tat zu erwarten waren oder nicht (RG SeuffA 63 Nr 150). Nach solchen Gesichtspunkten beantwortet sich auch die besondere Frage, ob im Falle der Verletzung einer Person auch die Aussicht auf einen gesteigerten Verdienst (etwa aus dem Grunde einer Beförderung oder einer allgemeinen Gehaltsaufbesserung) zu berücksichtigen sei. Grundsätzlich ist freilich bei

Berechnung des Schadensumfangs im wesentlichen die Lage zur Zeit des Urteils maßgebend. Es dürfen aber auch diejenigen günstigen Verhältnisse berücksichtigt werden die, von der Gegenwart aus beurteilt, schon zur Zeit des Unfalls in sicherer Aussicht standen und deren Eintritt durch den Unfall ausgeschlossen wordenist (RG 22, 90 zu § 7 des HaftpflG und SeuffA 63 Nr 261). Beim Schadensersatze wegen Nichterfüllung hat der Gläubiger bei Geltendmachung des abstrakten Schadens die Wahl zwischen dem Zeitpunkte des Eintritts des Verzuges oder dem des Ablaufs der Vorfrist gemäß § 326 (RG 90, 424; 91, 31; 96, 158). — Die Vorteilsausgleichung findet auch hier statt; vgl. Vorbem 5 vor § 249. — Der § 252 greift auch dann Platz, wenn der Schaden durch Fahrlässigkeit verursacht worden ist (RG JW 07, 828[4]; 08, 140[10]).

§ 253

Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden[1])[2]).

E I 221 II 216; M 2 21; P 2 298.

1. **Immaterieller Schaden.** Nach dem obersten Grundsatze des Gesetzes ist bei Schadenszufügungen der Zustand herzustellen (§ 249 Satz 1). Dem entspricht es, wenn § 253 bestimmt, daß wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Entschädigung in Geld grundsätzlich nicht in Frage kommt. Denn durch eine Geldleistung wäre in solchen Fällen der frühere Zustand überhaupt nicht herstellbar (RG Warn 08 Nr 58). Im Falle des § 253 soll daher eine Forderung auf Ersatzleistung in Geld an Stelle der Herstellung nur insoweit zugelassen sein, als dies in Sonderfällen vom Gesetze ausdrücklich zugelassen wird (vgl. §§ 847, 1300). — Der Grundsatz des § 253 ist anwendbar auch dann, wenn Schadensersatz auf Grund eines Vertrags gefordert wird (RG 65, 17 zu § 847 Abs 1). Danach braucht also bei vertraglicher Haftung auch im Falle einer Gesundheitsbeschädigung nicht zugleich für den durch diese verursachten immateriellen Schaden Ersatz geleistet zu werden (RG a. a. O.). Als rechtsgeschäftliches Mittel, auch bei Verletzungen ideeller Güter sich einen Geldanspruch zu sichern, kann nur die Ausbedingung einer Vertragsstrafe dienen (vgl. § 241 A 1). Gemäß § 253 kann auch für das sog. Liebhaberinteresse, das auf bloßen persönlichen Empfindungen und Meinungen beruht (M 2, 22), Geldentschädigung nicht gefordert werden. Dahin gehört aber nicht auch der Anspruch auf Ersatz für sog. Luxusgegenstände, denen ein allgemeiner, in Geld schätzbarer Wert zukommt. Denn auch durch die Entziehung des Gebrauchs eines Luxusgegenstandes, z. B. eines Luxuspferdes, kann ein vermögenswerter Schaden verursacht werden. Wer gewohnt ist, täglich eine Ausfahrt in den Wald zu machen, wird gegebenenfalls das erstattet verlangen können, was er nunmehr für Beschaffung eines Mietfuhrwerks verausgaben muß (a. M. Oertmann A 2).

2. Unberührt bleiben vom § 253 die Bestimmungen des StGB und der Gesetze über den Schutz des geistigen Eigentums, soweit sie einen Anspruch auf Buße gewähren.

§ 254

Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist[1]).

Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen mußte, oder daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern[2]). Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung[3])[4])[5])[6])[7]).

E I 222 II 217; M 2 223; P 2 30.

1. **Mitverschulden des Beschädigten.** Hat bei der Entstehung eines Schadens, betreffs dessen die Haftung eines andern in Frage kommt, der Beschädigte mitgewirkt, so fragt es sich, wie diese Tatsache die Haftbarkeit des andern beeinflußt. Es bestehen an und für sich drei Möglichkeiten: der andere bleibt in vollem Maße haftbar, oder seine Haftung ist eine geminderte, oder

endlich die Haftung ist völlig beseitigt. Das Gesetz trägt allen drei Möglichkeiten Rechnung (Abs 1), setzt stets ein mitwirkendes Verschulden des Beschädigten voraus, und will die Entscheidung alsdann allgemein auf die besonderen Umstände des Falles, insonderheit aber auf die vorwiegende Verursachung abgestellt wissen. Zu prüfen ist danach in erster Linie jedesmal (RG 54, 407), ob das zur Entstehung des Schadens mitwirkende Verhalten des Beschädigten ein schuldhaftes war, demnächst aber zutreffendenfalls, ob der nachteilige Erfolg vorwiegend auf das Verhalten des einen Teiles oder des andern ursächlich zurückzuführen ist. Im einzelnen ist zu den gegebenen Begriffsmerkmalen folgendes zu sagen: **Eigenes Verschulden** des Beschädigten: Es kann sich in einer positiven Tätigkeit, wie auch in einem Unterlassen äußern (Abs 2). Niemals aber kann es sich vorliegend um ein Verschulden in der gewöhnlichen Richtung handeln, nämlich um ein solches gegenüber einem andern, oder um die Verletzung einer Rechtspflicht. Notwendig handelt es sich vielmehr um ein Verschulden in eigener Angelegenheit, das in der Außerachtlassung derjenigen Aufmerksamkeit und Sorgfalt besteht, welche (nach Lage der Sache) zur Wahrnehmung der eigenen Angelegenheiten geboten war, um Schaden zu vermeiden (RG 52, 351; Warn 08 Nr 495 u. 606; JW 1914, 827[2]). Was eine Haftung wegen Verschuldens Dritten gegenüber begründet, begründet es regelmäßig auch gegen sich selbst in der Form der Berücksichtigung des Verschuldens bei der Schadensteilung (RG JW 15, 214). So hat der Gast die Pflicht, in bezug auf die Sorge für seine im Gasthause untergebrachten Sachen die erforderliche Aufmerksamkeit und Sorgfalt selbst anzuwenden, gegebenenfalls also auch die vom Wirt zur Sicherheit während der Nacht getroffenen Vorkehrungen zu benutzen (RG 75, 386), wonach neben § 701 auch der § 254 Platz greift, und die Fürsorgepflicht des Gastes höher zu stellen ist als die des Wirtes. Der Kassenbeamte ist verpflichtet, die Echtheit der vorgelegten Quittung zu prüfen, versäumt er das und erfolgt die Zahlung auf eine gefälschte Quittung, so kann mitwirkendes Verschulden vorliegen (RG 10. 5. 10 II 493/09). Ein Mitverschulden kann unter Umständen auch darin gefunden werden, daß ein Mieter, der durch den fehlerhaften Zustand der Mietsache Schaden erlitten hat, trotz Kenntnis des Fehlers die Wohnung behielt und nicht vielmehr von seinem Kündigungsrechte Gebrauch machte (RG Warn 1916 Nr 133). Hat jemand (ein Angestellter) den Schaden, für den ihm ein anderer haftbar ist, bei Befolgung von Anordnungen eines Dritten erlitten, dem er an sich Gehorsam schuldete, so kann er sich zwar nicht schlechthin auf seine Gehorsamspflicht berufen, aber diese Pflicht und die Gepflogenheit, die Anordnungen des Dritten (des Dienstherrn) zu befolgen, die damit verbundene Abstumpfung, sind dennoch zu seinen Gunsten zu berücksichtigen (RG SeuffA 70 Nr 152). — Vorausgesetzt ist ein Verschulden im Sinne des § 276 (RG 54, 510; 59, 222; 68, 423), und zu berücksichtigen ist dabei jeder Grad (RG JW 05, 283[5]) vom Standpunkte der vormaligen Lage des Geschädigten und von seiner damaligen Auffassung aus beurteilt, nicht aber ist entscheidend, was sich „hinterher bei kühler Überlegung der wirklichen Sachlage als das Richtige ergibt" (RG Warn 09 Nr 7). Individuelle Eigenschaften des Geschädigten kommen nicht in Betracht (RG Warn 09 Nr 281). Jedenfalls muß sich das Verschulden gerade bei derjenigen Handlung oder Unterlassung (RG JW 1914, 589[5]) geäußert haben, welche für den Eintritt des Schadens mit ursächlich geworden ist. So wenn der Geschädigte bewußt die zu seinem Schutze angebrachten Verrichtungen nicht benutzt hat (RG Warn 08 Nr 20); oder wenn derjenige, welcher weiß, daß er alkoholische Getränke nicht vertragen kann, sich in Trunkenheit versetzt und hierdurch den Unfall herbeiführt (RG Warn 1913 Nr 132). Mitwirkendes Verschulden kann im übrigen auch dann vorliegen, wenn die den Schaden verursachende Tätigkeit beider Teile zeitlich nicht zusammenfällt (RG 69, 57). Auch ein der schädigenden Handlung des andern voraufgegangenes schuldhaftes Verhalten des Geschädigten kann die Anwendung des § 254 begründen, falls nämlich dies Verhalten die spätere Handlungsweise des andern veranlaßt hat (RG JW 07, 7[7]; Warn 1911 Nr 261; Gruch 58, 921; 54, 1016). Endlich ist die Anwendung der Grundsätze von mitwirkendem Verschulden auch dann nicht unbedingt ausgeschlossen, wenn der Täter vorsätzlich den Schaden herbeigeführt und der Geschädigte anderseits bei der Entstehung oder bei dem Anwachsen des Schadens nur fahrlässig mitgewirkt hat (RG 76, 323; 69, 281; 78, 394). Vgl. dazu des Näheren Anm 7. Mitverschulden kann auch durch eine schikanöse Handlungsweise (§ 226) begründet sein; so wenn der Grundstückseigentümer das Betreten seines Hauses dem bauenden Nachbareigentümer, der von jenem Hause aus für dessen genügende Befestigung Sorge tragen wollte, rundweg untersagt (RG Gruch 54, 1016); ferner durch ein Reizen des Täters (RG JW 07, 7[7]; Warn 1911 Nr 201). Hat der Verletzte mit anderen in bewußtem Zusammenwirken gehandelt, dann muß er sich unter Anwendung des § 830 Abs 1 auch die Handlungen seiner Genossen dem Täter gegenüber (der ihn demnächst verletzt hat) gemäß § 254 als eigenes Verschulden zurechnen lassen (RG Warn 1911 Nr 261). — Da Verschulden des Beschädigten vorausgesetzt ist, so folgt zugleich, daß der **Beschädigte** zu einer schuldhaften Handlungsweise auch befähigt und mithin **zurechnungsfähig** gewesen sein muß. Die Frage der Unzurechnungsfähigkeit ist auch hier nach dem Grundsatze der §§ 827, 828 zu beantworten (RG 59, 221; 68, 423). Erforderlich ist nicht Vorhandensein der Geschäftsfähigkeit. Mitwirkendes Verschulden bei Kindern

unter 7 Jahren kann überhaupt nicht in Frage kommen (RG 54 S. 404, 407), während bei Kindern von 7—18 Jahren ihre Einsichtsfähigkeit entscheidet (RG 59, 221; 68, 423; Warn 08 Nr 314 und 1910 Nr 19); die in § 828 geforderte Einsicht der Verantwortlichkeit wird durch die Einsicht zur Erkenntnis der Gefährlichkeit des Tuns gedeckt (RG Warn 08 Nr 579). Bei einem jugendlichen Verletzten ist sein mitwirkendes Verschulden, falls er einem klaren und eindrucksvollen Verbote zuwidergehandelt hat, und nicht bewiesen ist, daß ihm die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit für die Verbotsverletzung erforderliche Einsicht gefehlt hat, selbst dann in Betracht zu ziehen, wenn er die zur Erkenntnis der Gefahr erforderliche Einsicht nicht besessen hat (§ 828; RG 76, 187). Hat jemand sich in Trunkenheit versetzt und in diesem Zustande eine gefährliche Treppe benutzt, so liegt Mitverschulden im Sinne des Gesetzes vor (RG JW 05, 229[5]). — In der Regel kommt es auch **nur** auf das **eigene Verschulden des Geschädigten selbst** an. So bleibt im Falle der Haftung des Eisenbahnunternehmers gemäß § 25 des preuß. Eisenbahngesetzes v. 3. 11. 38 ein Verschulden des Beauftragten des Verletzten außer Betracht (RG 63, 270). Auch insbesondere ein etwaiges Versehen der Eltern als solcher kann dem verletzten Kinde nicht als ein von ihm zu vertretendes Verschulden angerechnet werden (RG JW 06, 55[6]), insbesondere auch nicht die den Eltern zur Last fallende schuldhafte Unterlassung der Zuziehung eines Arztes (RG JW 06, 85[4]). Indessen der nur mittelbar Geschädigte (der Ehemann) muß sich das Verschulden des unmittelbar Beschädigten (der Ehefrau) stets anrechnen lassen (RG 81, 215; hier hatte der Mieter wegen des infolge Schadhaftigkeit der Mietsache seiner Ehefrau zugestoßenen Unfalls Schadensersatz verlangt). Die Sache liegt da grundsätzlich überhaupt anders, wo gegen den Geschädigten die **Bestimmung des § 278** anwendbar ist (vgl. dazu Anm 3). Bei solchem Tatbestande, sofern also ein elterlicher Gewalthaber oder sonst ein Dritter in der Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter oder als Hilfsperson bei Erfüllung einer Verbindlichkeit des Geschädigten gehandelt hat, ist das etwaige ursächliche Verschulden dieses Dritten stets auch dem Geschädigten selbst wie eigenes „mitwirkendes Verschulden" zuzurechnen. Dies ergibt sich schon aus der allgemeinen Vorschrift des § 278 selbst, seine Anwendung ist aber auch durch Abs 2 Satz 2 ausdrücklich angeordnet. Denn diese Bestimmung hat Geltung auch für Abs 1. Zum mindesten soll durch den Umstand, daß die Vorschrift erst in Abs 2 Aufnahme gefunden hat, die Befolgung des § 278 in Fällen des Abs 1 nicht ausgeschlossen sein. In den Urteilen RG 54, 410 u. 55, 331 ist keineswegs, wie Staudinger A 5 und Oertmann A 5a mit Unrecht anzunehmen scheinen, das Gegenteil ausgesprochen. Die Entscheidungen sind nur auf die abgeurteilten Fälle abgestellt, bei denen es sich allerdings gerade um den Abs 2 handelte.

Von einer **„Mitwirkung"** kann strenggenommen überhaupt nur dann gesprochen werden, wenn die Wirkung nicht nur von einem der mehreren Beteiligten, sondern von allen herbeigeführt worden ist, wenn also, sofern es sich um die Verursachung eines bestimmten Erfolgs handelt, jeder der Beteiligten ein Teil zu ihm beigetragen hat. Scheinbar folgt solcher Anschauung auch die Gesetzesbestimmung selbst, indem sie die Entscheidung davon abhängig macht, inwieweit der Schaden „von dem einen Teile oder dem andern verursacht worden ist", mithin aber beide Teile als die Verursacher des Schadens vorauszusetzen scheint. Gleichwohl ist das Gesetz anders zu verstehen, da es auch in solchen Fällen Anwendung finden will, in denen der Ersatzpflichtige zur Entstehung des Schadens überhaupt nichts beigetragen hat, falls er nur trotzdem, sei es vermöge einer rechtsgeschäftlichen, sei es einer gesetzlichen Verpflichtung, für den Schaden einzustehen hat, und wofern anderseits die Bedingung zutrifft, daß gerade ein Verschulden des Beschädigten zur Entstehung des Schadens „mitgewirkt hat". Danach ist aber für die Anwendbarkeit des § 254 in Wirklichkeit nur notwendig das Vorhandensein eines Schadens, für den ein anderer haftbar ist, während zu dessen Entstehung der Geschädigte seinerseits in irgendeiner Weise schuldhaft beigetragen hat. Dementsprechend ist die Anwendbarkeit des Gesetzes auch anerkannt worden in Fällen, in denen der eine Teil ohne Rücksicht auf ein Verschulden seinerseits lediglich aus einer übernommenen Garantie oder Versicherung haftete (RG 51, 275), ferner bei der Haftung des Tierhalters nach § 833 (RG 18. 5. 05 VI 417/04; 67, 120); bei der Haftung für Wildschaden kraft Gesetzes (RG 52, 349); bei der Haftung für Hilfspersonen gemäß § 278 (RG 56, 155); endlich bei der Haftung auf Grund des HaftpflG (RG Warn 08 Nr 18; 1911 Nr 340), und zwar nicht nur in den Fällen, wo nur „die Ursächlichkeit der allgemeinen Gefährlichkeit des Betriebs einerseits und das eigene Verschulden des Beschädigten anderseits gegeneinander abgewogen werden müssen" (RG 56, 155; RG JW 05, 77[13]; Warn 1912 Nr 138). (Vgl. über die vorstehend dargelegten Grundsätze insbesondere RG 67, 120 u. 69, 59.) Auf § 254 kann sich jedoch der nach § 1 HaftpflG haftbare Eisenbahnunternehmer nicht berufen, wenn ein Tier den Schaden mitverursacht hat, dessen Halter der Verletzte war (RG Warn 1911 Nr 122 unter Anwendung des § 840 Abs 3). Zu beachten ist hierbei überall, daß das Gesetz seiner Fassung nach die **Mitwirkung** überhaupt nicht bei Herbeiführung des schädigenden Ereignisses, sondern nur **bei Entstehung des Schadens** fordert. Vgl. auch den zweiten Fall des Abs 2 Satz 1.

Die **„vorwiegende" Verursachung** des Schadens ist vom Gesetze als der Vergleichungspunkt ausdrücklich hervorgehoben. Mithin aber muß vornehmlich gerade die Ursächlichkeit des Handelns gegeneinander abgewogen werden (RG JW 1912, 31[15]; Warn 1911 Nr 340). Daneben will indessen das Gesetz auch die sonstigen Umstände des Falles beachtet wissen und dabei allerdings auch namentlich die Frage, welchem Teile bei der Verursachung der Schadens das stärkere Verschulden zur Last fällt (RG 68, 422; 69, 57; JW 1912, 138[11]), welche Frage übrigens auch dabei eine Rolle spielen kann, ob einem Arglistigen gegenüber die Berufung auf Mitverschulden zulässig ist (RG Warn 1919 Nr 53). Hat der Empfänger von Schecks einer Bank jene so sorglos aufbewahrt, daß sie auch Unberufenen zugänglich waren, und hat ein Dritter infolgedessen einen Scheck ausgefüllt und mit dem Faksimilestempel des Empfängers den Scheck unterzeichnet, daraufhin aber von der Bank Geld erhoben, dann ist unter gewöhnlichen Umständen anzunehmen, daß der Empfänger des Schecks seinen Schaden allein verursacht hat (RG 81, 58). Es ist nach dem Gesetze auch sogar vorsätzlichen Schädigungen gegenüber selbst ein auf bloßer Fahrlässigkeit beruhendes mitwirkendes Verschulden, wenn auch nicht in der Regel, so doch möglicherweise zu beachten (RG 69, 181; 76, 323). Nur kann die Vergleichung eines beiderseitigen Verschuldens überall da überhaupt nicht in Frage kommen, wo der Verpflichtete grundsätzlich auch ohne Rücksicht auf Verschulden haftet (oben Abs 2). Zu prüfen ist schließlich also überall da, wo das Verhalten beider Teile von ursächlicher Bedeutung geworden ist, in welchem Maße die Handlungsweise des einen oder des andern Teiles zum Erfolge beigetragen hat (RG 54, 13; Warn 08 Nr 19 u. 445; 1911 Nr 64); in denjenigen Fällen sodann, wo der Ersatzpflichtige kraft Gesetzes oder zufolge rechtsgeschäftlicher Übernahme einer Gefahr haftet, in welchem Maße einerseits das schuldhafte Verhalten des Beschädigten und anderseits die die Haftung des Ersatzpflichtigen begründenden Umstände selbst (die von einem Tiere ausgehende Gefahr, die mit dem Eisenbahnbetriebe verbundene Gefahr, die bei der Übernahme einer Versicherung in Frage stehende Gefahr) als Ursache für den Schaden anzusehen sind (RG JW 03 Beil 136 Nr 298, 299 und SeuffA 59 Nr 224; RG 56, 154; 62, 350; Warn 08 Nr 606 sowie 290 u. 291; ferner 1911 Nr 340). In denjenigen Fällen endlich, in denen der haftbar Gemachte für das Verschulden Dritter einzustehen hat (§ 278), ist zu erwägen, ob das Verhalten der Hilfspersonen oder das des Beschädigten als Hauptursache anzusehen ist (RG 69, 57). Hiernach kann sich im Einzelfalle sogar ergeben, daß das schuldhafte Verhalten des Geschädigten völlig bedeutungslos ist, oder umgekehrt kann sich auch das Verschulden des Beschädigten als von so überwiegender Bedeutung erweisen, daß es allein als ursächlich anzusehen ist. Im ersten Falle hat der Ersatzpflichtige den vollen Schaden zu ersetzen; im zweiten Falle besteht für ihn keine Verpflichtung (JW 06, 54[4]; Warn 08 Nr 578). Wäre anzunehmen, daß das Maß der Ursächlichkeit auf beiden Seiten gleich zu bewerten ist, so würde der Ersatzpflichtige nur für die Hälfte des Schadens aufzukommen haben (RG 28. 11. 04 VI 235/04); und wäre endlich die Ursächlichkeit zu Lasten beider Teile je nach einem verschiedenen Verhältnisse als gegeben anzusehen, so müßte der Umfang des zu leistenden Ersatzes diesem Verhältnisse entsprechend bemessen werden (RG JW 03 Beil 67 Nr 155 u. 121 Nr 268 für den Rechtskreis des Haftpflichtgesetzes). Der § 254 ist auch dann anwendbar, wenn die schädliche Handlungsweise des anderen deswegen keine rechtswidrige war, weil sie infolge des rechtswidrigen Verhaltens des Geschädigten notwendig geworden war (RG SeuffA 48 Nr 48). — Stehen dem Geschädigten mehrere Haftbare als Gesamtschuldner gegenüber, so kann sein Verschulden im Verhältnisse zu dem des einen Täters größer sein, als zu dem des andern, so daß der eine einen gewissen Ersatz zu leisten hat, als der andere (RG Gruch 54, 414).

2. Abs 2 enthält lediglich einen besonderen Anwendungsfall des in Abs 1 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes. Das in ihm ebenfalls vorausgesetzte Verschulden des Beschädigten besteht hier **in Unterlassungen.** Damit ist zugleich die Verpflichtung anerkannt, sogar bei schuldhaftem Verhalten des andern Teiles das zur **völligen Abwendung oder wenigstens zur Minderung des Schadens,** jedenfalls aber zur Verhütung eines **ungewöhnlich hohen Schadens** Erforderliche, nach Möglichkeit beizutragen, in der letzten Hinsicht, indem der Schuldner auf die Möglichkeit eines derartigen Schadens aufmerksam gemacht wird (RG Warn 1911 Nr 10). Auf die Unterlassung dessen kann sich jedoch der Schädiger dann nicht berufen, wenn der Geschädigte nachweist, daß jener auch im Falle eines Hinweises auf die Gefahr nichts veranlaßt haben würde (RG 22. 11. 13 V 260/13). Zur **Abwendung** des Schadens kann auch die Ergreifung solcher erst nachträglicher Maßregeln geboten sein, die den bereits eingetretenen Schaden zu beseitigen geeignet wären. — Das bezeichnete Verschulden des Beschädigten setzt nicht die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht voraus, sondern umfaßt jeden Verstoß gegen Treu und Glauben nach der Verkehrssitte, ein Unterlassen derjenigen Maßregel mithin, die nach der Auffassung des Lebens ein ordentlicher Mann hätte anwenden müssen, um Schaden von sich abzuwenden (RG 52, 351; 71, 216). So kann ein mitwirkendes Verschulden auch darin gefunden werden, daß der Geschädigte, auf die Schadenersatzpflicht des andern pochend, ein Grundstück trotz seiner Fähigkeit hierzu nicht meistbietend erstanden und die dazu erforderte

Sicherheit nicht geleistet hat (RG JW 15, 1001[3]). Die Pflichtverletzung muß auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beruhen (RG 54, 411) und kann daher auch dann vorliegen, wenn der Geschädigte den Schaden nicht gekannt hat, falls nämlich diese Nichtkenntnis auf Fahrlässigkeit zurückzuführen ist (RG 4. 7. 05 III 580/04). Eine schuldhafte Unterlassung liegt beispielsweise vor, wenn A dem B ein Paket zur Beförderung übergibt, ohne ihn auf den an sich nicht ersichtlichen wertvollen Inhalt aufmerksam zu machen, oder wenn der Käufer zur Abwendung des Schadens einen Deckungskauf, der sich nur unter erheblichen Aufwendungen bewerkstelligen läßt, vornimmt, ohne den Verkäufer darauf hinzuweisen (RG 18. 11. 15 V 224/15), oder wenn der Beschädigte schuldhaft eine nachträgliche Besserung seines Zustandes hindert (RG 60, 149; 68, 352; 83, 17; Warn 1913, Nr 131), oder wenn derjenige, der einen in zweiter Linie haftenden Beamten aus § 839 in Anspruch nehmen will, schuldhaft unterläßt, zuvor gegen den in erster Linie verpflichteten Beamten vorzugehen (RG 80, 256). Der gegen Einbruchsdiebstahl Versicherte hat nach Kräften alles zur Wiedererlangung der Sache Geeignete vorzunehmen; die Unterlassung dessen kann eine Pflichtverletzung darstellen, auf die der Schaden des Versicherers ursächlich zurückzuführen wäre (RG Warn 1913 Nr 270). Eine Verpflichtung zur Vornahme des Deckungsverkaufs kann erst dann in Frage kommen, wenn der Verkäufer bereits den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt hat, da er bis dahin sich noch selbst erfüllungsbereit halten muß (RG JW 1914, 72[2]). Unter besonderen Umständen ist aber die Vornahme des Deckungskaufs (oder Verkaufs) mit Rücksicht auf die im kaufmännischen Verkehre gebotene Sorgfalt als Abwendungsmaßregel notwendig (RG 58, 327; JW 1910, 613[4]). — Die Voraussetzung eines **ungewöhnlich hohen Schadens** ist gegeben, wenn der Schaden hinsichtlich der Höhe so sehr von einem gewöhnlichen Schaden abweicht, daß es deshalb gegen Treu und Glauben verstieße, wenn der Gefährdete den andern nicht auf die Gefahr eines solchen Schadens aufmerksam machte (RG JW 1911, 35[13]); z. B. dann, wenn einem Hypothekengläubiger, dem wegen nicht rechtzeitiger Zahlung der an einem bestimmten Tage fälligen Hypothek ein ungewöhnlich hoher Schaden entsteht (etwa wegen Entgehens der Gelegenheit zu einer außergewöhnlich günstigen Unterbringung des Kapitals) und er unterläßt, den Schuldner auf diese Gefahr aufmerksam zu machen, es sei denn, daß der Schuldner den fälligen Betrag doch nicht rechtzeitig hätte beschaffen können (RG Warn 1911 Nr 10). *Daß der Beschädigte schon die konkrete Gefahr vorausgesehen hat, ist nicht erforderlich*; es genügt, wenn er das Vorhandensein einer Gefahr überhaupt erkannt hat, und dennoch schwieg oder untätig blieb. Die Vorschrift des § 254 Abs 2 (erster Fall) ist gegen den Beschädigten nur dann anwendbar, wenn die (außergewöhnliche) Höhe des Schadens durch Umstände herbeigeführt worden ist, deren Eintritt der Schädiger nicht voraussehen konnte, während der Beschädigte in der Lage war, sie vorauszusehen, und deshalb Treu und Glauben erfordert haben würden, daß er den Schädiger darüber aufklärte (RG 24. 9. 19 V 145/19). Dem Geschädigten steht überdies der Nachweis frei, daß seine Unterlassung mit der Höhe des Schadens nicht in ursächlichem Zusammenhange steht (RG SeuffA 62 Nr 132). — Einwände wegen Unterlassung der Abwendung oder Minderung des Schadens (negligentia in custodiendo) kommen häufig vor *bei Betriebsunfällen im Gebiete des Haftpflichtgesetzes*, ferner im Gebiete des § 326 in der Form, daß der Schuldner geltend macht, der Gläubiger habe bei der Vornahme des *Deckungskaufs* schuldhaft gehandelt (RG 57, 106). Ist der Käufer wegen Nichtabnahme der Kaufsache auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Anspruch genommen, dann kann er nicht entgegenhalten, daß er vom Verkäufer nicht auf den im Unterschiede zwischen dem Verkaufspreise und dem Einkaufspreise bestehenden Schaden aufmerksam gemacht worden ist; auch nicht, daß der Verkäufer, dem nach Eintritt des Verzuges des Käufers die Gewährung der Sache unmöglich geworden ist (weil nämlich der Dritte, von dem der Verkäufer die Sache beziehen wollte, diese inzwischen anderweit verkaufte), diesen Weiterverkauf nicht gehindert hat (RG LZ 1919, 1074[4]). — Ob der Schaden durch eine positive Tätigkeit oder durch eine Unterlassung des haftbar Gemachten herbeigeführt worden, ist unerheblich (RG JW 03 Beil 121 Nr 267). *Bei Vertragsverletzungen* enthält die Vorschrift des § 254 Abs 2 eine Milderung des Grundsatzes, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze den ganzen, selbst den nicht voraussehbar gewesenen Schaden umfaßt (RG 12. 10. 06 II 106/06). Vgl. über einzelne sonstige Anwendungsfälle unten A 4. Solange der Beschädigte die nachteilige Folge durch **Rechtsbehelfe** abwenden kann, ist der Schaden überhaupt noch nicht endgültig entstanden (RG 75, 113). Ob aber in dem Unterlassen der Ergreifung von Rechtsmitteln (namentlich gegen Entscheidungen oder Anordnungen von untergeordneten Verwaltungsbehörden) ein Verschulden liegt oder nicht liegt, ist im einzelnen Falle nach den Umständen zu prüfen, wobei es besonders auf die Aussichten des etwaigen Rechtsmittels ankommt (RG 12. 6. 11 II 597/10; ferner Warn 1912 Nr 65; 1916 Nr 276; Gruch 58, 917). Im Zweifelsfalle liegt der Beweis dafür, daß der Rechtsbehelf von Erfolg gewesen wäre, dem Beklagten ob, da es sich hier nicht um eine Voraussetzung für die Entstehung des Schadens und für die Haftung des Täters, sondern um einen Grund für dessen Entlastung handelt (RG 13. 11. 12 V 207/12). Ist jemand

(der Aussteller eines Wechsels) einem andern (dem Gefälligkeitsakzeptanten) für dessen Inanspruchnahme durch einen Dritten (den Wechselinhaber) haftbar, dann darf der andere die ihm zu erstattenden Kosten nicht dadurch erhöhen, daß er auf die Klage des Dritten nutzlose Einwendungen erhebt (RG 77, 29). Wer gegen die Beeinträchtigung seiner Grundgerechtigkeit Klage erhoben hat, braucht sich nicht ohne weiteres vorwerfen zu lassen, daß er nicht eine Regelung schon im Wege der einstweiligen Verfügung versucht habe (RG 11. 12. 18 V 272/18).

Der Ausdruck **Schuldner** in Abs 2 soll nicht besagen, daß ein bereits bestehendes Schuldverhältnis vorauszusetzen ist; er will vielmehr nur die haftbar gemachte Persönlichkeit bezeichnen.

3. Diese **Bezugnahme auf § 278** besagt, daß der Geschädigte es sich unmittelbar zuzurechnen hat, wenn seinem gesetzlichen Vertreter oder demjenigen, dessen er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit bedient, ein Verschulden zur Last fällt (RG 55, 316; ferner 332, das Versehen eines Rechtsanwalts betreffend. Vgl. auch RG 56 S. 155, 378; 59, 305; Warn 1910 Nr 234; auch A 1 a. E.; ferner § 426 Anm 1, wonach § 278 in Verbindung mit § 254 auch bei der Ausgleichung zwischen Gesamtschuldnern anwendbar ist (RG 69, 422; 75, 251; Warn 1911 Nr 394; JW 1912, 141[17] u. 865[24]). Im übrigen findet die Vorschrift des Satzes 2 Abs 2 auch auf das im Abs 1 behandelte, schon bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Verschulden Anwendung (RG 62, 106; 75, 114; SeuffA 71 Nr 108). Der Beschädigte haftet mithin gegebenenfalls in eben dem Maße für seine Erfüllungsgehilfen oder Vertreter wie gegebenenfalls der Schädiger für seine Erfüllungsgehilfen (RG 79, 312; JW 1912, 138[12]). Dies führt also dazu, dem Gläubiger die Vertretung für das Verschulden eines wirklichen Erfüllungsgehilfen im Sinne des § 278 aufzulegen (RG 75, 114), und es greift Abs 2 Satz 1 hier daher nicht nur bei schuldhaften Unterlassungen, sondern auch bei positivem schuldhaften Tun eines solchen Gehilfen (RG 55, 332; 62, 108) Platz. Voraussetzung für die Mitberücksichtigung des § 278 ist aber stets, daß es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, oder daß wenigstens etwas einer Verbindlichkeit Ähnliches vorliegt, was erfüllt werden kann, während die Mitverwertung des § 278 über jene Grenze hinaus, insbesondere bei Schadenszufügungen durch eine unerlaubte Handlung, unzulässig ist (RG 75, 258; 77, 211; 79, 319; 91, 138). Nach seinem allgemeinen Rechtsgedanken jedoch, wonach der Beschädigte auch für seine Hilfspersonen einstehen soll, ist der § 254 auch in Verbindung mit § 831 entsprechend anwendbar, wenn ein Verschulden des vom Beschädigten zu einer Verrichtung Bestellten bei der Entstehung des Schadens mitwirkt, so beispielsweise, wenn der Kutscher des Beschädigten (RG 77, 211), oder der von ihm verwendete Chauffeur (RG 79, 319; SeuffA 71 Nr 108) den Zusammenstoß mitverschuldet, durch den die Verletzung des Beschädigten herbeigeführt wird. Allerdings braucht sich der Beschädigte auch hier das etwaige Mitverschulden des mit der Verrichtung Bestellten dann nicht zurechnen zu lassen, wenn er den ihm freistehenden Nachweis erbringt (§ 831), daß er bei der Auswahl des Bestellten die erforderliche Sorgfalt angewendet hat. Das Verschulden seines approbierten Arztes braucht der Verletzte nicht zu vertreten (RG Warn 1913 Nr 131).

4. **Anwendungsgebiet des § 254.** Er greift nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts in allen durch das BGB bestimmten Fällen der Schadensersatzpflicht **a)** unmittelbar Platz (RG 62, 348; Warn 1910 Nr 419), mag Vertragsschaden wegen Nichterfüllung (RG 57, 107, Kauf; 69, 381, Werkvertrag betreffend; 71, 188; 94, 140; JW 1919, 308[9], betreffs eines Schadensersatzes aus § 325), oder Haftung wegen unerlaubter Handlungen oder endlich auf Grund des Haftpflichtgesetzes in Frage stehen (RG JW 1912, 71[8]; vgl. auch § 846); sofern sich nur eine Verpflichtung zum Schadensersatze ergibt (RG 57, 87). — Der § 254 ist sonst noch anwendbar auch in den Fällen des § 945 ZPO (RG JW 07, 485[25]); ferner in den Fällen des internationalen Übereinkommens vom 14. 10. 90 (RG 67, 171). Anderseits beschränkt sich das unmittelbare Anwendungsgebiet des § 254 auf die Fälle des Schadensersatzes, und es kann aus ihm insbesondere nicht ein Rechtssatz des Inhalts hergeleitet werden, daß jedes Verschulden, aus dem Rechtsfolgen hergeleitet werden, durch das mitwirkende Verschulden des andern entkräftet oder gemindert werde (RG Warn 1910 Nr 266; 15. 6. 18 V 58/18). Unverwendbar ist § 254 auch gegenüber der Eigentumsklage auf Herausgabe (RG JW 1918, 731[1]); anwendbar aber wird er wiederum, wenn nicht die Herausgabe der Sache, sondern statt dessen Schadensersatz gefordert wird, sei es in Geld, sei es durch Leistung einer andern gleichwertigen Gattungssache (RG 93, 281, hier war Ersatz für abhanden gekommene Pfandbriefe durch Gewährung gleichartiger Pfandbriefe verlangt worden; ferner Warn 1910 Nr 419). Weil es sich nicht um eine Forderung auf Schadensersatz handelt, sondern nur um Wertersatz ist für § 254 im Falle des § 915 bei nicht schuldhafter Überbauung fremden Bodens ebenfalls kein Raum (RG 74, 87). Es kann auch ein bei großer Havarie Beteiligter, der die Gefahr mitverschuldet und deswegen den Anspruch auf Vergütung verwirkt hat, nicht geltend machen, daß auch andere Beteiligte ein Verschulden trifft (RG 62, 423). **b)** **Eine nur entsprechende Anwendung** ist, ohne daß Schadensersatz verlangt wird, überall da statthaft, wo das Verschulden von zwei oder mehr Personen als mitwirkende Ursache in Frage steht, ohne daß

der Fall durch besondere gesetzliche Bestimmungen geregelt wäre (RG JW 1912, 71[8]). So insbesondere dann, wenn es sich um Unmöglichkeit der Leistung gemäß §§ 324, 325 handelt und die Unmöglichkeit teils von der einen, teils von der andern Partei herbeigeführt worden ist; desgleichen, wenn bei Wandlungsansprüchen in Frage kommt, auf wessen Verschulden die Unmöglichkeit der Rückgewähr zurückzuführen ist (RG 56, 267; 71, 191; 94, 141); ferner auch bei der Verteilung des Schadens unter mehrere, einem Dritten aus unerlaubter Handlung haftende Gesamtschuldner gemäß § 426 (RG 75, 251; vgl. § 426 A 2); endlich bei der Ausgleichung nach § 9 KraftFahrG (RG JW 1912, 70[7]); oder wenn mehrere Halter eines Kraftfahrzeuges, oder der Halter und der Kraftwagenführer (§§ 17, 18 KraftFahrG), oder die Genannten und sonst noch ein Dritter hinsichtlich des Unfalls als Gesamtschuldner haftbar sind (RG 87, 67; vgl. auch § 426 A 1). Eine entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 829 (Schadloshaltung durch einen von der Schadensersatzpflicht Befreiten) auf die Fälle des § 254 ist wegen ihrer besonderen Natur unzulässig (RG JW 03 Beil 122[270]). Eine entsprechende Anwendung des § 254 ist weiter abgelehnt worden, wenn der Schaden durch die Eisenbahn verursacht worden und ein Tier den Schaden gemäß § 833 mit verursacht hat (RG JW 1915, 324[2]). Bei dem Anspruche auf Wertersatz wegen **Enteignung** ist die unmittelbare Anwendung des § 254 ebenfalls unstatthaft; es kann sich höchstens um eine sinngemäße Verwertung des Grundgedankens handeln (RG 21. 6. 07 VII 442/06). Völlig unanwendbar ist § 254 auch im Falle des § 136 GewUVG (Haftung des Unternehmers für Aufwendungen der Genossenschaft, RG 62, 429); desgleichen bei den nach § 25 des preuß. Eisenbahngesetzes zu beurteilenden Fällen (RG 63, 272).

Anwendbar ist der § 254 im übrigen nur da, **wo der Beschädigte selbst den Anspruch erhebt.** Das ist im Sinne des § 254 derjenige, der einen Vermögensschaden erlitten hat und dafür Ersatz fordert (RG 54, 407), und auch er kann sich auf § 254 nur insoweit stützen, als er in Anspruch genommen ist, und nicht auch insoweit, als ein Schaden für ihn erst durch die Inanspruchnahme entsteht (RG 75, 113). Die Anwendbarkeit des § 254 ist beispielsweise ausgeschlossen, wenn nicht der Verletzte klagt, sondern der Geschäftsführer ohne Auftrag von dem Ersatzpflichtigen die Erstattung der Aufwendungen verlangt, die er für den Ersatzberechtigten gemacht hat (RG JW 05, 531[11]). Wenn jedoch aus der Verletzung oder Tötung einer Person Ansprüche mittelbar für einen Dritten entstehen (§§ 844, 845), findet § 254 auch diesem gegenüber derart Anwendung, daß es auf sein „mitwirkendes Verschulden" ankommt (RG 55, 24). Keinesfalls kommt der § 254 auch dem Beschädigten zugute, und deshalb kann der Erklärungsempfänger, der des Entschädigungsanspruchs aus § 122 Abs 1 nach Abs 2 daselbst wegen eigener Fahrlässigkeit verlustig geht, nicht gemäß § 254 mitwirkendes Verschulden des Erklärenden geltend machen; auch eine entsprechende Anwendung des § 254 ist hier ausgeschlossen, da nicht ein Anspruch auf Schadensersatz gegebenenfalls besteht (RG 57, 89).

5. Die **prozessuale Behandlung.** Von Amts wegen ist ein eigenes Verschulden des Verletzten nicht zu berücksichtigen; ein solches geltend zu machen, ist Sache der Einrede (RG 51, 186; 55, 321; 59, 311; JW 06, 85[4] u. 09, 13[5]), wobei es jedoch genügt, daß die Behauptungen des Beklagten seine Absicht erkennen lassen, das eigene Verhalten des Klägers zur Abwehr seiner Ansprüche zu verwerten (RG Warn 08 Nr 608). Solange Art und Umfang des Verschuldens des Beschädigten und dessen ursächliche Bedeutung nicht feststehen, kann nicht abgemessen werden, inwieweit der Schaden von dem einen oder andern Teile verursacht worden ist (RG JW 05, 44[8]). Das bei der Entstehung des Schadens mitwirkende Verschulden des Beschädigten muß bereits in dem etwa nur **über den Grund des Anspruchs ergehenden Urteile** festgestellt werden (RG 53, 117; 62, 148; JW 08, 558[22]; Warn 09 Nr 128 u. 540; Gruch 48, 591; 50, 1012). In RG Warn 09 Nr 112 ist es allerdings auch für zulässig erklärt worden, daß das Gericht im Grundurteil die Anwendung des § 254 dem Verfahren über den Antrag vorbehält, ein solches Urteil erlangt in diesem Sinne die Rechtskraft. Gegebenenfalls ist auch die **Quote** der Haftung bereits festzustellen (RG JW 05, 284[6]). Der nämliche Grundsatz greift auch für den Feststellungsprozeß Platz (RG Warn 1918 Nr 187). Das Zwischenurteil im Sinne des § 304 schließt eine nachträgliche Erörterung der Frage des mitwirkenden Verschuldens aus (RG Warn 1910 Nr 477), soweit nicht die Frage nach dem mitwirkenden Verschulden auch bei Prüfung des Umfangs der Ersatzpflicht in Betracht kommen muß (RG 81, 272; Gruch 54, 1145). Die Abwägung des Verhältnisses zwischen dem beiderseitigen Verschulden unterliegt der **Nachprüfung des Revisionsgerichts,** das die Abgrenzung ohne Zurückverweisung abändern kann (RG JW 04, 448[3]; 06, 544[9]; 1912, 71[8]). Die **Beweislast** kehrt sich um, wenn jemand außerhalb eines vertraglichen Verhältnisses dem Gegner die ihm an sich obliegende Beweisführung durch ein nach dem allgemeinen Rechtsbewußtsein verwerfliches Verhalten vereitelt (RG 60, 147).

6. **Übergangszeit.** Das Gesetz hat keine rückwirkende Kraft; ist mithin eine vor dem 1. 1. 00 entstandene Vertragspflicht verletzt worden, so ist das alte Recht, nicht aber § 254

anzuwenden (RG JW 05, 386[1]). Der Einfluß des mitwirkenden Verschuldens des durch den Erfüllungsverzug des Schuldners geschädigten Gläubigers ist bei einem unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründeten Schuldverhältnisse, wie auch der Verzug selbst nach dem früheren Rechte zu beurteilen (RG Warn 1911 Nr 339).

7. **Einzelfälle.** a) Allgemeine Grundsätze: Mitwirkendes Verschulden des Geschädigten wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Täter pflichtwidrig gehandelt hat, falls nur der Geschädigte auch mit einer solchen Pflichtwidrigkeit rechnen mußte (RG Warn 1910 Nr 419). Der § 254 ist auch dann anwendbar, wenn die schädliche Handlungsweise des andern deswegen keine rechtswidrige war, weil sie infolge des rechtswidrigen Verhaltens des Geschädigten notwendig geworden war (SeuffA 48 Nr 48). Wer einen andern arglistig zum Vertragschlusse bestimmt hat, kann sich nicht auf die Fahrlässigkeit des andern gegenüber jener Arglist berufen (RG Warn 08 Nr 49 u. 446; 1911 Nr 64). Jedoch greift § 254 ein, wenn beide Teile einander arglistig täuschten (RG SeuffA 63 Nr 222). Arglistigem Verhalten gegenüber ist bloß fahrlässiges in der Regel (RG 76, 323; JW 1911, 91[9]) kein Mitverschulden im Sinne von § 254 (RG 69, 281; Warn 08 Nr 49 u. 446). Es kann aber auch unter ganz besonderen Umständen das Gegenteil zutreffen (RG 76, 322; SeuffA 67 Nr 196). Der wegen einer unerlaubten Handlung in Anspruch Genommene wird nicht dadurch frei, daß dem Geschädigten ebenfalls eine sittenwidrige Handlung zur Last fällt (RG JW 1913, 734[2]). Der wegen Nichterfüllung des Vertrags in Anspruch genommene Schuldner kann sich nicht darauf berufen, daß der Gläubiger ihn nicht auf die Unregelmäßigkeiten seines mit der Erfüllung beauftragten Gehilfen aufmerksam gemacht hat (RG 75, 109). Nicht jede Verfehlung gegen ein behördliches Verbot begründet ein Verschulden; es kommt vielmehr auch hier darauf an, ob das im Verkehr erforderliche Maß von Aufmerksamkeit verletzt ist (RG 29. 3. 06 VI 280/05). Dem Verletzten, dessen Verschulden festgestellt ist, steht der Beweis frei, daß durch Verletzung der Dienstvorschrift von seiten des Beklagten die Betriebsgefahr erhöht worden ist (RG Warn 09 Nr 129; 1911 Nr 91 u. 90). Ein Rechtssatz, daß jedes Verschulden, woraus Rechtsfolgen für einen andern hergeleitet werden, durch ein mitwirkendes Verschulden des andern entkräftet oder vermindert wird, besteht auch nicht auf Grund des § 254 (RG 62, 420 zu § 702 HGB). Im Sinne des § 254 Abs 2 handelt nicht schuldhaft, wer sich bewußt in eine Gefahr begibt, wenn das zur Abwendung einer dringenden Gefahr für Gut und Leben geboten war (beispielsweise, um eine Person vor der herannahenden Lokomotive wegzureißen; RG JW 02, 136[53]), oder um ein scheu gewordenes Tier zu retten; oder wer versucht, eine durch ein Tier herbeigeführte Gefährdung zu beseitigen, selbst wenn er in der Aufregung sachwidrig handelt (RG 10. 10. 10 IV 138/10). Es ist auch nicht anzuerkennen, daß derjenige, der sich bewußt einer an sich möglichen Gefahr aussetzt, hierdurch stets und unbedingt schuldhaft handelt, beispielsweise wenn er eine die Möglichkeit einer Gefahr einschließende Verrichtung mit einem Tier vornimmt (RG 13. 10. 10 IV 56/10). Vgl. anderseits RG Warn 09 Nr 357, sowie JW 1910, 468[4]; 1912, 857[10], betreffend: „Handeln auf eigene Gefahr" und stillschweigende Übernahme der Gefahr dem Gegner gegenüber. Schuldhaft aber handelt, wer sich ohne Not in Gefahr begibt, beispielsweise bei fehlender, vom Hauseigentümer unterlassener Treppenbeleuchtung kein Licht beschafft oder nicht wenigstens mit aller Vorsicht die Treppe benutzt (RG 29. 9. 04 VI 142/04), oder als Wirtshausgast einen ihm unbekannten dunklen Korridor betritt, wobei das Verschulden des Wirtes zu einem Drittel überwiegend ist (RG JW 05, 44[7]), oder wer einen näheren unbestreuten, steileren Weg wählt, während die Hauptstraße bestreut ist; sein Verschulden ist überwiegend (RG JW 05, 284[6]; 1910, 618[10]; 1912, 1060[1]); desgleichen, wer eine Straße trotz Kenntnis ihres schlechten Zustandes ohne gehörige Vorsichtsmaßregeln benutzt (RG Warn 09 Nr 76); endlich wer beim Aussteigen aus einem stehenden Zuge die Griffstangen nicht benutzt (RG Warn 1911 Nr 284). Selbstverschulden ist nicht ohne weiteres anzunehmen, wenn sich ein Beschädigter, den herrschenden Anschauungen seiner Kreise folgend, in die Behandlung eines Naturheilkundigen (Knochenflickers) begibt (RG Gruch 60, 307ff.). — Wenn ein Mieter die schon länger bestehende Schadhaftigkeit der Treppe kennt und nie dagegen Einwand erhoben hat, daß der Wirt ihre Beleuchtung den Mietern überlassen hat, demnächst aber zu Schaden kommt, so liegt ausschließlich eigenes Verschulden vor (RG JW 05, 77[12]). Ein Mieter, der durch die mangelhafte Beschaffenheit der Wohnung zu Schaden gekommen ist, geht seines Ersatzanspruchs noch nicht dadurch verlustig, daß er trotz Kenntnis der Schadhaftigkeit der Wohnung nicht gekündigt hat (RG JW 1916, 303[3]). Wer in einem fremden Hause im Dunkeln die nicht beleuchtete Treppe hinaufsteigt, ohne Vorsichtsmaßregeln zu gebrauchen, handelt fahrlässig; doch tritt daneben das Verschulden des Hauswirts nicht völlig zurück (RG 27. 6. 07 VI 468/06; ähnlich RG 18. 10. 06 VI 33/06). Der durch einen Unfall in seiner Gesundheit Beschädigte muß die zur Herstellung oder Besserung seiner Krankheit sich darbietenden Mittel anwenden, nötigenfalls sich auch ärztliche Behandlung in einer Nervenanstalt (RG 60, 147), oder einer Operation (RG

Warn 1912 Nr 63) unterziehen. Dieses aber nur unter der Voraussetzung, daß die Operation gefahrlos ist (daher niemals bei Notwendigkeit einer Narkose); daß sie auch nicht mit nennenswerten Schmerzen verbunden ist, daß anderseits aber eine wesentliche Besserung der Leistungsfähigkeit zu erwarten ist und der Verpflichtete die Operationskosten übernimmt; die Haftung für das Mißlingen trägt der Verpflichtete; weist dieser das Vorhandensein der Voraussetzungen, unter denen sich der Verletzte der Operation zu unterziehen hätte, nach, dann erwächst ihm hieraus gegebenenfalls ein rechtsvernichtender Einwand, den der Verletzte zu entkräften hat (RG 83, 17; Warn 08 Nr 21). Denn es genügt, daß der Verletzte zur Entstehung des Schadens durch seine Unterlassung beiträgt. Jedoch ist er nicht verpflichtet, jede ärztliche Anregung ohne weiteres zu befolgen (RG Warn 09 Nr 130); anderseits haftet er nicht für das Verschulden eines approbierten Arztes (RG Warn 1913 Nr 131). Der Schädiger, durch dessen Schuld eine ärztliche Behandlung notwendig geworden ist, muß für ein Versehen des Arztes einstehen (RG JW 1911, 754[9]). Der Verletzte haftet nicht für den Arzt nach § 278 (RG 72, 219). Über Abgrenzung zwischen den Pflichten eines Wirtes gegenüber dem Gaste und anderseits dem mitwirkenden Verschulden des Gastes vgl. RG JW 1912, 793[9]. Eine Verpflichtung für den Hypothekengläubiger, bei der Versteigerung des Grundstücks mitzubieten, um den Ausfall der Hypothek zu hindern, besteht nicht (RG 80, 161). Der Erwerber von Aktien, die auf Grund eines unrichtigen (gefälschten) Prospektes ausgegeben sind, trifft nicht mitwirkendes Verschulden, wenn er die Richtigkeit des Prospekts nicht nachprüft (RG 80, 202).

b) **Haftung einer Stadt wegen Vernachlässigung der Aufsicht** über die Verkehrssicherheit, falls eine den Rinnstein verdeckende Bohle infolge ihrer mangelhaften Beschaffenheit längere Zeit hindurch nicht festliegt, und hierdurch Schaden entsteht (RG 15. 11. 06 VI 81/06). Eine Gemeinde, die Straßenbauten an einen Unternehmer vergibt und diesen zum Anbringen von Sicherungsvorrichtungen verpflichtet, bleibt für die Verkehrssicherheit mitverantwortlich (RG Warn 08 Nr 630). Ein Bauherr, dem die Bauleitung obliegt und die Verträge mit den Handwerkern und Arbeitern abschließt, haftet auch für den von ihm angestellten Architekten sowie für dessen Angestellte (RG 63, 341), wenigstens in der Regel (RG Warn 09 Nr 532).

c) **Im Bahn- und Straßenverkehre.** Die besondere Gefährlichkeit des Eisenbahnbetriebs muß bei Abwägung des Verschuldens des Beschädigten besonders berücksichtigt werden; anderseits erheischt sie aber auch eine erhöhte Vorsicht (RG JW 06, 54[5]). Die Haftbarkeit der Eisenbahn ist beispielsweise völlig ausgeschlossen, wenn jemand unter Außerachtlassung aller Aufmerksamkeit kurz vor dem daherkommenden Zuge das Bahngleis kreuzt und überfahren wird (RG Warn 08 Nr 289 u. 578); oder der Regel nach, wenn der Absteigende die Griffstangen nicht benutzt (RG Warn 1911 Nr 284). Es ist die Pflicht jedes Fußgängers, vor dem Betreten und bei dem Überschreiten einer Fahrstraße Umschau zu halten, ob ihn herankommende Fuhrwerke gefährden (RG 8. 4. 07 IV 394/06; Warn 09 Nr 9). Ein Verschulden kann grundsätzlich nicht darin gefunden werden, daß jemand von einem haltenden Straßenbahnwagen nach der der Fahrtrichtung entgegengesetzten Seite abspringt (RG 19. 11. 07 II 245/07), wohl aber beim Auf- oder Abspringen auf einen oder von einem wenn auch nur langsam fahrenden Zuge (RG Warn 08 Nr 19 u. 127 u. 09 Nr 275). Drohende erhebliche Gefahr (zufolge des großstädtischen Straßenbahnverkehrs) kann den Mangel an besonnener Überlegung entschuldigen und trotz sachwidrigen Handelns Fahrlässigkeit ausschließen (RG JW 02, 31[28]). Ein Reisender, der bei Wiederabfahrt des Zuges noch mit dem Aussteigen beschäftigt ist, ist für die Folgen selbst verantwortlich (RG Warn 08 Nr 18). Auch kann eine teilweise Haftung der Bahn dann noch gegeben sein, wenn der Fahrgast aussteigt, bevor die Bahn gehalten hat (RG JW 1914, 45[3]); oder wenn der Verletzte Umstände, die die Betriebsgefahr erhöhten (fehlerhaftes Verhalten eines Angestellten) gekannt, aber trotzdem nicht alle Vorsicht angewendet hat (RG JW 1914, 96[25]). Ein Motorradfahrer, der in bewohnter Gegend so schnell fährt, daß er nicht imstande ist, bei einem Zusammenstoße mit Menschen oder Tieren sofort die zur Abschwächung des Stoßes dienenden Maßnahmen zu treffen und die Maschine zum Stillstande zu bringen, hat für den ihm entstehenden Schaden keinen Ersatzanspruch (RG Warn 09 Nr 11). Für einen Automobilfahrer genügt es, wenn er einem Betrunkenen gegenüber die Geschwindigkeit mäßigt und dem Hindernis ausweicht; er braucht nicht damit zu rechnen, daß der Angetrunkene ihm abermals in den Weg läuft (RG Warn 09 Nr 9). Der Führer hat die Verpflichtung, den Fußgängern möglichst auszuweichen (RG SeuffA 67 Nr 201). Der Lenker eines Automobils ist verpflichtet, vor Beginn der Fahrt, sich über die von ihm einzuschlagenden Wege und die dort etwa vorhandenen Hindernisse (Bahnkreuzungen) zu unterrichten (RG SeuffA 67 Nr 8). Ein Radfahrer darf im Vertrauen auf das abzugebende Warnungszeichen des Wagenführers neben oder zwischen den Schienen der elektrischen Straßenbahn fahren (RG SeuffA 67 Nr 81). Eigenes Verschulden liegt nicht vor, wenn der Fahrgast einer elektrischen Straßenbahn

sich zum Verlassen des Wagens anschickt, bevor dieser vollständig zum Stehen gekommen ist (RG Warn 1912 Nr 93).

d) Staatsbeamte, die für Kassendefekte gesamtschuldnerisch untereinander haften, können sich nicht auf das mitwirkende Verschulden der Mitverhafteten gemäß § 254 dem Staate gegenüber berufen (RG 95, 347).

Bei der Schuldausgleichung gemäß § 254 liegt wie bei der Vorteilsausgleichung der **Beweis** des mitwirkenden Verschuldens dem Schädiger ob (RG 55, 320; 59, 311; JW 09, 13[5]; Gruch 51, 947; 53, 917).

§ 255

Wer für den Verlust einer Sache oder eines Rechtes[1]) Schadensersatz zu leisten hat, ist zum Ersatze nur gegen Abtretung der Ansprüche verpflichtet, die dem Ersatzberechtigten auf Grund des Eigentums an der Sache oder auf Grund des Rechtes gegen Dritte zustehen[2]).

E I 223 II 218; M 2 24; P 2 301.

1. **Verlust der Sache** liegt vor, wenn sie untergeht oder dem Eigentümer entzogen wird; **Verlust eines Rechtes,** wenn die den Gegenstand des Rechtes (wie des Eigentums-, Pfand- oder Nießbrauchsrechts) bildende Sache untergegangen oder dem Berechtigten entzogen ist, oder wenn ein Forderungsrecht zwar nicht untergegangen, aber doch entwertet ist (RG JW 06, 109[7]); vgl. ferner das letzte Beispiel A 2. Nur an dingliche Rechte hier zu denken (Staudinger A 3), dazu liegt ein zwingender Grund nicht vor.

2. Das Gesetz geht einerseits davon aus, daß der Ersatzberechtigte aus dem Grunde, weil er etwa die Möglichkeit hat, die in Verlust geratene Sache oder das Recht wiederzuerlangen, seinen Schadensersatzanspruch an den Täter noch nicht verliert (RG JW 06, 109[7]); anderseits aber steht es auf dem Standpunkte, daß der Berechtigte auch kein Anrecht darauf hat, mittels zweier ihm zu Gebote stehender Rechtsbehelfe möglicherweise eine Bereicherung zu erlangen (RG 53, 227). Darauf beruht die Regel, daß der Berechtigte gegebenenfalls zwar den Anspruch auf Schadensersatz sofort erheben kann, daß er alsdann jedoch seine anderweite Forderung dem in Anspruch Genommenen abzutreten verpflichtet ist. Anders liegt die Sache dann, wenn die Leistung des Verpflichteten unmittelbar eine Vertragserfüllung darstellt, wenn also der Vertrag auf eben diese Leistung gerichtet war, mag auch die letztere dazu bestimmt gewesen sein, den Gläubiger wegen gewisser Nachteile schadlos zu halten. In solchen Fällen ist § 255 nicht einmal sinngemäß anwendbar (RG JW 08, 446[7]; hier hatte ein Knappschaftsverein sich der Witwe des verunglückten Knappen gegenüber zu ihrer Entschädigung durch Kapitalabfindung verpflichtet). Der Verpflichtete braucht deshalb nur **Zug um Zug gegen Abtretung der Ansprüche** des Berechtigten zu leisten und hat daher auch das Recht der Zurückbehaltung oder die verzögerliche Einrede aus § 273 (vgl. RG 59, 371), und zwar steht das Recht auf Abtretung jedem Ersatzpflichtigen, ohne Rücksicht auf den Grund seiner Verpflichtung zu, also auch dem, der wegen unerlaubter Handlung haftet. Denn niemals soll der Berechtigte, dem zwei Ansprüche zustehen, aus diesem Umstande eine Bereicherung erlangen. Nicht aber ist der Berechtigte auch verpflichtet, vor Inanspruchnahme des Ersatzpflichtigen seinen ihm an den Dritten zustehenden Anspruch gegen diesen auch geltend zu machen (RG Warn 09 Nr 482). Der Ersatzpflichtige kann im übrigen das Recht auf Abtretung auch durch Klage zur Geltung bringen, wenn er bereits vorgeleistet hat. Trifft letzteres zu, und erlangt der Beschädigte alsdann nachträglich die verlorene Sache oder das Recht wieder zurück, dann ist der rechtliche Grund für die zuvor erfolgte Leistung des Ersatzpflichtigen fortgefallen, und daher kann dieser sie nunmehr gemäß § 812 Abs 2 zurückfordern. Mit der Abtretung des Eigentumsanspruchs erwirbt gegebenenfalls der Schuldner ohne weiteres das Eigentum (§ 931; RG 59, 371; a. A. Oertmann A 3).

Als vom Berechtigten abzutretende Ansprüche kommen hier nur solche in Betracht, die der Genannte **„auf Grund" des Eigentums an der verlorenen Sache oder „auf Grund" des verlorenen Rechtes** erlangt hat, und die also in dem betreffenden Rechte selbst ihre Grundlage haben, wie beispielsweise in dem Eigentumsrechte oder Pfandrechte. Der zu befriedigende Schadensersatzanspruch und anderseits der abzutretende Anspruch müssen mithin aus derselben Wurzel (aus dem nämlichen Eigentumsrechte oder Pfandrechte usw.) hervorgegangen sein. Ist dagegen dem Gläubiger infolge des ihn schädigenden Ereignisses ein Anspruch auf anderweiter, besonderer Grundlage erwachsen, beispielsweise, es hätte ein Dritter dem Beschädigten den Ersatz versprochen, dann ist für § 255 kein Raum. Nach § 67 des VersVG v. 30. 5. 08 geht jedoch, falls der Geschädigte gegen einen Dritten Anspruch auf Schadensersatz hat, dieser Anspruch auf den Versicherer ohne weiteres über, soweit der letztere dem Versicherten seinen Schaden ersetzt, und gibt dieser seinen etwaigen Ersatzanspruch an den Dritten auf, so wird hierdurch der Versicherer von seiner Verpflichtung insoweit frei, als

er sich aus dem Ersatzanspruche hätte befriedigen können. Gemäß §§ 774, 1225 vollzieht sich der Übergang der Forderung auf den Bürgen und auf den Verpfänder, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist, ebenfalls schon kraft Gesetzes. — Fälle der in § 255 vorausgesetzten Art liegen sonst beispielsweise unter folgenden Umständen vor: A entwendet B dessen Uhr und veräußert sie an C. Hier hat B gegen A die Klage auf Schadensersatz, und zwar auf Geldersatz, falls A die ihm gemäß § 250 gestellte Frist fruchtlos verstreichen läßt, gegen C hat er außerdem auf Grund seines Eigentums den Anspruch auf Herausgabe der Uhr (§§ 935, 985). Oder: Der Rechtsanwalt A verzögert die Klagezustellung, weshalb die Forderung seines Auftraggebers B gegen C verjährt und auf diese Weise gemäß § 222 entwertet wird. B kann nunmehr gegen A auf Schadensersatz klagen, anderseits aber hat er seine an sich (trotz der Verjährung) noch fortbestehende Forderung an C (vgl. die Ausführungen bei § 222) behalten und muß sie daher gegebenenfalls an den A abtreten. — Der § 255 greift in den gegebenen Grenzen Platz bei Ersatzansprüchen jeder Art, mögen sie auf unerlaubter Handlung oder auf Vertragsverletzung beruhen.

§ 256

Wer zum Ersatze von Aufwendungen[1]) verpflichtet ist, hat den aufgewendeten Betrag oder, wenn andere Gegenstände als Geld aufgewendet worden sind, den als Ersatz ihres Wertes zu zahlenden Betrag von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen[2]). Sind Aufwendungen auf einen Gegenstand gemacht worden, der dem Ersatzpflichtigen herauszugeben ist, so sind Zinsen für die Zeit, für welche dem Ersatzberechtigten die Nutzungen oder die Früchte des Gegenstandes ohne Vergütung verbleiben, nicht zu entrichten[3]).

Eingefügt vom Reichstage.

1. **Gegenstand von Aufwendungen** können sein Geld oder andere Sachen wie auch Dienste (§ 1835 Abs 2). Die Aufwendungen können zur Erreichung eines Zwecks, so zur Vollziehung einer Auflage (§ 257), zur Ausführung eines Auftrags (§ 670), oder „auf einen Gegenstand gemacht sein" als „Verwendungen" auf die Sache (§§ 550, 601, 970, 994ff.). Endlich können Aufwendungen, die dem Ersatzberechtigten infolge eines Verzugs des Verpflichteten entstanden sind, auch als „Mehraufwendungen" in Betracht kommen (§ 304). Zweck des § 256 wie des § 257 ist es, demjenigen, der im Interesse eines andern eine Aufwendung macht, einen vollen Ausgleichungsanspruch zu gewähren. Grundsätzlich setzt die „Aufwendung" eine auf freiem Willen beruhende Auslage und Aufopferung von Vermögenswerten zur Erreichung eines gewissen Zweckes voraus; der Anspruch auf Ersatz einer Aufwendung besteht daher auf anderer Grundlage, als der Anspruch auf Schadensersatz (RG JW 1910, 803[11]).

2. Bei Aufwendungen jeder Art umfaßt die Erstattungspflicht auch die **Verzinsung** (§ 246) des aufgewendeten Geldbetrags und im Falle der Aufwendung eines andern Gegenstandes die Verzinsung des dafür zu erstattenden Wertbetrags. Die Verzinslichkeit beginnt vom Zeitpunkte der Aufwendung.

3. Hat der Ersatzberechtigte dem Ersatzpflichtigen einen Gegenstand herauszugeben, der **Nutzungen oder Früchte** gewährt (§§ 99, 100), und hat der Berechtigte auf diesen Gegenstand Aufwendungen gemacht, so gilt er wegen seines Verzinsungsanspruchs für die Zeit als befriedigt, für welche ihm die Nutzungen oder Früchte verbleiben, und zwar ohne Rücksicht auf die von ihm selbst zum Zweck des Fruchtbezugs aufgewendeten und von ihm zu tragenden Gewinnungskosten. (Zu diesen würde jedoch eine außerdem erforderliche Verausgabung im Interesse der Sache nicht ebenfalls zu rechnen sein.) Wenn der Berechtigte schuldhaft etwa verabsäumt hätte, die Früchte zu ziehen, so hätte er sich damit selbst geschädigt.

§ 257

Wer berechtigt ist, Ersatz für Aufwendungen zu verlangen, die er für einen bestimmten Zweck macht, kann, wenn er für diesen Zweck eine Verbindlichkeit eingeht, Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen. Ist die Verbindlichkeit noch nicht fällig, so kann ihm der Ersatzpflichtige, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten[1]).

E I 595 II 601; M 2 542.

1. Der Anspruch auf die **Befreiung von eingegangenen Verbindlichkeiten** stellt eine besondere Form des Rechtes auf Ersatz von Aufwendungen dar (§ 256). Hat z. B. der Ersatz-

berechtigte im Auftrage eines andern für dessen Rechnung aber im eigenen Namen eine Sache auf Kredit gekauft, so kann er Befreiung von der Kaufschuld verlangen. Ist diese noch nicht fällig, so steht es im Belieben des Verpflichteten, dem Berechtigten anstatt der Befreiung nach den §§ 232ff. Sicherheit zu gewähren (facultas alternativa, § 262 A 1).

§ 258

Wer berechtigt ist, von einer Sache, die er einem anderen herauszugeben hat, eine Einrichtung wegzunehmen, hat im Falle der Wegnahme die Sache auf seine Kosten in den vorigen Stand zu setzen[1]). Erlangt der andere den Besitz der Sache, so ist er verpflichtet, die Wegnahme der Einrichtung zu gestatten; er kann die Gestattung verweigern, bis ihm für den mit der Wegnahme verbundenen Schaden Sicherheit geleistet wird[2]).

E I 514 II 435; M 2 394.

1. Das **Wegnahmerecht,** jus tollendi. Die allgemeine Voraussetzung der Bestimmung geht dahin, daß jemand verpflichtet ist, eine in seinem Besitze befindliche Sache einem andern herauszugeben, dabei aber zugleich berechtigt ist, eine mit der Sache verbundene Einrichtung wegzunehmen. Auf den Grund dieser Berechtigung zur Wegnahme, wie anderseits auf den der Verpflichtung zur Herausgabe kommt es nicht an. Anwendungsfälle ergeben die §§ 500 Satz 2, 601 Abs 2, 1049 Abs 2, 1093, 1216, 2125; von Wichtigkeit ist besonders das Wegnahmerecht des Mieters (§ 547 Abs 2 Satz 2), des Pächters (§ 581 Abs 2) und des Besitzers gegenüber dem Eigentümer (§ 997). In Satz 1 des § 258 ist vorausgesetzt, daß der Verpflichtete von dem Rechte der Wegnahme Gebrauch macht, bevor er die Sache zurückgibt; daher seine Verpflichtung zur Instandsetzung. Satz 2 hat dagegen den Fall im Auge, daß der andere den Besitz der Sache erlangt hat, bevor die Einrichtung fortgenommen ist; daher hier das aufschiebende Weigerungsrecht des Verpflichteten (A 2). Der Begriff **Einrichtung** setzt voraus, daß eine körperliche Verbindung zwischen der herauszugebenden Hauptsache und den wegzunehmenden Gegenständen derart hergestellt ist, daß sich die Veranstaltung äußerlich als eine bauliche Anlage, etwa eine Heizvorrichtung, ein Anbau, ein Gebäude (§ 581 Abs 2 in Verbindung mit § 547 Abs 2), oder als eine zur besseren wirtschaftlichen Benutzung der Hauptsache dienende Anlage darstellt — wie eine Gas-, Wasserleitung oder eine Entwässerungsvorrichtung. Daß die Einrichtung ein Bestandteil im Sinne des Gesetzes geworden sei, ist nicht Erfordernis, sonst träfe § 258 überhaupt nicht auch alle diejenigen Fälle, in denen Sachen „nur zu vorübergehendem Zwecke" mit einem Grundstücke verbunden sind, wie beispielsweise im Falle einer Miete oder Pacht (§ 95). Aus diesem Grunde ist die Streitfrage, ob der Begriff Einrichtung sich nur auf wesentliche oder auch auf nicht wesentliche Bestandteile bezieht, bedeutungslos. Für die erstere Auffassung gibt das Gesetz keinesfalls einen Anhalt. Insbesondere liegt es nicht in seinem Sinne, daß der Berechtigte gemäß § 93 aufgehört haben muß, Eigentümer der Einrichtung zu sein (§§ 95 u. 547 Abs 2; a. A. Staudinger A 2).

2. Das Wegnahmerecht besteht auch dann noch, wenn die Sache bereits in den Besitz des andern gelangt ist; alsdann hat dieser aber die verzögerliche Einrede der Verweigerung bis zur Sicherheitsleistung (§ 202 A 2 u. 3). Das Wegnahmerecht ist auch nicht davon abhängig, daß die Herstellung des früheren Zustandes unmöglich ist, wie mittelbar insbesondere die Fassung des Satz 2 ergibt. Denn danach soll die Sicherheit bestellt werden nicht für die Herstellung des früheren Zustandes, sondern für den „mit der Wegnahme verbundenen Schaden", und dieser Schaden kommt nicht nur für den Fall in Frage, daß die Herstellung unterbleibt, sondern gerade auch für den, daß sie unterbleiben muß, weil sie nicht ausgeführt werden kann. Aber auch in Satz 1 ist das Wegnahmerecht bereits als ein unbedingtes aufgefaßt. Denn die Herstellungspflicht kommt im Falle des Satz 1 überhaupt erst dann in Frage, wenn die Wegnahme schon erfolgt ist, während das Gesetz die Ausübbarkeit des Rechtes nicht erkennbar davon abhängig macht, daß zuvörderst die Herstellbarkeit des früheren Zustandes feststeht. Stellt sich die Unmöglichkeit der Herstellung demnächst heraus, dann wird es sich nur um eine Ersatzleistung nach den §§ 249ff. handeln können. — **Die Verweigerung der Gestattung** der Wegnahme erfolgt in Form einer aufschiebenden Einrede (§ 202 A 2). Sicherheitsbestellung nach den §§ 232ff.

§ 259

Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen[1]), hat dem Berechtigten eine die geordnete Zusammenstellung der Einnahmen oder der Ausgaben enthaltende

Rechnung mitzuteilen und, soweit Belege erteilt zu werden pflegen, Belege vorzulegen.

Besteht Grund zu der Annahme, daß die in der Rechnung enthaltenen Angaben über die Einnahmen nicht mit der erforderlichen Sorgfalt gemacht worden sind, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen die Einnahmen so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

In Angelegenheiten von geringer Bedeutung besteht eine Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseids nicht[2])[3]).

E I 591 II 698; M 2 537; P 2 358.

1. Die **Rechenschaftspflicht** setzt das Gesetz als gegeben voraus, ohne jemals einen allgemeinen Grundsatz über das Bestehen einer solchen auszusprechen (RG Gruch 51, 897; JW 12, 72[9]). Ein allgemeiner Satz läßt sich insbesondere auch nicht aus der Regel des § 249 von der Naturalrestitution entnehmen (RG 47, 102 zu § 15 des WZG). Die Rechenschaftspflicht besteht sonach nur da, wo sie vom Gesetze für das entsprechende Rechtsverhältnis besonders vorgesehen ist, während in sonstigen Fällen der Ersatzpflichtige nicht genötigt werden kann, selbst dem Berechtigten im Wege einer Rechnungslegung zur Begründung der von ihm erhobenen Forderung zu verhelfen. Daher besteht auch für einen Käufer, falls der Verkäufer das dem Käufer übergebene Grundstück wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung (§ 812) zurückfordert und dabei die gezogenen Nutzungen erstattet verlangt, keine Verpflichtung zur Rechnungslegung (RG Warn 1912 Nr 14). — Wichtig ist besonders die Rechenschaftspflicht des Beauftragten (§ 666), des Geschäftsführers (§ 681), des Gesellschafters (§ 713), des Ehemanns (§§ 1421, 1546), die auch dann besteht, wenn der Ehemann das Ehegut zur Konkursmasse seiner Ehefrau herauszugeben hat (RG 73, 238) —, des Vaters (§§ 1667, 1681), des Vormundes (§ 1890) und Pflegers (§ 1915). In anderen Vorschriften spricht das Gesetz (nur) von Rechnungslegung, so in §§ 261, 1667, 1840. Aus diesen Einzelheiten, zumal in Verbindung mit §§ 242 u. 157, ergibt sich der allgemeine Grundsatz, daß rechenschaftspflichtig ist, wer fremde Angelegenheiten oder solche besorgt, die zugleich eigene und fremde sind (RG 73, 288). Die Rechenschaftspflicht besteht daher auch im Falle der sog. „unechten Geschäftsführung" (§ 687), im Falle also der Besorgung eines fremden Geschäfts als eines eigenen (RG 62, 320; 96, 283; 70, 251, wo angenommen ist, daß auch bei einem bloß fahrlässigen Nachdrucke und einer bloß fahrlässigen Verletzung eines fremden Urheber- und Patentrechts der Täter rechenschaftspflichtig ist; ferner Warn 1918 Nr 232). Eine Rechenschaftspflicht hat insbesondere der Verwalter, der als solcher für einen andern eine Reihe von einzelnen mit Einnahme und Ausgabe verknüpften Geschäfte besorgt (RG JW 01, 411[36]); der Kommissionär gemäß § 384 HGB (RG 81, 439); der Ehemann, der das eingebrachte, zur Konkursmasse gezogene Gut seiner Frau an den Konkursverwalter herausgegeben hat (RG 73, 242). Auch aus dem Grundsatze des § 249 Satz 1 kann sich ein Recht auf Rechnungslegung ergeben, um in die gleiche Lage versetzt zu werden, in der sich der Berechtigte ohne die Handlungsweise des Verpflichteten befände (RG 89, 103). Derjenige, welchem ein Gesellschafter seinen Anspruch auf Auseinandersetzung abgetreten, oder welcher den Anteil eines Gesellschafters hat pfänden lassen, ist nicht berechtigt, von der Gesellschaft Rechnungslegung zu fordern (RG 90, 19; 95, 231). — Der Anspruch auf Rechnungslegung ist mit dem Rechte unlösbar verbunden. Die Rechnungslegung anderseits gehört zu den unvertretbaren Handlungen im Sinne des § 888 ZPO (RG JW 05, 235[19]). Betreffs der Verbindung der Klage auf Rechnungslegung mit der auf Herausgabe vgl. § 254 ZPO. Die **Rechnung** muß eine erschöpfende, übersichtliche, verständliche (schriftliche, RG JW 01, 662[31]) Darstellung der geführten Geschäfte in der verabredeten oder in einer der Verkehrsanschauung entsprechenden Art enthalten (RG 11. 4. 05 II 87/05). Es genügt dazu jede Auskunftserteilung, die in verständlicher, der Nachprüfung zugänglicher Kundgebung, namentlich der Einnahmen und Ausgaben, die Ansprüche des Berechtigten auf Herausgabe bemessen lassen (RG 53, 254; Gruch 49, 834). Die Verpflichtung zur Vorlegung der Belege umfaßt damit zugleich die Pflicht, Belege zu beschaffen. Darüber, ob Belege in Fällen entsprechender Art erteilt zu werden pflegen, entscheidet die Anschauung des Verkehrs. Eine bloß mangelhafte Rechnungslegung bedeutet immerhin Rechnungslegung und genügt daher zur Erfüllung der Rechenschaftspflicht. Sind die Mängel aber so erheblich, daß die Rechnung völlig ungeeignet ist, die erforderliche Auskunft zu geben, so kann der Berechtigte nach § 254 ZPO auf anderweite Rechnungslegung oder auf Ergänzung klagen. Die Zwangsvollstreckung erfolgt, da die

Handlung nicht vertretbar ist, gemäß § 888 ZPO (RG JW 98, 357[31]; 04, 416[34]), nicht nach § 887 (Staudinger A 2). — Der Agent hat kein Recht, hinsichtlich derjenigen Geschäfte, die ihm aus seinem Geschäftsverkehre mit dem Geschäftsherrn ohnehin bekannt geworden sind, noch besondere Auskunft zu verlangen; wohl aber betreffs der von dem Geschäftsherrn mit Dritten abgeschlossenen Geschäfte, betreffs deren der Agent auch ohne seine Vermittlung die Gebühr verlangen kann (RG Warn 1919 Nr 160).

2. Falls an einer gehörig sorgfältigen Rechnung zu zweifeln (objektiv) begründeter Anlaß besteht, hat der Berechtigte den klagbaren und gemäß §§ 888, 889 ZPO vollstreckbaren Anspruch gegen den Verpflichteten **auf Ableistung des Offenbarungseides**; natürlich erst dann, wenn die Rechnung bereits gelegt, das Verzeichnis (§ 260) bereits aufgestellt ist (RG 73, 243), und gemäß Abs 3 immer nur unter der ferneren Voraussetzung, daß es sich nicht um eine Angelegenheit von geringerer Bedeutung handelt. Über das Verfahren und die Zuständigkeit des Gerichts vgl. § 261.

3. Die §§ 259 Abs 3, 260 Abs 2 haben keine rückwirkende Kraft (EG Art 170; RG 56, 221).

§ 260

Wer verpflichtet ist, einen Inbegriff von Gegenständen herauszugeben oder über den Bestand eines solchen Inbegriffs Auskunft zu erteilen, hat dem Berechtigten ein Verzeichnis des Bestandes vorzulegen[1]).

Besteht Grund zu der Annahme, daß das Verzeichnis nicht mit der erforderlichen Sorgfalt aufgestellt worden ist, so hat der Verpflichtete auf Verlangen den Offenbarungseid dahin zu leisten:

daß er nach bestem Wissen den Bestand so vollständig angegeben habe, als er dazu imstande sei.

Die Vorschrift des § 259 Abs 3 findet Anwendung[2]).

E I 777 II 699; M 2 893; P 2 779.

1. Auch eine allgemeine **Auskunftspflicht** ist vom Gesetze nirgends anerkannt (RG Gruch 51, 897; RG Warn 1912 Nr 14). Die Verpflichtung zur **Herausgabe eines Inbegriffs** kommt in Frage insbesondere beim Ehemann (§§ 1421, 1546, 1550), beim elterlichen Gewalthaber (§§ 1667, 1681, 1686), beim Vormunde (§ 1890), beim Vorerben (§ 2130); die Verpflichtung **zur Auskunftserteilung** besteht insbesondere beim Ehemanne gemäß §§ 1374, 1525, 1550 (RG 87, 107), beim Vormunde (§ 1891) und in erbrechtlichen Verhältnissen (§§ 2011, 2012, 2027, 2028 — RG Warn 1913 Nr 64 —, 2050ff., 2127, 2314, 2362). Nach § 2057 in Verb. mit § 2316 Abs 1 besteht die Auskunftspflicht des Erben auch dem Pflichtteilsberechtigten gegenüber (RG 73, 375), und gegenüber dem pflichtteilsberechtigten Alleinerben die Auskunftspflicht desjenigen, dem der Erblasser sein Vermögen geschenkt hat (RG 84, 204). Vgl. auch Warn 1918 Nr 229. Dagegen ist eine gegenseitige Auskunftspflicht der Miterben auch aus § 2038 nicht herzuleiten (RG 81, 31). Ob diese Entscheidung dem praktischen Bedürfnisse entspricht, kann bezweifelt werden; vgl. § 2038 A 7. Ein **Inbegriff** (vgl. auch § 1035) im Sinne der Vorschrift ist jede Mehrheit von Vermögensgegenständen, Sachen wie Rechten, die (wie Herde, Bibliothek, Erbschaft, Sondervermögen) im Verkehre unter einer gemeinschaftlichen Bezeichnung zusammengefaßt werden — „jede Mehrheit von Gegenständen, bei welchen der Beteiligte nach der Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses nicht in der Lage ist, die einzelnen Dinge zu bezeichnen", Denkschr. S. 71 (RG 90, 139; JW 09, 191[8]). Unter den Gesichtspunkt des Inbegriffs können mithin auch Nutzungen fallen, die der Eigentümer vom Besitzer herausverlangt (RG Warn 1912 Nr 14). Vorauszusetzen ist ein einheitliches Rechtsverhältnis, kraft dessen die Herausgabe oder die Auskunftserteilung verlangt werden kann (RG 6. 4. 03 IV 414/02). — Als Inbegriff ist auch anerkannt die Gesamtheit der dem Agenten gegen den Geschäftsherrn zustehenden Vermittlungsgebühren (RG Gruch 47, 910); ferner der einen bestimmten Betrag übersteigende Verdienst des Schuldners, zu dessen Herausgabe er sich seinem Gläubiger gegenüber verpflichtet hat (RG Warn 1913 Nr 49). Die Auskunftspflicht besteht auch dann, wenn die Herausgabe eines Inbegriffs gemäß § 812 zu erfolgen hat (RG 90, 139). Die Bestimmung ist dagegen nicht anwendbar, wenn die im Besitze der Ehefrau eines Gemeinschuldners befindlichen Sachen als dem letzteren gehörig in Anspruch genommen werden, weil es hier an einem einheitlichen Rechtsverhältnisse fehlt (RG 6. 4. 03 IV 414/02). Über die Auskunftspflicht des Geschäftsbesorgers s. § 666. Unter Umständen kann eine Auskunftspflicht auch nach dem Grundsatze des § 249 in Verbindung mit § 666 bestehen (RG 89, 103). Eine Auskunftspflicht kann insbesondere dann nicht angenommen werden, wenn es dem Berechtigten am erforderlichen Interesse an der Auskunft fehlt, weil er ohnehin unterrichtet ist (RG Warn

1912 Nr 14). Hat der Verpflichtete in dem vorgelegten Verzeichnisse einen Vermögensbestandteil gänzlich ausgelassen, dann kann er bei Nachweis seines Vorhandenseins zu wiederholter Auskunftserteilung angehalten werden (RG 84, 44). Über die Auskunftspflicht des Geschäftsbesorgers bei einem kommissionsähnlichen Geschäfte s. RG 83, 201.

2. Hinsichtlich der Absätze 2 u. 3 vgl. § 259 A 2 u. § 261. S. ferner hier A 2. — Die Verpflichtung zur Auskunftserteilung oder zur Rechnungslegung umfaßt zwar nicht regelmäßig auch die Verpflichtung zur Angabe und eidlichen Erhärtung der Ausgaben, aber beim Testamentsvollstrecker erstreckt sie sich auch hierauf (RG Gruch 1914, 441). Es ist im wesentlichen Tatfrage, ob ein Verzeichnis mit der erforderlichen Sorgfalt angefertigt ist oder nicht (RG Warn 1919 Nr 117, zu § 1527).

§ 261

Der Offenbarungseid ist, sofern er nicht vor dem Prozeßgerichte zu leisten ist, vor dem Amtsgerichte des Ortes zu leisten, an welchem die Verpflichtung zur Rechnungslegung oder zur Vorlegung des Verzeichnisses zu erfüllen ist. Hat der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder seinen Aufenthalt im Inlande, so kann er den Eid vor dem Amtsgerichte des Wohnsitzes oder des Aufenthaltsorts leisten.

Das Gericht kann eine den Umständen entsprechende Änderung der Eidesnorm beschließen.

Die Kosten der Abnahme des Eides hat derjenige zu tragen, welcher die Leistung des Eides verlangt[1]).

E I 777 II 700; M 2 895; P 2 788.

1. Zur **Abnahme des Offenbarungseides** (§§ 259, 260) ist zuständig bei freiwilliger Eidesleistung das Amtsgericht des Erfüllungsorts (§ 269), oder falls der Verpflichtete seinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande hat, nach seiner Wahl das Amtsgericht des Wohnsitzes oder des Aufenthalts; bei im Klagewege erzwungener Eidesleistung — wobei der Eid durch das Prozeßgericht zu normieren ist (RG JW 02 Beil 193) — das Prozeßgericht erster Instanz (§ 889 ZPO). Hat das Prozeßgericht von Festsetzung der Eidesnorm abgesehen, dann ist das gemäß § 744 ZPO im Vollstreckungsverfahren nachzuholen (RG 34, 407). Das Verfahren richtet sich im Falle freiwilliger Eidesleistung gemäß §§ 163, 79, 15 FGG nach den Vorschriften der ZPO.

§ 262

Werden mehrere Leistungen[1]) **in der Weise geschuldet, daß nur die eine oder die andere zu bewirken ist, so steht das Wahlrecht im Zweifel dem Schuldner zu**[2]).

E I 207 II 219; M 2 6; P 1 282.

1. Das Eigenartige des **Wahlschuldverhältnisses** (Alternativobligation) liegt darin, daß von vornherein *mehrere verschiedene Leistungen geschuldet* werden (in obligatione sich befinden), dabei aber (in solutione) nicht jede von ihnen, sondern nur „*die eine oder die andere*" zu bewirken ist. Beispielsweise A verpflichtet sich, sein Grundstück dem B entweder zu verkaufen oder auf 20 Jahre zu vermieten; oder er verpflichtet sich, sei es an dem einen oder an dem Orte zu erfüllen (RG 57, 141). Während in der Regel ein Schuldverhältnis seinem ganzen Inhalte nach erfüllt werden muß und der Leistungsgegenstand von vornherein bestimmt ist (§ 241 A 1 a. E.), gehört es daher zu einer Wahlschuld, daß überhaupt nur teilweise Erfüllung (nämlich nur die eine oder die andere Leistung) gefordert werden kann, und daß schon durch die nur teilweise Leistung das ganze Schuldverhältnis getilgt wird, daß es zuvörderst jedoch unbestimmt ist, welche Leistung zu bewirken sein wird; schließlich aber, daß die Entscheidung darüber der einen oder der andern Partei zusteht. Immer muß aber ein nur einheitliches Schuldverhältnis vorliegen trotz seiner Erfüllbarkeit auf mehrfache Weise. Eine *Wahlschuld liegt demnach nicht vor:* a) Wenn bei Vorhandensein eines einheitlichen Schuldverhältnisses nicht abredegemäß mehrfache Leistungen in Frage stehen, sondern dem Berechtigten kraft Gesetzes mehrfache, von einer verschiedene Ansprüche für die Rechtsausübung zur Wahl gestellt sind, in welchen Fällen man von elektiver Konkurrenz spricht, so bei dem Wahlrechte zwischen Ersatzanspruch und Rücktritt im Falle der §§ 325, 326, oder zwischen Wandlung und Minderung gemäß § 462 (RG JW 1911, 592[41]). In solchen Fällen greift daher auch nicht die Vorschrift des § 263 Platz; mithin verliert der Gläubiger durch die Wahl des einen Anspruchs auch nicht das Recht, nötigenfalls von dem anderweiten Anspruche

Gebrauch zu machen. Im Falle des § 462 insbesondere geht der Berechtigte des Wahlrechts zwischen der Wandlung und Minderung erst verlustig durch die mittels der Einigung herbeigeführte Vollziehung im Sinne des § 465 (RG 85, 282; Warn 1911 Nr 322; 1914 Nr 332); vgl. auch §§ 326 A 1 Abs 3 und 462 Abs 1); **b)** Wenn geschuldet nur eine Leistung ist, eine Partei aber berechtigt ist, zur Erfüllung anstatt der eigentlich geschuldeten Leistung eine andere zu setzen („facultas alternativa"); vgl. die Fälle der §§ 244 Abs 1, 251 Abs 2, 617 Abs 1, 1973 Abs 2, 2329 Abs 2 mit Wahlrecht des Schuldners, und der §§ 340 Abs 1, 843 Abs 3, 844 Abs 2, 845, 1580 Abs 2 mit Wahlrecht des Gläubigers. In solchen Fällen mit Wahlrecht des Schuldners besteht für den Gläubiger keine weitere Verpflichtung als die, die dem Schuldner freigestellte Ersatzleistung als Erfüllung anzunehmen, falls der Schuldner sie in gehöriger Weise anzubieten vermag; die Gefahr dessen trägt auch allein der Schuldner, und ist etwa die Ersatzleistung nur im Falle des Eintritts einer Bedingung möglich (beispielsweise von einer Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhängig), dann bleibt der Anspruch des Gläubigers auf die eigentlich geschuldete Leistung bei Ausfall der Bedingung schlechthin bestehen (RG 94, 60). — Einen Fall der facultas alternativa enthält auch § 130 des PrAllgBerggesl., wonach sich der Gewerke von der Entrichtung der ausgeschriebenen Buße durch Anheimstellung seines Anteils behufs Verkaufs zur Befriedigung der Gewerkschaft befreien kann (RG 96, 113). — Darüber, daß die Gattungsschuld keine Wahlschuld ist, vgl. § 243 A 1. — Das Merkmal einer **Mehrheit von Leistungen** kann auch schon durch die Verschiedenheit der Leistungsmöglichkeiten gegeben sein, so durch die zeitliche oder örtliche Verschiedenartigkeit (RG 57, 138).

2. Die Bestimmung, daß das **Wahlrecht „im Zweifel" dem Schuldner zusteht,** ist nur eine Auslegungsvorschrift und schließt daher nicht aus, daß das Wahlrecht dem Gläubiger eingeräumt wird. Das Wahlrecht ist an sich nicht an die Person gebunden und geht sonach, falls auf der Gläubiger- oder Schuldnerseite ein Personenwechsel stattfindet (§§ 398, 414 ff.), entsprechend auf den neuen Gläubiger oder den neuen Schuldner über. Die Übertragung des Wahlrechts auf einen Dritten bloß der Ausübung nach dürfte unzulässig sein, weil das Wahlrecht mit dem Rechte selbst untrennbar verbunden ist. Dritte können jedoch durch Bewirkung der einen Leistung in Gemäßheit des § 267 die Beschränkung des Schuldverhältnisses im Sinne des § 263 herbeiführen.

§ 263

Die Wahl erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile[1]).
Die gewählte Leistung gilt als die von Anfang an allein geschuldete[2]).

E I 208—209 II 220; M 2 7; P 1 282.

1. Die Wahl **wird ausgeübt** durch eine einseitige, empfangsbedürftige, unwiderrufliche (aber nach §§ 119, 123 anfechtbare) Willenserklärung und erlangt Wirksamkeit mit ihrem Zugange (§§ 130—132). Sie kann auch stillschweigend erfolgen (vgl. Vorbem 2 vor § 116), z. B. im Wege der Klageerhebung. Eine bedingte Wahl braucht sich der Gegner nicht gefallen zu lassen; jedenfalls ist sie nicht geeignet, den Eintritt des Wahlverzugs (§ 264) auszuschließen. Bei einer Mehrheit von Erklärungsgegnern kann die Erklärung nur dann für und gegen alle wirksam sein, wenn sie jedem zugegangen ist (§§ 425, 130). Ob indessen die Erklärung wenigstens gegenüber dem einzelnen Erklärungsempfänger, dem sie zugeht, Wirksamkeit hat, hängt davon ab, ob der einzelne nach Inhalt des Schuldverhältnisses auch für sich allein berechtigt oder verpflichtet ist. Bei einer Mehrheit von Wahlberechtigten kann die Wahl grundsätzlich nur von allen ausgeübt werden, unbeschadet der Möglichkeit gegenseitiger Stellvertretung (§§ 164, 177, 710). Dritte können die Beschränkung des Schuldverhältnisses nur durch die Leistung selbst, nicht aber auch durch bloße Erklärung herbeiführen.

2. Die Wirkung der Wahl ist die, daß die **gewählte Leistung als die von Anfang an allein geschuldete** gilt. Es tritt damit eine Beschränkung (Konzentration) des Schuldverhältnisses derart ein (vgl. § 243 Abs 2), als wäre von Anfang an nur die gewählte Leistung Gegenstand des Schuldverhältnisses gewesen. Dies führt insbesondere zu folgenden Ergebnissen: **a)** Waren beide Leistungen von Anfang an möglich und wird nach der Wahl die gewählte Leistung unmöglich, so greifen die allgemeinen Grundsätze von der nachträglichen Unmöglichkeit derart Platz (§§ 275 ff., 306, 323 ff.), als wäre die Möglichkeit der Erfüllung insgesamt vereitelt. Auf die etwaige Möglichkeit der andern Leistung kommt es in diesem Falle überhaupt nicht an. **b)** Für den Fall, daß nur die eine Leistung von Anfang an unmöglich war, vgl. § 265. **c)** Hat ferner der Verpflichtete in Unkenntnis seines Wahlrechts eine Leistung erfüllt und wählt er nach erlangter Kenntnis die andere, so hat er irrtümlich eine Nichtschuld erfüllt und kann demgemäß von dem Rechtsbehelfe aus §§ 812 ff. Gebrauch machen. Ist dagegen der wahlberechtigte Empfänger der Leistung über sein Wahlrecht im Irrtum gewesen, so kann er sein Wahlrecht noch später ausüben und daraufhin gegen Rückgabe des Empfangenen die

nunmehr gewählte Leistung verlangen. — Auch mit einer bloßen facultas alternativa (§ 262 A 1) ist es vereinbar, daß der Schuldner an seine Erklärung darüber, in welcher Art er erfüllen wolle, gebunden bleibt; ob dieses der Fall, oder ober der Schuldner nachträglich noch eine andere Art der Erfüllung wählen kann, hängt von dem Parteiwillen, der Sonderart des Falles, gegebenenfalls von der Handelssitte ab (RG Warn 1916 Nr 158).

§ 264

[1]) Nimmt der wahlberechtigte Schuldner die Wahl nicht vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung vor, so kann der Gläubiger die Zwangsvollstreckung nach seiner Wahl auf die eine oder auf die andere Leistung richten; der Schuldner kann sich jedoch, solange nicht der Gläubiger die gewählte Leistung ganz oder zum Teil empfangen hat, durch eine der übrigen Leistungen von seiner Verbindlichkeit befreien[2]).

Ist der wahlberechtigte Gläubiger im Verzuge, so kann der Schuldner ihn unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Vornahme der Wahl auffordern. Mit dem Ablaufe der Frist geht das Wahlrecht auf den Schuldner über, wenn nicht der Gläubiger rechtzeitig die Wahl vornimmt[3]).

E I 210 II 291; M 2 8; P 1 282.

1. Diese Bestimmung handelt von den **Folgen einer Verzögerung der Wahl,** und zwar nach Abs 1, falls der Schuldner, nach Abs 2, falls der Gläubiger wahlberechtigt ist. In beiden Hinsichten kommen jedoch nur die Einwirkungen der Verzögerung auf das Wahlrecht als solches in Frage; nicht aber treten dabei auch die Folgen des Leistungsverzugs ein. Denn grundsätzlich nimmt das Gesetz eine Verpflichtung zur Wahlausübung überhaupt nicht an (M 2, 8), so daß die Ausübung des Wahlrechts auch keine Leistungspflicht in sich schließt, und auf die Vornahme der Wahl auch nicht geklagt werden kann (RG 8, 355). Insbesondere sind auch die §§ 887, 888 ZPO nicht anwendbar (RG JW 03 Beil 77, 176). Anders ist es freilich, wenn die Ausübung der Wahl bis zu einem gewissen Zeitpunkte ausdrücklich ausbedungen und auf diese Weise eine entsprechende Verpflichtung begründet worden ist.

2. Den **wahlberechtigten Schuldner** zur Ausübung der Wahl zu veranlassen, ist dem Gläubiger überhaupt kein Mittel gewährt. Im Sinne des Abs 1 bleibt daher dem Gläubiger gegebenenfalls nur übrig, auf Erfüllung der „einen oder der andern Leistung" (§ 262), also wahlweise auf Erfüllung der beiden Leistungen zu klagen und erst nach Erlangung eines obsieglichen Urteils die Zwangsvollstreckung nach seiner eigenen Wahl auf die eine oder auch die andere Leistung zu richten. Jetzt ist dem Gläubiger aber unbenommen, seine Bestimmung noch nachträglich zu wechseln, da ihm vorausgesetztenfalls ein Wahlrecht überhaupt nicht zusteht, und somit schon deswegen in dem Auftrage an das Vollstreckungsorgan nicht die Ausübung eines Wahlrechts gegenüber dem Gegner gefunden werden kann. Das Wahlrecht im Sinne des § 263 ist vielmehr an sich auch noch im Abschnitte der Vollstreckung beim Schuldner verblieben, so daß er auch jetzt noch befugt ist, diejenige Leistung zu wählen, mit der er erfüllen will (RG 27, 384; 53, 84; Gruch 47, 917). Letzteres gilt freilich mit der besonderen Maßgabe: a) daß der Gläubiger die von ihm gewählte Leistung noch nicht „ganz oder zum Teil" empfangen hat, mithin auch noch nicht einmal teilweise Erfüllung eingetreten ist, und b) daß vom Beginne der Zwangsvollstreckung ab die Wahl durch den Schuldner überhaupt nicht mehr wie sonst (§ 263) durch bloße Erklärung, sondern nunmehr nur noch durch die Leistung selbst ausgeübt werden kann (RG 53, 82). Mittelbar ergibt sich daraus zugleich, daß wenn die vom Schuldner gewünschte Leistung nach Beginn der Zwangsvollstreckung unmöglich geworden ist, er jetzt nur noch durch die vom Gläubiger verlangte erfüllen kann. — Der **Beginn der Zwangsvollstreckung** richtet sich nach den Vorschriften der ZPO. Das Merkmal ist in dem Zeitpunkte erfüllt, in dem der Gerichtsvollzieher zuerst tätig wird, oder gegebenenfalls, sobald das Vollstreckungsgericht den Beschlagnahmebeschluß (§§ 828, 857), oder im Falle des § 890 ZPO die Strafandrohung erlassen hat (RG 12, 381; 42, 419). In RG 53, 82 ist die Frage, ob schon die Stellung des Antrags auf Zwangsvollstreckung genügt, unentschieden gelassen. Die Frage dürfte zu verneinen sein. — „Empfangen" hat der Gläubiger die Leistung gegebenenfalls schon in dem Zeitpunkte, in dem der Gerichtsvollzieher in den Besitz des gepfändeten Geldes oder der „weggenommenen Sache" gelangt ist (§§ 815, 987 a. a. O.).

3. Verzögert der **wahlberechtigte Gläubiger** die Wahl zwischen den mehreren ihm angebotenen Leistungen, so hat der Schuldner das Mittel der Fristsetzung (vgl. § 250 Satz 1 und die Ausführungen dazu). Der Schuldner braucht indes den Annahmeverzug des Gläubigers nicht erst abzuwarten, vielmehr kann er die Fristsetzung mit der Aufforderung zur

Wahlausübung verbinden (wie entsprechend im Falle des § 326 gemäß RG 50, 262; JW 1910, 372[7]; Warn 1917 Nr 13 die Fristsetzung mit der Mahnung verbunden werden kann). A. A. Oertmann A 3. Die Aufforderung zur Wahlausübung ist eine formlose empfangsbedürftige Erklärung (§§ 130—132). Der Gebrauch des Mittels hat die Wirkung, daß das Wahlrecht auf den Schuldner übergeht, falls der Gläubiger nicht jetzt noch „rechtzeitig", d. h. innerhalb der objektiv angemessenen Frist (vgl. § 250 A 2) die Wahl erklärt. Kommt alsdann der Gläubiger in Annahmeverzug, dann stehen dem Schuldner die Rechtsbehelfe aus den §§ 372, 383 zu.

§ 265

Ist eine der Leistungen von Anfang an unmöglich oder wird sie später unmöglich, so beschränkt sich das Schuldverhältnis auf die übrigen Leistungen[1]). Die Beschränkung tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der nicht wahlberechtigte Teil zu vertreten hat[2]) [3]).

E I 211 II 222; M 2 8; P 1 282.

1. Gedacht ist hier an die beiden Fälle, daß die **Unmöglichkeit** der **einen** Leistung **schon von Anfang an,** also bereits bei Begründung des Schuldverhältnisses bestanden hat, oder daß die Unmöglichkeit zwar erst nach dem angegebenen Zeitpunkte, aber noch vor Ausübung der Wahl eingetreten ist. Handelt es sich um nachträgliche Unmöglichkeit nach erfolgter Wahl, dann regelt sich die Sache nach § 363 A 2. Nach § 306 ist ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig, und gemäß § 139 bewirkt die teilweise Nichtigkeit eines Schuldverhältnisses regelmäßig seine Nichtigkeit überhaupt. In Befolgung dieser Grundsätze müßte auch ein Wahlschuldverhältnis des § 262 der Regel nach im ganzen nichtig sein, falls nur eine der geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich war. Eine solche Folge hat das Gesetz hier jedoch sachgemäß abgelehnt, weil das Schuldverhältnis an sich erfüllbar bleibt, auch wenn nur die eine der mehreren Leistungen möglich ist (M 2, 9). Gegebenenfalls wird aber das Interesse des Wahlberechtigten durch die Unmöglichkeit und durch das Unmöglichwerden insofern beeinträchtigt, als die Möglichkeit der Wahl fortfällt. Davon ausgehend gelangt das Gesetz zu folgender Regelung: **a)** Die Unmöglichkeit der einen Leistung bestand **von Anfang an.** Hier beschränkt sich das Schuldverhältnis ausnahmslos von selbst auf die mögliche Leistung. Die Frage, ob der eine Teil dem andern daneben für den Schaden haftet, den der andere dadurch erleidet, daß er auf die Möglichkeit aller Leistungen vertraut hat, beantwortet sich nach § 307 Abs 2. **b)** Die Unmöglichkeit tritt **erst nach der Entstehung des Schuldverhältnisses** ein. Dann wird die Entscheidung auf die Frage abgestellt, ob das Ergebnis auf Zufall oder auf einen vom Nichtwahlberechtigten zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist. Ersterenfalls tritt, gleichgültig, wer der Wahlberechtigte ist, die Beschränkung ein (vgl. § 363 A 2), und eine gegenseitige Haftung auf Schadensersatz ist auf beiden Seiten ausgeschlossen. Hat dagegen der Nichtwahlberechtigte den Eintritt der nachträglichen Unmöglichkeit zu vertreten, dann entsteht die Beschränkung nicht; es kann vielmehr der Wahlberechtigte auch jetzt noch zwischen der unmöglich gewordenen und der noch möglich gebliebenen Leistung wählen. Wählt er die unmöglich gewordene Leistung, so hat dies weiter zur Folge: bei Wahlberechtigung des Schuldners, daß er gemäß § 275 frei wird (wobei hinsichtlich seines etwaigen Gegenanspruchs bei gegenseitigen Verträgen § 324 zu beachten ist); bei Wahlberechtigung des Gläubigers, und falls er die unmöglich gewordene Leistung wählt, daß er vom Schuldner gemäß § 280 Ersatz des durch die Nichterfüllung ihm entstandenen Schadens fordern kann.

Ist Unmöglichkeit der einen Leistung im Sinne des § 265 auch dann anzunehmen, wenn dem Verpflichteten anstatt dieses Leistungsgegenstandes ein Ersatzanspruch gemäß § 281 zusteht? Das dürfte zu verneinen sein.

Der Grundsatz des § 265 ist entsprechend auch bei der facultas alternativa (§ 262 A 1) anzuwenden, wenn die dem Schuldner eingeräumte Lösungsbefugnis aus Umständen unmöglich wird, die der Gläubiger nicht zu vertreten braucht (RG 94, 60). Der Verpflichtete wird also von der ihm obliegenden Leistung nicht frei; er trägt vielmehr die Gefahr, daß seine Lösungsbefugnis unverwertbar wird.

2. **Ausgeschlossen** ist die Anwendbarkeit des § 265, falls die sämtlichen Leistungen, sei es von Anfang an unmöglich waren, sei es später unmöglich wurden. Ersterenfalls ist das ganze Schuldverhältnis nichtig (§ 306); letzterenfalls müssen die Grundsätze der §§ 275 u. 280, 307 Abs 2, 309 eingreifen. Ob im Falle nur teilweiser Unmöglichkeit der einen Leistung diese überhaupt als unmöglich anzusehen ist, darüber vgl. § 275 A 4, auch § 280 A 2.

3. Die Frage, ob § 265 entsprechende Anwendung auch dann findet, wenn das Versprechen der einen Leistung unsittlich oder wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot oder wegen Formmangels nichtig war, wird zufolge der erschöpfenden Vorschrift des § 138 für den Fall der Unsittlichkeit zu verneinen, für die beiden letzteren Fälle zu bejahen sein (RG Gruch 48, 973; vgl. auch § 309).

§ 266

Der Schuldner ist zu Teilleistungen nicht berechtigt[1]).

E I 228 II 223; M 2 33; P 1 305.

1. **Teilleistungen.** Nach § 241 ist der Gläubiger berechtigt, die geschuldete Leistung zu fordern. Die Annahme einer Leistung, die nicht der geschuldeten entspricht, kann er daher ablehnen, ohne in Annahmeverzug zu kommen (vgl. § 293). Mithin braucht er auch eine solche Leistung nicht anzunehmen, die die Schuld nur zum Teil zu erfüllen vermöchte, und zwar gleichgültig, ob der Schuldner die Teilleistung nur als solche oder als volle Erfüllung anbietet (RG 30. 1. 06 II 255/05). Dieser Auffassung trägt der § 266 Rechnung. Demgemäß vermag eine bloße Teilleistung auch nicht den Leistungsverzug des Schuldners abzuwenden (RG SeuffA 61 Nr 149.) Unzulässig wäre das ablehnende Verhalten des Gläubigers einer wirklichen Teilleistung gegenüber allein im Falle des Rechtsmißbrauchs im Sinne des § 226 (vgl. die dortigen Ausführungen), oder wenn die Ablehnung gegen Treu und Glauben verstieße (§ 242 A 1). Daher rechtfertigt nicht jeder noch so geringe Unterschied die Anwendung des § 266 (RG a. a. O.) Von einer **Teilleistung** im Rechtssinne kann im übrigen nur dann gesprochen werden, wenn durch sie der Zweck des Geschäfts wenigstens teilweise erreicht wird. Läßt sich der Gegenstand der Schuld überhaupt nicht teilen, oder entspricht die teilweise Leistung auch nicht einmal verhältnismäßig der gesamten Leistung, dann ist der Begriff der Teilleistung überhaupt nicht gegeben. Die angebliche Teilleistung würde sich alsdann vielmehr im Verhältnisse zur Gesamtleistung als eine Leistung von inhaltlich anderer Art darstellen. Teilbar sind daher regelmäßig nur Geldleistungen (RG 67, 260), Verpflichtungen zur Leistung von Gattungssachen, unter Umständen auch die Leistung von Diensten (RG JW 1911, 756[11]). Unteilbar anderseits ist die Verpflichtung aus dem Werkvertrage (RG a. a. O.), die zur Gewährung einer bestimmten Sache (§ 243 A 1), sowie die Unterlassungspflicht. Rechtlich stellt sich auch das Recht eines Gesellschafters, eine zum Gesellschaftsvermögen gehörende Forderung geltend zu machen, gemäß §§ 705 ff. u. 432 ohne Rücksicht auf die Teilbarkeit des Gegenstandes als eine unteilbare dar (RG 70, 33). Wird eine Mehrheit von Leistungen geschuldet, die als voneinander unabhängige Verpflichtungen anzusehen sind, so kann die Erfüllung der einen wiederum keine Teilleistung bedeuten, weil eine solche das Vorhandensein eines einheitlichen Anspruchs voraussetzt. Ist bei einem Lieferungsvertrage die Abnahme in Teilen innerhalb bestimmter Frist vereinbart, so hat der Vertrag im Zweifel von vornherein nicht eine einheitliche Leistung, sondern Teillieferungen zum Gegenstande (RG JW 04, 90[8]; Gruch 61, 942). Falls in einem Vertrage mehrere ungleichartige Gegenstände für einen Einheitspreis versprochen sind, ist es Sache der Auslegung, ob nur ein sog. zusammengesetzter Vertrag vorliegt (vgl. § 305 A 3), oder ob die Schuld eine einheitliche sein soll. Wenn außer dem Kapitale auch gesetzliche Zinsen, insbesondere Verzugszinsen, oder auch Vertragszinsen geschuldet werden, liegt überall ein einheitlicher Anspruch vor (M 2, 33). Denn Vertragszinsen wie Verzugszinsen können zwar selbständig geltend gemacht werden, beruhen aber auf dem nämlichen Rechtsgrunde wie die Hauptforderung (a. A. hinsichtlich der Vertragszinsen Planck A 1 b). Auch § 367 Abs 1 faßt die Hauptleistung mit Zinsen und Kosten zu „einer ganzen Schuld" zusammen. — Ausnahmsweise ist die Teilleistung grundsätzlich zulässig, so nach Art 38 WO; sodann im Zwangsvollstreckungsverfahren nach § 757 ZPO und im Konkurse nach § 149 KO. Regelmäßig zulässig ist die Aufrechnung auch dann, wenn die gesamte Gegenforderung die Gläubigerforderung nur teilweise deckt, weil die Aufrechnung überhaupt keine Leistung darstellt (§ 387), gegebenenfalls daher auch nicht eine nur teilweise Leistung, während der § 266 nur von einer solchen handelt. Aus dem allgemeinen Zwecke jedoch des § 266, den Gläubiger zu schützen, in Verbindung mit § 242 folgt anderseits, daß es unstatthaft ist, eine gegebene Forderung nur teilweise zur Aufrechnung zu verwenden, zumal wenn mit der stückweisen Befriedigung des Gläubigers für ihn Belästigungen verbunden sind, wie beispielsweise bei einer Hypothekenforderung durch Vervielfältigung der hypothekarischen Verpflichtungen (RG 79, 359). Der Gläubiger kann dagegen regelmäßig eine bloße Teilleistung einklagen (RG JW 04, 90[8]), und bei einer Mehrheit von Ansprüchen aus einem dauernden Vertragsverhältnisse auch nur einen einzelnen Anspruch (RG Warn 1912 Nr 15). Der nur eine Teilforderung geltend machende Kläger kann den mit einer Gegenforderung aufrechnenden Beklagten nicht auf den nicht eingeklagten Teil seiner Forderung verweisen (RG 66, 266; 80, 394).

§ 267

Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich[1]).

Der Gläubiger kann die Leistung ablehnen, wenn der Schuldner widerspricht[2]).

E I 227 II 224; M 2 32; P 1 305.

1. **Leistung durch einen Dritten.** Im Wesen eines Schuldverhältnisses liegt es zwar, daß der Gläubiger die Leistung nur vom Schuldner fordern darf (§ 241 A 1), nicht aber zugleich, daß die Erfüllung wirksam nur durch den Schuldner erfolgen kann. Denn regelmäßig ist es für das Interesse des Gläubigers gleichgültig, wer ihn befriedigt. Anders ist es nur in den Ausnahmefällen, wo es im Sinne der Verabredung oder ohnedies in der Natur des Schuldverhältnisses liegt, daß nur der Schuldner selbst erfüllen kann (vgl. §§ 613, 664, 691, 713). Dementsprechend bestimmt auch § 267, daß ein Dritter die Leistung bewirken kann, falls der Schuldner nicht in Person zu leisten hat, und zieht das Gesetz in Satz 2 zugleich die weitere Folge, daß die Erfüllbarkeit der Schuld durch die Leistung eines Dritten von der Zustimmung des Schuldners unabhängig ist. — Der Dritte kann indes nur **„die Leistung"** bewirken, mithin nur durch Leistung des wirklich Geschuldeten (quod debetur) erfüllen (RG 65, 162), nicht aber auch mittels der sog. Ersatzleistungen, wie Aufrechnung (RG 78, 384) und Hinterlegung (§ 372 A 1); es sei denn, daß hierfür einer der besonders vorgesehenen Ausnahmefälle (§§ 268, 1142, 1223, 1224, 1249) vorläge. Selbstverständliche Voraussetzung ist dabei im Sinne des Gesetzes, daß der Dritte nicht etwa infolge eigener Verpflichtung die fremde Schuld tilgen will, wie der Bürge; und daß die Leistung des Dritten überhaupt zum Zwecke der Erfüllung bewirkt wird; während es für die schuldtilgende Wirkung der Leistung des Dritten gleichgültig ist, welche Absicht dieser bei seiner Leistung dem Schuldner gegenüber verfolgt hat. Ausgeschlossen ist daher die Anwendbarkeit des § 267, wenn der Dritte nicht zum Zwecke der Tilgung der Schuld, sondern behufs Erwerbs der Forderung leistet; denn alsdann fehlt es überhaupt an der Tatbestandsvoraussetzung des Gesetzes. Letzteres trifft auch dann zu, wenn jemand nur in Vertretung des Schuldners an dessen Statt leistet und daher nicht als Dritter in Betracht kommen kann. Unbedingt ausgeschlossen ist die Anwendbarkeit des § 267 endlich aus anderem Grunde im Falle der Erlegung von Geldstrafen (vgl. RGSt 8, 366; 30, 232). Um einen Fall des § 267 handelt es sich auch dann nicht, wenn der Dritte sich zwar zur Bewirkung der dem Gläubiger geschuldeten Leistung erbietet, dabei aber zugleich vom Gläubiger die seinerseits dem Schuldner geschuldete Gegenleistung beansprucht; nimmt der Gläubiger in solchem Falle die Leistung vom Dritten an, dann entsteht hierdurch ein neues Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Dritten, zufolge dessen der Gläubiger zur Leistung an den Dritten verpflichtet wird (RG 88, 70). — Die **Wirkung** der Regel des § 267 ist die, daß der Gläubiger durch eine unzulässige Ablehnung des Angebots eines Dritten in Annahmeverzug gerät (§§ 293ff.), im Falle des Vollzugs der Leistung anderseits aber das Schuldverhältnis erlischt (§ 362). Weitere Wirkungen ergeben sich aus der Regel des § 267 nicht. Insbesondere folgt aus der Befugnis des Dritten, die Leistung zu bewirken, nicht, daß er infolge der Leistung dem Gläubiger gegenüber an die Stelle des Schuldners tritt und somit dessen etwaige Gegenrechte erwirbt (§§ 320, 255), und ebensowenig, daß der leistende Dritte — wiederum von den später zu besprechenden Ausnahmefällen der §§ 268, 1142, 1223, 1224, 1249 abgesehen — die Gläubigerforderung erlangt. Der Rechtsübergang kraft Gesetzes ist dem BGB grundsätzlich fremd. — Ob und welche Rückgriffsrechte der Dritte dem befreiten Schuldner gegenüber hat, kann sich nur nach dem zwischen beiden unmittelbar bestehenden Rechtsverhältnisse richten, wie Schenkung, Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag. Bestand die Schuld überhaupt nicht, dann kann der Dritte die Leistung nur vom Gläubiger zurückfordern, nicht aber vom Schuldner (von besonderen Verhältnissen abgesehen), da der Schuldner durch die Leistung nichts erlangt hätte. Leistet aber der Dritte etwa auf Anweisung des Schuldners, oder um sich von einer vermeintlichen, in Wirklichkeit nicht bestehenden (oder anfechtbaren) Schuld dem Schuldner gegenüber zu befreien, dann hat der Schuldner durch die Leistung eine grundlose Bereicherung erfahren und er unterliegt daher der Bereicherungsklage (RG SeuffA 69 Nr 192).

Der **Widerspruch** des **Schuldners** berechtigt den Gläubiger, die Annahme zu verweigern, verpflichtet ihn aber nicht dazu. Im Falle des § 1249 steht weder dem Schuldner das Widerspruchsrecht, noch dem Gläubiger im Falle solchen Widerspruchs das Recht zu, die Leistung des Dritten — nämlich dessen, der durch die Veräußerung des Pfandes ein Recht daran verlieren würde — abzulehnen (RG 83, 393).

§ 268

Betreibt der Gläubiger die Zwangsvollstreckung in einen dem Schuldner gehörenden Gegenstand, so ist jeder, der Gefahr läuft, durch die Zwangs-

vollstreckung ein Recht an dem Gegenstande zu verlieren, berechtigt, den Gläubiger zu befriedigen. Das gleiche Recht steht dem Besitzer einer Sache zu, wenn er Gefahr läuft, durch die Zwangsvollstreckung den Besitz zu verlieren[1]**.**

Die Befriedigung kann auch durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung erfolgen[2]**.**

Soweit der Dritte den Gläubiger befriedigt, geht die Forderung auf ihn über[3]**. Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden**[4]**.**

E I 1081—1082; M 3 690.

1. **Das Ablösungsrecht** (jus offerendi). Während der § 267 nur den allgemeinen Grundsatz aufstellt, daß regelmäßig jeder Dritte anstatt des Schuldners zu erfüllen vermag, gibt das Gesetz in den Fällen des § 268 dem Dritten ein **Recht auf Befriedigung** des Gläubigers eines andern. Der Schuldner kann in diesen Fällen der Leistung des Dritten nicht mit Erfolg widersprechen (§ 267 A 2), und der Gläubiger anderseits kann sie nicht gefahrlos (§ 293 in entsprechender Anwendung) ablehnen (§ 267 A 1). Die Leistung gemäß § 268 erfolgt aber auch nicht wie im Falle des § 267 zum Zwecke der Tilgung der Schuld, sondern, wie das Gesetz es hier zuläßt, zum Erwerbe der Forderung (A 3). — Als **Dritte** kommen hier in Betracht dinglich Berechtigte (auch Miteigentümer, **RG** Warn 1911 Nr 11) und der Besitzer einer Sache (als solcher insbesondere der Mieter und Pächter, § 57 Satz 2 ZVG). Der Zweck des Gesetzes ist es, den Dritten dagegen zu schützen, daß er durch die vom Gläubiger gegen seinen Schuldner betriebene Zwangsvollstreckung ein ihm, dem Dritten, am Gegenstande der Vollstreckung zustehendes Recht oder seinen Besitz der Sache verliert. Voraussetzung ist dabei, daß der Gegenstand der Zwangsvollstreckung nicht dem Dritten, sondern dem Schuldner gehört; denn andernfalls stände dem Dritten schon die Widerspruchsklage des § 771 ZPO zur Seite. — Besondere **Anwendungsfälle** des § 268 enthalten die §§ 1150, 1249 zugunsten von dinglich Berechtigten am Grundstücke, die durch die Zwangsvollstreckung in das Grundstück Gefahr laufen, ein Recht am Grundstücke zu verlieren, und zugunsten derjenigen, welche durch die Veräußerung des Pfandes an diesem ein Recht einbüßen würden. — Zeitlich ist das Ablösungsrecht ausübbar, sobald die Zwangsvollstreckung begonnen hat (vgl. hierüber § 264 A 2). Trifft diese Voraussetzung auch schon dann zu, wenn der Gläubiger vorerst nur den etwaigen Anspruch seines Schuldners auf Herausgabe der Sache (§§ 846ff. ZPO) pfänden läßt? Man wird das nach dem Rechtsgedanken des Gesetzes bejahen können. Erledigt ist das Ablösungsrecht, sobald die Zwangsvollstreckung beendigt ist. — Macht der Gläubiger seine Forderung dem Schuldner gegenüber nur teilweise geltend, so kann auch der Dritte sein Ablösungsrecht nur hinsichtlich dieses Teilbetrags ausüben.

2. Die Ausübung des Rechtes erfolgt durch **Befriedigung des Gläubigers.** Dazu kann aber der Dritte hier (anders als im Falle des § 267) auch von den Ersatzleistungen, Hinterlegung (§§ 372ff.) und Aufrechnung (§ 387) Gebrauch machen (**RG** 78, 384). Der Ausübbarkeit dieses Rechtes steht es nicht entgegen, wenn der Dritte für die Forderung selbst mit haftet (**RG** 70, 409 zu § 1249).

3. Im Gegensatze zum Regelfalle des § 267 (dort A 1) geht die **Forderung des befriedigten Gläubigers** ohne weiteres (kraft Gesetzes) **auf den Dritten über,** und zwar nebst ihren Nebenrechten, wie Bürgschaft und Pfandrecht, sowie mit der Auskunftspflicht des Gläubigers aus § 402 und der Beurkundungspflicht aus § 403 gemäß § 412. Es findet hier also ausnahmsweise ein Rechtsübergang ohne Übertragung (§ 398) statt (§ 412).

4. **Nicht zum Nachteile des Gläubigers.** Der durch den Dritten befriedigte Gläubiger darf durch den Übergang der Forderung auf den Dritten nicht schlechter gestellt sein, als er gestellt sein würde, wenn die Forderung durch die Leistung erloschen wäre, und zwar gilt das sowohl dann, wenn der Dritte durch die gänzliche Befriedigung des Gläubigers die volle Forderung, wie entsprechend auch dann, wenn er durch Teilzahlung nur einen entsprechenden Teil der Forderung erworben hat. Im ersteren Falle darf daher der Dritte dem Gläubiger gegenüber keine Gewährleistungsansprüche wegen Mängel der Forderung aus § 437 geltend machen (zumal der Rechtsübergang kein kaufähnliches Geschäft darstellt), und im zweiten Falle darf er auf keine Weise ein Vorrecht zum Nachteile der dem Gläubiger verbliebenen Restforderung ausüben. Er steht vielmehr im Range nach. Im Konkurse des Schuldners darf der Dritte insbesondere nicht die etwa getilgte Zinsforderung zum Nachteile des Gläubigers mit dem konkursmäßigen Vorzugsrechte anmelden. Im übrigen aber ist davon auszugehen, daß der Gläubiger ausschließlich in Ansehung der

nämlichen Forderung gegen Benachteiligung geschützt sein soll, wegen deren er ganz oder teilweise durch den Dritten befriedigt worden ist, dagegen nicht auch zum Vorteile seiner etwaigen noch anderen Forderungen gegen den Schuldner (RG Warn 1914 Nr 275; ferner 11. 11. 16 V 220/16). Der Dritte darf daher namentlich von den miterworbenen Pfandrechten oder Hypothekarrechten nach dem ihnen zukommenden Range auch dann Gebrauch machen, wenn es zum Schaden der anderweiten Forderungen des Gläubigers geschieht (RG 76, 198). Streitig. Ohne Grund bezeichnet RG 82, 135 die a. a. O. vertretene Ansicht als bedenklich; vgl. RG Warn 1914 Nr 275. — Hinsichtlich des Einlösungsrechts bei Hypotheken vgl. § 1150 A 2. Das Gesetz hat in § 268 offenbar durchweg nur die nämliche Gläubigerforderung im Auge. In bezug auf seine anderweiten Forderungen steht daher der Gläubiger dem leistenden Dritten nicht anders gegenüber, als dies bei einem sonstigen Inhaber seiner Forderungen der Fall wäre. Ein Gesamtschuldner, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wird, kann nicht von ihm Zug um Zug gegen seine Leistung Herausgabe des Pfandes verlangen, das dem Gläubiger ein Mitschuldner bestellt hat, und zwar auf Grund der Behauptung, daß er gegen diesen Mitschuldner ein volles Ausgleichungsrecht gemäß § 426 habe (RG 82, 28). — Der § 268 Abs 3 Satz 2 schließt nicht aus, daß der Bürge, der die Hauptschuld vor dem Konkurse des Hauptschuldners teilweise bezahlt, die auf ihn übergegangene Teilforderung an Stelle des Gläubigers im Konkurse geltend macht (RG SeuffA 69 Nr 196). — Der Abs 3 ist auch dann anwendbar, wenn durch die Teilzahlung der Zweck, die Zwangsvollstreckung abzuwenden, nicht erreicht wird; er ist auch nicht auf den Fall beschränkt, daß der Gläubiger nur wegen einer Rate die Zwangsvollstreckung betreibt (RG JW 1916, 670²). — Eine der Vorschrift von Abs 3 Satz 2 entsprechende Bestimmung enthalten die §§ 426, 774, 1143, 1164, 1167, 1225.

§ 269

Ist ein Ort für die Leistung¹) weder bestimmt noch aus den Umständen, insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses, zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz hatte²).

Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes³).

Aus dem Umstand allein, daß der Schuldner die Kosten der Versendung übernommen hat, ist nicht zu entnehmen, daß der Ort, nach welchem die Versendung zu erfolgen hat, der Leistungsort sein soll⁴)⁵)⁶).

E I 229—230 II 225; M 2 34; P 1 306; 4 154.

1. **Leistungsort.** Zur gehörigen Erfüllung ist auch erforderlich, daß die Leistung am rechten Orte (§ 269) und zur rechten Zeit (§ 271) angeboten wird. Andernfalls setzt das Angebot den Gläubiger nicht in Annahmeverzug (§§ 293ff.) und befreit den Schuldner nicht vom Leistungsverzuge (§§ 284ff.) — Der Leistungsort ist noch von Bedeutung für den Gerichtsstand nach § 29 ZPO und im Gebiete des internationalen Privatrechts für die Frage, welches Recht Anwendung findet (vgl. Vorbem 11 vor § 104, ferner RG 53, 140; 54, 316; 55, 117; 58, 367; 73, 387; 74, 173). Nach dem Rechte des Erfüllungsortes ist auch die Einrede der Verjährung zu beurteilen (RG 74, 173 und 4. 5. 18 V 8/18, teilweise abgedruckt 93, 23). Zu unterscheiden vom Leistungsorte ist der Bestimmungs- oder Ablieferungsort, nämlich derjenige, wo die Ablieferung zu erfolgen hat (Abs 3 und § 270); ferner der Versandort (§§ 447, 448, 644 Abs 2; vgl. RG 66, 76). — Die Regeln des § 269 greifen auch bei Unterlassungspflichten Platz, insbesondere auch die in Abs 1 gegebene Hilfsregel (RG 51, 312; 69, 13; 90, 165).

2. Der Abs 1 sieht behufs Ermittlung des Leistungsorts die nachstehende Stufenordnung vor: In erster Linie ist entscheidend die **Bestimmung durch die Parteien.** Sie setzt eine Einigung voraus, wobei eine stillschweigende Abmachung genügt, die sich aus dem Gegenstande, der Natur des Schuldverhältnisses und aus den Umständen ergeben kann. Die Abrede, daß die Ware spätestens an einem bestimmten Tage am Wohnorte des Bestellers eintreffe, enthält nicht zugleich eine Bestimmung des Leistungsorts (RG 68, 78). Desgleichen nicht schon eine Nebenabrede wie „Kasse Zug um Zug", da diese sich nur auf die Art der Zahlung des Kaufpreises bezieht (RG Warn 08 Nr 129). Einseitige Parteierklärungen reichen regelmäßig nicht aus, auch nicht bei fortgesetzter Warenbestellung und Warenleistung (RG 52, 135; 57, 411; 59, 351; 65, 381). Nach ständiger Rechtsprechung sind daher auch bloße Fakturen-

vermerke oder ein Randvermerk auf einem Kostenanschlage (RG 52, 133) bedeutungslos. Vermerke jedoch in einem Bestätigungsschreiben müssen nach Treu und Glauben als genehmigt gelten, falls der Empfänger schweigt (RG 57, 408; 58, 66). Vgl. hierüber des Näheren § 147 A 3 Abs 2. Maßgebend ist auch die Angabe in den Schlußnoten des Handelsmäklers (RG 59, 350; JW 05, 147). Gleiches gilt, wenn vor der Begründung, der Geschäftsverbindung schriftlich Geschäftsbedingungen zugesandt sind und demnächst der Geschäftsverkehr auf Grund eben dieser Bedingungen stattgefunden hat (RG JW 01, 621[14]; RG 57, 408), betreffend Bestellung auf Grund eines Zirkulars. Desgleichen wenn in der vom Makler unterschriebenen Schlußnote ein Erfüllungsort vermerkt ist (RG JW 05, 147[20]). Wer einen Bestellschein unterschrieben hat, haftet nach dessen Inhalt; er kann nur wegen Irrtums anfechten (RG 20. 3. 08 III 394/07). — **Aus den Umständen zu entnehmen.** Dabei kann auch die Verkehrssitte in Betracht kommen, insbesondere falls aus dem Schweigen Zustimmung zu entnehmen ist. **Aus der Natur des Schuldverhältnisses** wird sich der Leistungsort insbesondere ergeben bei Abmachungen, die die Bearbeitung von Sachen an Ort und Stelle zum Gegenstande haben, z. B. beim Einbau von Maschinen in ein Gebäude, wie anderseits bei Herstellung eines Werks in einer Werkstätte; ferner bei der Übergabe und Auflassung eines Grundstücks, bei der Überlassung der Mietsache, endlich wenn sich die zu gewährende Sache nach Wissen beider Parteien zur Zeit des Vertragschlusses an einem bestimmten Orte befindet. Bei Bringschulden (nicht Schickschulden) ist maßgebend der Wohnort des Gläubigers; bei Holschulden der des Schuldners. — **Wohnsitz des Schuldners** (vgl. §§ 7—11) im Zeitpunkte der Entstehung des Schuldverhältnisses. Er ist im Zweifel auch maßgebend bei Unterlassungspflichten, gegebenenfalls namentlich bei der Geltendmachung von Vertragsstrafen, selbst wenn die Unterlassung nicht an einen bestimmten Ort gebunden ist (RG 51, 314; 69, 13). Unter mehreren Wohnsitzen hat der Regel nach der Schuldner die Wahl (§§ 262ff.). Beim Mangel eines Wohnsitzes entscheidet der Aufenthaltsort. Eine nachträgliche Veränderung des Wohnsitzes ist einflußlos. Es kann aber, wenn der Vertrag am Wohnorte des Schuldners abgeschlossen ist, nicht schon deshalb angenommen werden, daß der dortige Wohnort des Schuldners auch als vereinbart gelten soll (RG SeuffA 54 Nr 77). Entstanden ist das Schuldverhältnis mit Vollendung der es begründenden juristischen Tatsachen (vgl. Vorbem 1 vor § 104 und § 198 A 2). Bei bedingten oder bei befristeten Geschäften kommt es nicht erst auf den Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung oder des Termins an (RG 69, 11). Er ist nur für das Wirksamwerden des Rechtsgeschäfts maßgebend (§§ 158, 163).

Durch Gesetz selbst ist der Leistungsort bestimmt in den §§ 261 (Offenbarungseid), 697, 700 (unregelmäßiger Verwahrungsvertrag), 811 (Vorlegung), 1194 (Grundschuld), 1200 (Rentenschuld), § 36 VersVG (Zahlung der Prämie), § 5 ScheckG, Art 4 Nr 8 und Art 97 WO, betreffend die Zahlung des Bezogenen. Der für diesen maßgebende Zahlungsort ist jedoch nicht zugleich maßgebend für die Leistungsart des Regreßpflichtigen, mithin auch nicht für den Trassanten; für diese ist, mangels einer Bestimmung auf dem Wechsel, der Ort des Wohnsitzes oder der Niederlassung Leistungsort, und der Bereicherungsanspruch ist da zu erfüllen, wo der Wechselanspruch zu erfüllen gewesen wäre.

3. Das Vorhandensein einer **gewerblichen Niederlassung** erfordert, daß dort dauernde Einrichtungen zum Betriebe getroffen sind; vgl. ZPO § 21 (RG 42, 379; 50, 326).

4. **Übernahme der Versendungskosten.** Diese Auslegungsvorschrift trifft insbesondere auch zu bei den Nebenabreden cif (cost, insurance, freight) und fob (frei an Bord), „frei Waggon", oder „Kasse Zug um Zug" (s. auch A 2). Bei Cif-Verkäufen gilt der Abladehafen für den Verkäufer auch als Erfüllungsort, jedenfalls im Sinne der §§ 446, 447 (RG 87, 134; Warn 1916 Nr 159). Betreffs der Cif-Klausel vgl. auch § 157 A 4 und RG 87, 135; 90, 1; 92, 14; 93, 166. Solche Klauseln enthalten an sich noch keine Vereinbarungen über den Erfüllungsort (RG Gruch 47, 1152; 48, 1015). Auch die Übernahme der Gefahr enthält im Zweifel noch keine Bestimmung über den Leistungsort (RG 68, 78).

5. **Einzelfälle.** Bei dem nämlichen Schuldverhältnisse können für die verschiedenen Beteiligten je verschiedene Leistungsorte gegeben sein (RG 49, 76). Der Erfüllungsort für die Bürgschaftsschuld richtet sich nicht grundsätzlich nach dem der Hauptschuld (RG 54, 311; 71, 56; 73, 263). Ist aber für eine Schuld Bürgschaft geleistet, bezüglich deren ein Erfüllungsort ausdrücklich bestimmt war, so ist das auch für den Bürgen maßgebend (RG 34, 17). Wird bedungen, daß der Käufer die Ware am Bestimmungsorte abzunehmen habe, so folgt hieraus noch nicht, daß dortselbst, wenn für den Käufer, dann auch für den Verkäufer der Erfüllungsort gegeben sei (RG Warn 1912 Nr 99). Bei Zug-um-Zug-Leistungen ist der Erfüllungsort ein gemeinsamer. Das gilt auch im Falle des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts und der Wandlung. Hier muß nach der Natur des Geschäfts regelmäßig derjenige Ort als beiderseitiger Leistungsort gelten, wo sich die Sache dem Vertrage gemäß befindet, nicht etwa der davon verschiedene Ort, wo die Ablieferung der Sache erfolgt war (RG 50, 270; 52, 54; 55, 111; 57, 12; 70, 199). Vgl. anderseits auch RG 46, 195 und 66, 76. Die Rück-

gabepflicht im Falle der Nichtigkeit des Vertrags ist ebenfalls da zu erfüllen, wo sich die zurückzugewährende Sache befindet (RG 96, 347). Gesetzlicher Erfüllungsort für den Minderungsanspruch ist der Wohnort des Verkäufers zur Zeit des Vertragsschlusses (RG Gruch 47 Nr 1150); während in RG 66, 76 die Richtigkeit dieser Ansicht dahingestellt geblieben ist. Falls ein Vertrag (Kauf) wegen Irrtums oder Betrugs angefochten ist und Rückzahlung des Preises und Zurücknahme der Sache gefordert wird, ist der Wohnsitz des Gegners maßgebend (RG 49, 421). Der Erfüllungsort ist maßgebend auch für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (RG 55, 425); desgleichen für den Anspruch auf Zahlung des Reugeldes (RG Gruch 34, 440), sowie auf Leistung der Vertragsstrafe (RG 69, 12). Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Annahmeverzugs ist zu erfüllen, wo die Abnahme hätte erfolgen müssen (RG 55, 423). Für die Feststellungsklage ist der Erfüllungsort dort, wo der Vertrag zu erfüllen war (RG 56, 138). Nebenverpflichtungen sind an dem für die Hauptverbindlichkeit maßgebenden Leistungsorte zu erfüllen (RG 55, 105). Bei einem Anspruche auf Anerkennung eines Kontokorrents gilt als Erfüllungsort der für die einzelnen Leistungen vereinbarte Leistungsort (RG JW 03, 175[6]).

6. **Beweislast.** Wer einen außergewöhnlichen Erfüllungsort geltend macht, hat dafür nach allgemeinen Rechtsgründen die Beweislast.

§ 270

Geld hat der Schuldner im Zweifel auf seine Gefahr und seine Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Ist die Forderung im Gewerbebetriebe des Gläubigers entstanden, so tritt, wenn der Gläubiger seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hat, der Ort der Niederlassung an die Stelle des Wohnsitzes[1]).

Erhöhen sich infolge einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Änderung des Wohnsitzes oder der gewerblichen Niederlassung des Gläubigers die Kosten oder die Gefahr der Übermittelung, so hat der Gläubiger im ersteren Falle die Mehrkosten, im letzteren Falle die Gefahr zu tragen[2]).

Die Vorschriften über den Leistungsort bleiben unberührt[1]) [3]).

E I 230 II 226; M 2 36; P 1 307.

1. **Geldübermittlung an den Gläubiger an dessen Wohnsitz oder Niederlassungsort.** Vgl. § 269 A 1, wo bereits darauf hingewiesen ist, daß § 270 nur den Bestimmungsort, nicht aber den Leistungsort im Auge hat (hier Abs 4). Der Schwerpunkt des § 270 liegt in der Vorschrift, daß, falls der Leistungsgegenstand Geld ist, dieses, gleichviel wo der Erfüllungsort sein mag, dem Gläubiger an dessen Wohnsitz, im Falle des Abs 2 am Orte der gewerblichen Niederlassung (vgl. A 3 § 269) „zu übermitteln" ist, und daß die dazu dienende Versendung auf Gefahr und Kosten des Schuldners geht. Macht der Gläubiger der Post gegenüber von dem Abholungsrechte Gebrauch, so trägt er auch die damit verbundene Gefahr selbst (RG 69, 137; der vom Schuldner übersandte Scheck war auf Grund einer Fälschung des Postscheins von einem Unbefugten abgeholt worden). Über den Begriff Geld vgl. § 244. Da der Gläubiger das Geld völlig kostenfrei zu erhalten hat, muß der Schuldner auch die Bestellgebühr hinzufügen, und verweigert der Gläubiger mangels dessen die Annahme, dann kann dem Schuldner höchstens der Gesichtspunkt des § 242 zustatten kommen. Wenn nichts Entgegenstehendes vereinbart ist, genügt es für die Rechtzeitigkeit der Leistung — und zwar auch bei Platzgeschäften —, wenn nur die Einzahlung des Geldes bei der Post am Leistungsorte, also regelmäßig am Wohnsitze des Schuldners, innerhalb der gegebenen Frist erfolgt ist (RG 78, 137). Der Schuldner gerät gegebenenfalls also — mangels Verschuldens — nicht in Verzug und ist nicht schadensersatzpflichtig, er bleibt aber zur nochmaligen Leistung verpflichtet. Bei Zahlungen mittels eines Schecks genügt es für die Wahrung der Frist, wenn der Gläubiger rechtzeitig den Scheck erhält (RG a. a. O.). Im Falle der Erfüllung eines Darlehnsvorvertrags (pactum de mutuo dando) durch Gewährung des zugesagten Geldes muß § 270 gleichfalls Anwendung finden. An sich gibt dieser nur eine Auslegungsvorschrift und schließt daher anderweite Abmachungen nicht aus. — Da der Schuldner den Geldbetrag nur zu übermitteln hat, kann die Person oder die Anstalt, der der Schuldner das Geld zur Übermittlung übergibt, nicht als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 278 angesehen werden. Mit der Absendung des Geldes hat der Schuldner seiner entsprechenden Verbindlichkeit bereits genügt. Anders bei Bringschulden, wo der Schuldner am Wohnorte des Gläubigers zu leisten hat, er sich der Mittelsperson also zur Erfüllung selbst bedient.

2. Der Schuldner hat im Falle der **Änderung des Wohnsitzes** oder der Niederlassung die Übermittlungskosten nur in der Höhe zu tragen und für die Gefahr nur so weit zu haften, als er haften würde, wenn es bei dem zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses maßgebenden Verhältnissen geblieben wäre. Jedenfalls bleibt aber die Übermittlungspflicht an sich bestehen. Gibt der Gläubiger den Wohnsitz auf, ohne einen neuen Wohnsitz zu begründen (Abs 3), dann muß der Schuldner das Geld an den ihm bekannten Aufenthaltsort übermitteln, wie das schon aus dem Grundsatze des § 242 folgt. In **RG** 22. 12. 15 **V** 305/16 ist diese Frage unentschieden gelassen.

3. Den **Beweis** für die Ablieferung und die Ankunft des Geldes, gegebenenfalls für die Erhöhung der Kosten und der Gefahr hat der Schuldner zu führen. Eine Vermutung zugunsten des Schuldners besteht auch dann nicht, wenn die Übersendung durch die Post stattgefunden hat (vgl. die bedeutsame Entscheidung **RG** 13, 46ff.). Landesgesetzlichen Vorbehalt für Zahlungen aus öffentlichen Kassen enthält EG Art 92.

§ 271

Ist eine Zeit für die Leistung[1]) weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken[2]).

Ist eine Zeit bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gläubiger die Leistung nicht vor dieser Zeit verlangen, der Schuldner aber sie vorher bewirken kann[3])[4]).

E I 231 II 227; M 2 37; P 1 309.

1. Die **Leistungszeit** kommt nach zweifacher Richtung in Betracht. Einmal fragt es sich, wann der Gläubiger fordern kann und der Schuldner also auch leisten muß; zweitens, wann der Schuldner leisten darf und demnach der Gläubiger annehmen muß. In beiden Beziehungen handelt es sich um den Zeitpunkt der Fälligkeit. Über diesen Begriff vgl. § 198 A 2 u. § 269 A 2. In gewissen Fällen sieht das Gesetz die Leistungszeit besonders vor, so bei Miete (§ 551), Leihe (§ 604), Darlehn (§§ 608, 609), Dienstvertrag (§ 614), Werkvertrag (§ 641), Verwahrung (§ 695), Unterhaltsgewährung (§ 1710). Über das Fixgeschäft vgl. § 361. In einzelnen Fällen ist die zugunsten des Schuldners bestehende Fälligkeit auch für Dritte von Bedeutung (§§ 1142, 1223, betreffend das Befriedigungsrecht des Eigentümers und Pfandschuldners). — Die Vertragsbestimmung, daß die Forderung sofort fällig sein soll, falls die Zinsen nicht rechtzeitig gezahlt werden, hat für ihre Anwendung zur Voraussetzung, daß die Zinszahlung infolge einer Verletzung der Vertragspflichten unterbleibt (**RG** Warn 1913 Nr 223 und die dort angezogenen Urteile); die Fälligkeit tritt also beispielsweise nicht ein, wenn der Käufer zur Minderung des Preises berechtigt war und demnach die Zinsen von dem Minderbetrage nicht zahlt (**RG** 19. 10. 10 V 593/09). Kündigt der Gläubiger, läßt er sich alsdann aber die Zinszahlung noch weiter gefallen, ohne auf Zahlung des Kapitals zu klagen, dann kann hieraus gefolgert werden, daß die erklärte Kündigung nicht als solche, sondern nur als Mahnung gemeint war (**RG** JW 1912, 385[4]). Vgl. auch § 360 A 1. Nach Treu und Glauben (§ 242) muß der Gläubiger in solchen Fällen dem Schuldner jedenfalls erst bekanntgeben, daß seine Nachsicht nunmehr ein Ende habe. Vgl. auch §§ 24 A 1 Abs 6; 357 A 1 u. 360 A 1.

2. Im Falle **mangelnder Zeitbestimmung** besteht sowohl sofortiges Forderungsrecht, wie sofortiges Leistungsrecht. Abs 1 stellt im übrigen keine gesetzliche Vermutung für die Fälligkeit auf, bestimmt vielmehr nur, daß mangels einer Abrede der fehlende Parteiwille durch die Vorschrift sofortiger Fälligkeit ersetzt werde (**RG** 68, 308). Bei Ermittlung des Zeitpunkts, der unter dem Ausdrucke „sofort" zu verstehen, ist auch der allgemeine Grundsatz des § 242 zu beachten. Falls zu einer Bestimmung der Zeit so allgemeine Ausdrücke wie „ehestens", „sobald als tunlich", „in kurzem", „in einigen Jahren, Monaten, Wochen" oder „pünktlich" gebraucht werden, ist auslegungsweise die Parteiabsicht zu erforschen und die Leistungszeit durch den Richter festzustellen (M 2, 38ff.). Bei den **Umständen** im Sinne des Abs 1 ist wie in § 269 A 2 an die Natur des Schuldverhältnisses und an die Art der Leistung (z. B. Werkvertrag), sowie an die mutmaßliche Parteiabsicht unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu denken.

3. Die vertragliche **Zeitbestimmung kommt dem Schuldner** regelmäßig derart zugute (dies adjectus pro reo est), daß er regelmäßig auch schon vor Eintritt des bestimmten Zeitpunkts die Leistung anbieten kann, und der Gläubiger sie bei Vermeidung der Verzugsfolge annehmen muß (A 1), daß anderseits aber der Gläubiger die Leistung nicht vorzeitig fordern kann. Da der Grundsatz aber nur im Zweifel gelten soll, so greift er nicht Platz im Falle einer ihn ausschließenden Parteiabrede oder einer ihm entgegenstehenden Verkehrssitte (M 2, 38). Ist

eine Leistungszeit an sich zwar vorgesehen, aber in so unbestimmten Ausdrücken, daß ein gewisser Zeitpunkt sich daraus nicht feststellen läßt, oder ist die Leistungszeit durch entsprechende Wendungen (wie: „nach seiner Bequemlichkeit", „nach Möglichkeit", oder „falls er in bessere Vermögensverhältnisse komme") in das Belieben des Schuldners gestellt, dann bestimmt unter Anwendung des § 242 (dort A 1) der Richter den Zeitpunkt, etwa auf eine Feststellungsklage hin, und alsdann erst kann der Berechtigte von den Rechtsbehelfen aus § 326 Gebrauch machen (RG 34, 19; 40, 260; 42, 153; 64, 116; JW 08, 478[7]; Gruch 52, 429). Der Gläubiger muß gegebenenfalls die verbesserte Vermögenslage beweisen, der Schuldner demgegenüber dartun, weshalb trotzdem die Fälligkeit noch nicht eingetreten sei (RG 28, 179). Bei einer Zeitbestimmung, die einen gewissen Spielraum läßt, wie „sobald als tunlich", oder „in regelmäßigen Zwischenräumen" entscheidet billiges Ermessen (RG SeuffA 47 Nr 100; RG 33, 54; 42, 152; JW 08, 478[7]). Wird zwar eine Leistungszeit verabredet, vom Verpflichteten aber hinzugefügt, daß er für Einhaltung der Zeit nicht aufkomme, dann greift wegen Mangels einer Zeitbestimmung § 271 Abs 1 Platz (RG Gruch 51, 917). Die Abstellung der Leistungszeit auf den Eintritt eines Ereignisses kann sowohl Zeitbestimmung wie auch Bedingung sein. Vgl. § 163 A 1. Die Klausel „netto Kasse gegen Faktura" ist gemäß § 157 und § 346 HGB dahin zu verstehen, daß der Schuldner gegen Empfang der Faktura vorzuleisten verpflichtet ist (RG 69, 126). Nach der Klausel „Kasse gegen Verladungsdokumente" ist der Schuldner nicht unbedingt verpflichtet, gegen Übergabe der Papiere zu leisten; tut er es aber nicht, dann überkommt er die Beweislast für die Berechtigung seiner Weigerung (RG 31, 100; 47, 131; 59, 24; 61, 349). Eine etwa gewährte Stundung kann der Gläubiger widerrufen, wenn sich die Verhältnisse, unter denen die Stundung bewilligt worden, nachträglich wesentlich verschlechtern (RG JW 05, 160[5]; 08, 711[4]). — Bei einer für einen bestimmten Tag vorgesehenen Leistung genügt der Schuldner seiner Pflicht, wenn er an diesem Tage während der üblichen Geschäftszeit leistet (RG Warn 1914 Nr 276).

4. Beweislast. „In der Behauptung des Schuldners, daß ihm beim Vertragsschlusse Stundung gewährt sei, liegt ein begründetes Bestreiten, demgegenüber muß daher der Kläger beweisen, daß die Stundung nicht gewährt ist" (RG 68, 305ff.). Vgl. § 433 A 12. Nicht ohne Bedenken, falls man den Satz für berechtigt hält, daß beweispflichtig ist, wer einen Ausnahmefall behauptet und in § 271 Abs 1 weder die Aufstellung einer Vermutung noch eine Auslegungsregel zu finden hat. Vgl. auch § 163 A 2.

§ 272

Bezahlt der Schuldner eine unverzinsliche Schuld vor der Fälligkeit, so ist er zu einem Abzuge wegen der Zwischenzinsen nicht berechtigt[1]).

E I 232 II 229; M 2 40; P 1 310.

1. Das Verbot des **Abzugs von Zwischenzinsen** entspricht dem in § 813 Abs 2 ausgesprochenen Grundsatze, betreffend vorzeitige Erfüllung einer betagten Forderung. Über Fälligkeit vgl. § 271 A 1 u. § 198 A 2. Ist die Forderung verzinslich, so hört mit der Rückzahlung die Verzinslichkeit auf. — In besonderen Fällen läßt das Gesetz den Abzug von Zwischenzinsen zu (vgl. §§ 1133, 1217). Die Berechnung geschieht gegebenenfalls nach der Hoffmannschen Methode, die in § 65 KO zur Regel erhoben ist. Danach mindert sich die unverzinsliche Forderung auf die Summe, die unter Hinzurechnung der für die Zeit seit der Zahlung bis zum Fälligkeitstage zu berechnenden gesetzlichen Zinsen dem Nennbetrage der Forderung gleichkommt. Vgl. auch ZVG § 111.

§ 273

Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird (Zurückbehaltungsrecht)[1]).

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.[2])

Der Gläubiger kann die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts durch Sicherheitsleistung abwenden. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist ausgeschlossen[3])[4]).

E I 233—235 II 230; M 2 40; P 1 310.

1. **Das Zurückbehaltungsrecht.** Hier wird die materielle, in § 274 die prozessuale Seite des gesetzlichen Zurückbehaltungsrechts geregelt. Es gewährt keinen Anspruch, sondern begründet gegenüber dem arglistigen Gläubiger, der einen Anspruch ohne Rücksicht auf einen dem andern Teile zustehenden Gegenanspruch erhebt und dadurch gegen Treu und Glauben handelt, einen Rechtsbehelf zur Abwehr. Es vertritt sonach die exceptio doli des gemeinen Rechts (M 2, 41; vgl. § 242 A 1; RG 68, 34; Gruch 51, 921). Demnach gilt aber auch über die Bestimmung des § 273 hinaus der alte selbstverständliche Satz, daß arglistig handelt, wer vom Gegner etwas verlangt, was er ihm zurückzugeben verpflichtet ist (RG 72, 103; JW 07, 100²; 1914, 76⁸). Gegenstand des Zurückbehaltungsrechts können sein Sachen (auch Urkunden, die nicht Wertpapiere sind; RG 51, 87; Gruch 51, 921), gleichgültig ob die Sache pfändbar ist oder nicht, wie Grundschuldbriefe (RG 68, 390), Hypothekenbriefe (JW 07, 477⁷), ferner Handlungen und Unterlassungen (beispielsweise der Verkäufer hat sich verpflichtet den Betrieb eines Wettbewerbsgeschäfts zu unterlassen, und er hält die Erfüllung dieser Unterlassungspflicht zurück, setzt den Betrieb fort, weil er gegen den Käufer aus demselben rechtlichen Verhältnisse den fälligen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises hat). — Materiell hat die Geltendmachung zur Folge, daß trotz der Fälligkeit der verweigerten Leistung und trotz Mahnung der Leistungsverzug (§ 284) nicht eintritt. An sich wirkt das Zurückbehaltungsrecht, auch wenn die Gegenforderung des Schuldners geringer ist als die Gläubigerforderung, gegenüber dem gesamten Anspruche des Gläubigers. Aber es darf nur so weit ausgedehnt werden, als es für den Sicherungszweck erforderlich ist. Denn das Zurückbehaltungsrecht ist ein gesetzliches Schutzmittel, und sein Gebrauch findet daher, seinem Zwecke entsprechend, seine natürliche Grenze an dem Schutzbedürfnisse, so daß es überhaupt versagt, wenn der Schuldner bereits auf andere Weise gesichert ist (RG 85, 137). Zulässig ist seine Geltendmachung auch dann, wenn der Kläger nur eine Teilforderung erhebt (RG JW 1912, 139¹³). Aber der Schuldner handelte wider Treu und Glauben, falls er seine Befugnis übermäßig ausdehnen und seine Leistung wegen einer unverhältnismäßig geringen Gegenforderung verweigern wollte (vgl. § 320 Abs 2 A 6 u. § 242 A 1; RG 61, 128). Zulässig ist auch die rechtsgeschäftliche Einräumung eines Zurückbehaltungsrechts, indessen nur mit Wirkung zwischen den Vertragsparteien, während die Bestellung eines dinglich wirkenden unmöglich ist (RG 51, 83; 68, 389). — Wesentlich verschieden ist das Zurückbehaltungsrecht von der Aufrechnung (§ 387); denn die erstere stellt eine bloße (aufschiebende) Einrede, die letztere ein Rechtsgeschäft dar. Daher enthält die Aufrechnungserklärung nicht zugleich die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts (RG Gruch 55, 896; Warn 1918 Nr 201); während anderseits bei beiderseits fälligen Geldforderungen unter gewöhnlichen Umständen die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts in Wahrheit die Erklärung der Aufrechnung bedeutet (RG 83, 140; 85, 109; Warn 08 Nr 550), weil durch die Zurückbehaltung gegebenenfalls die geschuldete Leistung in Wirklichkeit ein für alle Male verweigert werden soll. Daher ist anderseits die Zurückbehaltung grundsätzlich überhaupt unzulässig solchen Forderungen gegenüber, gegen die eine Aufrechnung unstatthaft ist gemäß § 394 BGB und §§ 850—852 ZPO, da durch die Zulassung der Zurückbehaltung in solchen Fällen der Gesetzeszweck vereitelt werden würde (RG 83, 148; 85, 110, wo in der Folge zugleich ausgeführt ist, daß die in Geltendmachung oder Zurückbehaltung etwa zu findende Aufrechnung trotz des § 394 nach § 242 dennoch zulässig ist, wenn die Gegenforderung durch eine unerlaubte vorsätzliche Handlung im Rahmen des nämlichen Verhältnisses — wie Dienstverhältnisses — begründet worden ist). Vgl. auch Warn 1915 Nr 11 und anderseits RG JW 03 Beil 49¹¹⁰. Auch dann ist in der Geltendmachung der Einrede eine Aufrechnung zu finden, wenn der Erklärende weiß, daß seine Forderung vom Gegner nicht beizutreiben und daher voraussichtlich auf andere Weise als durch Aufrechnung nicht getilgt werden kann (RG 83, 140; 85, 114). — Das Zurückbehaltungsrecht beeinflußt nicht den Leistungsort und kann nicht zur Folge haben, daß, wenn der Leistungsort für beide Teile ein verschiedener ist, der Zurückbehaltungsberechtigte nur Zug um Zug an seinem Leistungsorte zu erfüllen braucht (RG 68, 6). Das Zurückbehaltungsrecht gibt, wenn der Berechtigte den Besitz der Sache an den Gegner verliert, das Recht auf Wiedereinräumung der Zurückbehaltung (RG 68, 386). — Für das Zurückbehaltungsrecht ist kein Raum, wenn die Gegenleistung von Anfang an unmöglich war oder unmöglich geworden ist, weil es sonst zur Beseitigung des Klageanspruchs überhaupt führen könnte, und weil es auch nur als Verteidigungsmittel dienen soll (RG 68, 292; SeuffA 74 Nr 83).

Das **Anwendungsgebiet** des § 273 ist nicht auf Schuldverhältnisse im engeren Sinne beschränkt (RG 59, 202). Die Regel greift vielmehr überall Platz, wo aus einem „rechtlichen Verhältnisse Ansprüche hervorgegangen sind; daher beispielsweise auch gegenüber dem aus

dem Eigentume hergeleiteten Herausgabeanspruche (RG Warn 1919 Nr 27). Der § 273 ist insbesondere auch dann anwendbar, wenn es sich darum handelt, daß die Parteien das auf Grund eines gemäß § 105 nichtigen Vertrags Empfangene gegenseitig sich zurückzugeben haben (RG 72, 65). — Für die zeitliche Anwendung der im neuen Gesetze enthaltenen Regeln über das Zurückbehaltungsrecht (wegen nicht konnexer Gegenforderungen) ist maßgebend der Zeitpunkt der Geltendmachung; daher ist § 273 auch dann anwendbar, wenn die Gegenforderungen vor dem 1. 1. 00 entstanden waren (RG 49, 81; 16. 2. 03 VI 342/02). Gehören die Vertragsschließenden verschiedenen Rechtsgebieten an, so regelt sich auch das Zurückbehaltungsrecht des Schuldners nach demjenigen Rechte, das im gegebenen Falle für die gesamten Beziehungen der Parteien maßgebend ist (RG 10. 1. 11 II 285/10). Verboten ist die Zurückbehaltung von Quittungskarten der Invalidenversicherung (§ 1425 RVO) und von Arbeitsbüchern wie sonstiger Gegenstände durch den Stellenvermittler (§ 6 des Stellenvermittlungsgesetzes v. 2. 6. 10).

Aus demselben rechtlichen Verhältnis. Erforderlich ist nicht, daß die Forderung und Gegenforderung aus einem einheitlichen Rechtsverhältnisse entsprungen sind (RG 72, 103; Warn 1919 Nr 3), oder daß sie in sich gegenseitig bedingendem (synallagmatischem) Verhältnisse zueinander stehen, daß also der Rechtsgrund für beide der nämliche ist; in diesem Falle griffe die Einrede aus § 320 Platz (RG 56, 251; 72, 65). Vielmehr ist nur ein innerlich zusammengehöriges einheitliches Lebensverhältnis erforderlich (vgl. Vorbem 1 vor § 241), und dieser Voraussetzung kann genügt sein, auch wenn die gegenseitigen Forderungen je einem verschiedenen Rechtsgeschäfte entsprungen sind, wofern beiden nur ein einheitliches tatsächliches Verhältnis zugrunde liegt (RG 57, 1) und der Zusammenhang ein natürlicher, wirtschaftlicher ist (RG 72, 103; Warn 08 Nr 441 u. 09 Nr 12 u. 72; 1912 Nr 5). Es genügt mithin ein solcher natürlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang, daß es wider Treu und Glauben verstieße, wenn der eine Anspruch ohne Rücksicht auf den andern geltend gemacht und verwirklicht werden könnte (RG 57, 5; 68, 33; 72, 65; 78, 334; 83, 268; Warn 1916 Nr 10). Das soll beispielsweise zutreffen, wenn der Käufer die geschuldete Leistung verweigert, weil ihm wegen eines Mangels der Kaufsache eine Schadensersatzforderung zusteht (RG 66, 101). Fraglich ist indessen, ob hier nicht eher § 320 Platz greift, da doch auch mit der Ersatzforderung ein Gegenanspruch aus dem nämlichen (gegenseitigen) Vertrage, wenn auch in abgeänderter Richtung geltend gemacht wird. Rechtlicher Zusammenhang ist auch in einem Falle angenommen worden, in dem der Besteller eines Nießbrauchs vom Nießbraucher die Entrichtung der Lasten forderte, und der Nießbraucher einwendete, daß ihm der Nießbrauch zur Deckung von noch ungetilgten Ansprüchen an den Besteller gewährt sei (RG 13. 10. 09 V 569/08). Ferner in einem Falle, wo der Kläger vom Beklagten als eingetragenem Eigentümer eines Grundstücks wegen Nichtigkeit der Auflassung zu seinen Gunsten die Eigentumsberichtigung forderte, und der Beklagte anderseits Erstattung der in der Zwischenzeit bezahlten Hypothekenzinsen, sowie die im Auftrage des Klägers gemachten Aufwendungen ersetzt verlangte (RG Warn 1911 Nr 391). Weiter in einem Falle, wo nach Aufhebung eines Verlöbnisses der eine Teil Berichtigung des Grundbuchs verlangte und der andere Teil Gegenansprüche hatte (RG Warn 1914 Nr 39); sowie in einem andern Falle, wo der Kläger in einem Vorprozesse, der dasselbe Rechtsverhältnis betraf, zur Erstattung der Kosten verurteilt war und der Beklagte demnächst wegen dieses Erstattungsanspruchs das Zurückbehaltungsrecht geltend machte (RG Warn 1914 Nr 241). Der § 273 greift auch Platz, wenn ein Vertrag wegen versteckten Mangels der Willenseinigung nicht zustande gekommen ist (RG 68, 6), oder wenn dem einen Teile im Falle des § 320 ein Rückforderungsanspruch zusteht (RG 72, 65). Unterhielten die Parteien eine längere Zeit währende Geschäftsverbindung derart, daß jeder neue Abschluß als Fortsetzung der früheren Bestellung aufzufassen war, so kann gefolgert werden, daß die Verpflichtung zur weiteren Leistung (Lieferung) abhängig war von der Erfüllung der fälligen Verbindlichkeiten durch den andern Teil (RG 68, 34; 72, 104; 78, 336; Warn 1911 Nr 117; 1918 Nr 134). Ist die Ehefrau zur Herausgabe des Frauenguts an den Mann verpflichtet und kann sie gleichzeitig Sicherheitsleistung nach § 1391 verlangen, so hat sie ein Zurückbehaltungsrecht (RG Warn 09 Nr 283). Der rechtliche Zusammenhang ist auch dann gegeben, wenn der eine Teil die Vertragsleistung und der andere Teil Ersatz des ihm durch den Verzug des ersteren oder sonst durch eine Vertragsverletzung verursachten Schadens beansprucht (RG 11. 2. 11 V 145/10; 21. 11. 12 V 240/12). — **Verneint** ist das Vorhandensein „desselben rechtlichen Verhältnisses": im Verhältnisse zwischen dem Anspruche des Versicherten auf die Entschädigungssumme und anderseits seiner Verpflichtung zur Zahlung der Nachversicherungsprämien (RG Warn 08 Nr 496); ferner im Verhältnisse zwischen dem Anspruche der Erben aus der Berichtigung von Nachlaßverbindlichkeiten, und anderseits ihrer Verpflichtung, zum Nachlasse etwas zurückzugewähren (RG Warn 1910 Nr 141); weiter zwischen dem Anspruche des Eigentümers auf Löschung einer Vormerkung zur Sicherung einer Bauhandwerkerforderung und seiner Verpflichtung für derartige in Ansehung anderer Grundstücke

entstandene Forderungen (RG Gruch 54, 941). Ein rechtlicher Zusammenhang besteht nicht, wenn der die Leistung empfangende Gläubiger die Quittung oder gegebenenfalls die Löschungsbewilligung wegen anderweiter Forderungen aus dem Vertrage zurückbehält. Denn das Recht auf die Erteilung der Quittung wie Löschungsbewilligung geht nicht aus dem Schuldverhältnisse hervor, sondern entsteht kraft Gesetzes (§§ 368, 1144) durch die Zahlung (RG Warn 1911 Nr 392, ferner RG 18. 10. 11 V 106/11). Dem Herausgabeanspruche des Erben gegenüber hat der darauf beklagte Vermächtnisnehmer (oder der Pflichtteilsberechtigte) kein Zurückbehaltungsrecht, es sei denn wegen Verwendungen aus § 2022 (RG Warn 1919 Nr 233). — Im Konkursverfahren kann ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273 nicht geltend gemacht werden, wenn der Konkursverwalter nach § 27 KO die Erfüllung eines zweiseitigen, noch nicht erfüllten Vertrags verlangt, und dem Gegner Forderungen aus einem früheren Vertrage gegen den Gemeinschuldner zustehen (RG 77, 436). Der frühere Konkursverwalter kann wegen seiner Auslagen und Gebühren seinem Nachfolger gegenüber nicht die Masse zurückbehalten (RG JW 03, 51[23]). Eine dauernde Geschäftsverbindung (zwischen einem Bankier und einem Kunden) begründet nicht unbedingt den erforderlichen Zusammenhang zwischen Anspruch und Gegenanspruch; es kommt auch hier vielmehr in jedem einzelnen Falle auf die besonderen Umstände an (RG 78, 334). Im Konkurse einer Aktiengesellschaft hat der Zeichner von Aktien gegenüber der Forderung des Konkursverwalters auf Einzahlung des gezeichneten Betrages kein Zurückbehaltungsrecht wegen seines Anspruchs auf Herausgabe der Aktien, falls diese noch nicht ausgefertigt sind, weil er gegen den Konkursverwalter keinen Anspruch auf Ausfertigung der Urkunden hat (RG 94, 64).

Begrifflich notwendig ist, daß **auf beiden Seiten selbständig für sich bestehende, fällige Forderungen** vorhanden sind, so daß der § 273 ausgeschlossen ist, wenn sich nur aus der Vergleichung der gegenseitigen Beziehungen, also einerseits dessen, was gewährt, und anderseits dessen, was empfangen ist, ergeben kann, ob ein Teil etwas und wieviel er vom andern zu verlangen hat. Das trifft z. B. zu, wenn nach Anfechtung eines erfüllten Vertrags Rückforderungsansprüche, sei es aus § 249, sei es aus §§ 812ff. erhoben werden (RG 54, 140). Vgl. hierüber § 142 A 1 Abs 4. Auch auf der Schuldnerseite muß eine wirkliche rechtsbeständige und klagbare Forderung bestehen und nicht etwa, nach der Eigenart des Schuldverhältnisses, nur ein besonderes Verweigerungs- oder Zurückbehaltungsrecht, wie im Falle des § 410 (RG 56, 303). Anderseits darf auch nicht die Gläubigerforderung nichtig sein, beispielsweise, weil sie auf eine objektiv unmögliche Forderung gerichtet ist; denn hier hätte § 273 keinen Platz (RG 68, 292; SeuffA 74 Nr 83). Ob die geschuldete Leistung zu Händen des Gläubigers oder in anderer Art zu bewirken ist, beispielsweise an einen Dritten behufs Enthaftung des Gläubigers, ist unwesentlich (RG 66, 101). Über die **Fälligkeit** vgl. § 198 A 2. Auch der Schuldneranspruch muß fällig sein, Erfordernis im Sinne des § 273 ist aber nicht, daß der zurückzubehaltende Anspruch bereits bestanden hatte oder schon fällig geworden war; vielmehr genügt es, wenn der Gegenanspruch erst mit der Erfüllung der geschuldeten Leistung dem Gegner gegenüber entsteht oder wenn er erst gemäß § 271 Abs 2 fällig wird (RG 82, 27; JW 06, 545[10]; 1911, 808[12]; 1912, 1060[2]). Auch daß die Gegenforderung bereits klar war, ist kein materielles Erfordernis für die Einrede; wohl aber muß die Gegenforderung, um die Klagabweisung zu erlangen, nachgewiesen werden (RG Warn 1914 Nr 39). — Wer die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt, hat kein Recht auf Zurückbehaltung der von ihm zu bewirkenden Gegenleistung (RG Warn 08 Nr 296).

Ein anderes, mithin der **Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts,** kann sich aus dem **Schuldverhältnisse** ergeben, z. B. aus der rechtsgeschäftlichen Vereinbarung, daß der Schuldner vorzuleisten hat (RG 16. 4. 04 V 423/03), oder aus der Bestimmung, daß die Leistung unverzüglich zu bewirken (beispielsweise eine Hypothek unverzüglich zur Löschung zu bringen) ist (RG JW 1911, 536[8]), aber auch aus besonderer Gesetzesbestimmung, so im Falle der §§ 175, 556, 1060; RVO § 1425; ferner § 19 Abs 2, 3 GmbHG. Mit der Natur des Schuldverhältnisses ist es unvereinbar, daß der Gesellschafter einer Gesellschaft m. b. H. die ihr geschuldete Einlage wegen eines ihr gemachten Darlehens zurückbehält (RG 83, 268). Siehe ferner den Fall § 426 A 4. Der Gläubiger, der die volle Leistung empfängt und annimmt, ist zur Erteilung der Quittung gemäß § 368 Satz 2, oder aber der Löschungsbewilligung nach § 1144 unbedingt verpflichtet, die Zurückbehaltung aus § 273 Abs 1 würde wider Treu und Glauben verstoßen (RG Warn 1911 Nr 392). Die Erlangung einer Sache durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung schließt das Zurückbehaltungsrecht nicht unbedingt aus (RG 72, 76; JW 09, 133[5]).

Die **Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts** besteht in Erhebung der Einrede der Verweigerung der geschuldeten Leistung, die auch stillschweigend erfolgen kann. Der § 273 verlangt aber jedenfalls, daß der Rechtsbehelf, weil er eine Einrede darstellt, dem Gegner gegenüber in irgendwie erkennbarer Weise geltend gemacht wird, während die Fest-

stellung von Amts wegen, daß der Partei ein Zurückbehaltungsrecht zustehe, unzulässig ist (RG 77, 438; JW 1911, 215[146] u. 536[8]). Das bloße Schweigen des Schuldners auf die Aufforderung des Gläubigers, zu leisten, und die Unterlassung der Leistung, selbst die ausdrückliche Verweigerung der Leistung ohne Hinweis auf Gegenansprüche, können als ausreichende Erklärung nicht gelten (RG 6. 6. 05 VII 501/04; 1. 3. 13 V 432/12), ebensowenig die Geltendmachung der Aufrechnung (vgl. oben Abs 1). — Das Zurückbehaltungsrecht kann dann nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Erfüllung des Gegenanspruchs unmöglich geworden ist; hat der Verpflichtete die nachträgliche Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung verschuldet, dann kann gegen seine Forderung der Berechtigte mit seiner wegen der Haftung des Verpflichteten entstandenen Schadensersatzforderung aufrechnen (RG JW 1919, 105[5]). Die Einrede der Zurückbehaltung ist natürlich auch verzichtbar und ein Verzicht würde notwendig schon darin liegen, daß der Verpflichtete die Annahme der ihm geschuldeten Leistung endgültig ablehnt (RG Warn 08 Nr 296).

2. Das Zurückbehaltungsrecht des Herausgabepflichtigen wegen **Verwendungen auf den Gegenstand** — Sache oder Recht — (§ 256 Satz 2, §§ 304, 601, 972, 1000), oder wegen eines **„durch" den Gegenstand** (§ 228 A 2) **verursachten Schadens** enthält einen besonderen Anwendungsfall, bei dem die Frage des Zusammenhangs (A 1) keine Rolle spielt, und auch der Ausnahmefall des Abs 1 keine Rolle spielt (RG Warn 1919 Nr 27). Der Absatz 2 ist nicht auf die Fälle des Abs 1 zu erstrecken (RG Warn 09 Nr 192). Der Grund der Herausgabepflicht ist unwesentlich. Soll jemand das Eigentumsrecht an einem Grundstücke (das er im Auftrage des andern zunächst auf eigenen Namen erworben hat) dem andern herausgeben und zu dem Ende in die Eigentumsberichtigung zugunsten des andern einwilligen, dann gelten die Verwendungen, die er auf das Grundstück gemacht hat, auch als solche auf das herauszugebende Recht selbst (RG Warn 1911 Nr 391). Denn unter Gegenstand im Sinne des Abs 2 ist auch ein herauszugebendes Recht zu verstehen (RG 62, 321), insbesondere das durch die anderseits begehrte Auflassung zu übertragende Eigentumsrecht (RG Warn 1912 Nr 417). Das Zurückbehaltungsrecht aus § 273 Abs 2 ist unbedingt ausgeschlossen, wenn der Schuldner den herauszugebenden Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat (RG 72 S. 66 u. 67).

3. **Abwendung des Zurückbehaltungsrechts.** Abs 3 verleiht dem Gläubiger gegenüber dem schuldnerischen Zurückbehaltungsrecht ein Gegenrecht. Die Sicherheitsleistung ist zu bewirken nach den §§ 232 ff. — Zu beachten ist, daß dem Gläubiger im Falle des § 320 ein solches Gegenrecht nicht zusteht.

4. Über das anders geartete Zurückbehaltungsrecht nach Handelsrecht vgl. §§ 369 ff. HGB. Über die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts im Konkurse des Gläubigers durch Verwalter vgl. § 127 KO.

§ 274

Gegenüber der Klage des Gläubigers hat die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts nur die Wirkung, daß der Schuldner zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen ist[1]).

Auf Grund einer solchen Verurteilung kann der Gläubiger seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen, wenn der Schuldner im Verzuge der Annahme ist[2]).

E I 234 II 231; M 2 43; P 1 312.

1. Die einredeweise erfolgende Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts hat prozessual (vgl. § 273 A 1) nicht die Abweisung des Klägers überhaupt, sondern nur so viel zur Folge, daß der **Schuldner zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist.** Demgemäß darf der Beklagte auch nicht die Abweisung der Klage beantragen; vielmehr hat er seinen Antrag dahin zu stellen, daß er zur Leistung nur Zug um Zug gegen Empfang der von ihm selbst begehrten Leistung verurteilt werde (RG Warn 1914 Nr 39). Gemäß § 274 ist selbst dann zu erkennen, wenn der Verpflichtete bei Erfüllung der ihm andrerseits geschuldeten Leistung seine Mitwirkung (durch Verweigerung der Annahme) versagt und dadurch nach §§ 293 ff. in Annahmeverzug gerät (RG SeuffA 59 Nr 196). Die Wirksamkeit des Verzugs zeigt sich gemäß Abs 2 erst bei der Zwangsvollstreckung (RG 51, 368). Vgl. A. 2. Die Art und Weise der Vollstreckung eines solchen Urteils regelt sich nach den §§ 726 Abs 2, 756, 765 ZPO. Der Berechtigte kann also den Anspruch selbst dann verfolgen, wenn er seinerseits nicht leistet (RG 84, 230). Auf die Ausübung des Zurückbehaltungsrechts findet § 529 Abs 3 ZPO (betreffend Geltendmachung der Aufrechnung im zweiten Rechtszuge) keine Anwendung (RG JW 1911, 751[5]). Die Regel des § 274 ist auch dann anwendbar, wenn der Gläubiger nur einen Teil seines Anspruchs geltend macht (RG 51, 368; JW 1912, 139[13]).

2. Falls sich der Schuldner hinsichtlich der ihm zu gewährenden Leistung im Annahmeverzuge befindet, darf der **Gläubiger die Zwangsvollstreckung so betreiben,** als wäre der Schuldner auf Leistung schlechthin, und nicht nur auf Leistung Zug um Zug verurteilt worden, ohne also die seinerseits geschuldete Leistung seinerseits zu bewirken (RG 84, 230). Der Gläubiger hat dem Gerichtsvollzieher den Verzug durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, wovon jedoch abgesehen werden kann, wenn der Annahmeverzug schon durch das Urteil festgestellt ist.

§ 275

Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei[1]), soweit[4]) die Leistung infolge eines nach der Entstehung[5]) des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat,[3]) unmöglich wird[2]).

Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen[6]) des Schuldners zur Leistung gleich[5])[6]).

E I 237 II 232, 235; M 2 14; P 1 314.

Die §§ 275—282 handeln von dem Einflusse der „nachträglichen Unmöglichkeit" auf Schuldverhältnisse überhaupt; die §§ 323—325 von ihrem Einflusse bei gegenseitigen Verträgen insbesondere; die §§ 306—309 von der „anfänglichen Unmöglichkeit" bei Verträgen allgemein.

1. Das **Freiwerden von der Verpflichtung zur Leistung** bedeutet nur, daß dem Schuldner jetzt nicht mehr die von ihm an sich geschuldete Leistung abverlangt werden kann, besagt dagegen nicht, daß die nachträgliche Unmöglichkeit das Schuldverhältnis überhaupt vernichtet, wie das gemäß § 306 bei der anfänglichen Unmöglichkeit der Fall ist. Das Schuldverhältnis bleibt vielmehr bestehen, nur daß es fortab seine Wirkung nach anderer Richtung, nämlich auf einen Schadensersatzanspruch, äußert (RG 54, 28), oder wenigstens zu äußern vermag. Für diese Anschauung spricht insbesondere zwingend die Bestimmung des § 281, nach welcher der Schuldner zu der dort vorgesehenen Ersatzleistung gegebenenfalls selbst dann verpflichtet ist, wenn er die nachträgliche Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Denn unter solchen Umständen kann als Verpflichtungsgrund schlechterdings nichts anderes gedacht werden als das ursprüngliche Schuldverhältnis. Aber auch wenn der Schuldner wegen Haftung für die nachträgliche Unmöglichkeit gemäß § 280 zum Schadensersatze verbunden ist, findet diese Forderung — ähnlich wie in den Fällen der §§ 325, 326 — ihre rechtliche Grundlage nur in dem Schuldverhältnisse, indem sich der Anspruch auf die geschuldete Leistung in eine Schadensersatzforderung umwandelt (RG 88, 77). Eine völlige und wirkliche Befreiung des Schuldners kann dagegen allein unter der Voraussetzung eintreten, daß aus tatsächlichen Gründen weder für den § 280 noch für den § 281 Raum ist, und der Schuldner also fortan nach keiner Richtung hin mehr etwas zu leisten hat. Möglich ist dann nur eine Haftung des Schuldners aus einer etwaigen Garantieleistung (RG Warn 1917 Nr 82). — Das Freiwerden des Schuldners im Sinne des § 275 vollzieht sich *ohne weiteres kraft Gesetzes*, nicht erst infolge erhobener Einrede. Die entgegengesetzte Ansicht wird durch den Gesetzeswortlaut widerlegt. Eine Klage, aus deren Vortrage schon sich die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung ergäbe, müßte mithin auch im Versäumnisverfahren abgewiesen werden. Grundsätzlich *darf indessen auf die Leistung solange geklagt werden, als die Unmöglichkeit bestritten und noch nicht festgestellt ist*, zumal dann, wenn bereits feststeht, daß der Schuldner die etwaige Unmöglichkeit zu vertreten hat (RG SeuffA 67 Nr 74). Der Schuldner kann in diesem Falle den Gläubiger nicht zum Nachweise seines Schadens zwingen und der Gläubiger gewinnt den Vorteil aus § 283 (RG 54, 28; Warn 1911 Nr 412; Gruch 53, 920). *Anders, wenn ohne weiteres bereits feststeht*, daß die bestehende Verpflichtung unmöglich erfüllt werden kann (RG 42, 116; 88, 78; JW 1919, 98[9]). In solchen Fällen ist nur eine Klage auf Schadensersatz statthaft. Zu beachten ist indes, daß der Gläubiger, der auf die geschuldete Leistung geklagt hat, gemäß § 268 ZPO stets in der Lage ist, seinen Antrag auf die Ersatzleistung zu richten, falls der Schuldner Unmöglichkeit der Leistung einwendet und der Kläger dem beipflichten will oder beipflichten muß. Auf diesem Wege käme der Gläubiger schneller zum Ziele, als wenn er an dem ursprünglichen Klagebegehren festhielte und sich dazu auf den Rechtsbehelf des § 283 verließe. Vgl. Planck § 280 A 2b.

2. **Unmöglichkeit** ist im Sinne des Gesetzes gegeben, wenn die Erfüllbarkeit der Leistung aus sachlichen Gründen ausgeschlossen ist. Das trifft zu, wenn die Leistung von niemand, den Schuldner selbst eingeschlossen, bewirkt werden kann (RG JW 1912, 72[10]). Gründe dafür können liegen in Ereignissen tatsächlicher Art, die den Leistungsgegenstand selbst betreffen — beispielsweise die Sache geht unter —, oder in Vorgängen rechtlicher Art (RG 57, 257; 68, 293), wie Erlaß eines Verbotgesetzes oder Außerverkehrsetzung der Sache, polizeiliches Ver-

bot, Versagung der Erlaubnis zu einem Wirtschaftsbetriebe in den zu solchen Zwecken gemieteten Räumen. Aus Rechtsgründen ist es auch unmöglich, jemand eine ihm bereits gehörige Forderung zu übertragen (RG JW 1913, 136[13]), oder ihm eine ihm schon gehörende Sache zu übereignen (RG Gruch 48, 880). Erwirbt der Käufer die ihm verkaufte Sache anderweit, so läßt sich der Kaufvertrag seitens des Verkäufers nicht mehr erfüllen. Dieses gilt selbst dann, wenn jemand ein (ihm noch nicht gehöriges) Grundstück einem andern verkauft und diesem daraufhin das nämliche Grundstück auf Grund eines zweiten Vertrags übereignet; der erste Vertrag ist alsdann unerfüllbar und der Verkäufer muß das vertreten, wenn er durch sein Verhalten den Käufer zum Abschlusse des zweiten Vertrags genötigt hat (RG JW 10, 805[15]). Falls es sich um die Herstellung eines Zustandes aus § 249, oder um Rückgewährung des grundlos Erlangten aus § 812 handelt, liegt Unmöglichkeit der Leistung insoweit nicht vor, als der erforderliche Zustand, wenigstens wirtschaftlich, wiederhergestellt werden kann. Vgl. § 249 Abs 1. Ist der Käufer zur Rückgabe des ihm veräußerten Grundstücks verpflichtet, dann steht, selbst wenn er das Grundstück inzwischen weiterveräußert hat, noch keine unmögliche Leistung und daher auch nicht die etwaige Verurteilung des Genannten zu einer unmöglichen Leistung in Frage; denn es besteht die Möglichkeit, daß er das Grundstück sich wieder verschafft (RG Warn 1918 Nr 158). Aber solange der Verkäufer nicht nachweist, daß der Wiedererwerb der Sache ihm möglich ist, ist mit der Unmöglichkeit dessen oder mit dem Unvermögen des Verkäufers zu rechnen (RG 54, 225; 52, 95; Warn 1912 Nr 11; JW 1911, 709[6]). Im allgemeinen läßt sich jedoch nicht sagen, daß die Leistung nicht mehr möglich ist, wenn der Verpflichtete über den Gegenstand der Leistung nicht mehr verfügen kann, da er sich das Verfügungsrecht wie jeder andere verschaffen kann (RG Warn 1919 Nr 194). A. A. Planck A 2a. — Die vertragliche Verpflichtung, einem Dritten bis zu einem bestimmten Zeitpunkte ein Kaufangebot zu machen, ist nach Ablauf des Zeitpunkts unerfüllbar geworden (RG 91, 229). Bloße Preissteigerung stellt niemals eine Unmöglichkeit dar (RG JW 1919, 496[1]). Besteht für eine vom Auslande zu beziehende Ware infolge Kriegs kein inländischer Markt mehr, so tritt Erfüllungsunmöglichkeit ein (RG JW 1919, 499[3]).

Der unbedingten Unmöglichkeit der Leistung ist auch der Fall gleichzusetzen, daß der Schuldner nur mit übermäßiger Kraftanstrengung, also nur unter **solchen Schwierigkeiten** oder nur unter so großen Aufwendungen zu erfüllen vermöchte, daß ihm die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann; denn über diese letzte Grenze hinaus geht die Leistungspflicht des Schuldners gemäß § 242 überhaupt nicht (RG 57, 118; 65, 34; 88, 74, wonach der Käufer allerdings nicht schlechthin frei wird, wenn der Marktpreis der Ware infolge unvorhergesehener Ereignisse, beispielsweise Kriegs, in außerordentlichem Maße gestiegen ist). Im Großhandel stellt auch eine außerordentliche Preissteigerung keine Unmöglichkeit der Leistung dar, der § 242 ist hier nicht anwendbar (RG 92, 323). Da jedoch kein Rechtsanspruch darauf besteht, daß der Verpflichtete Schleichwege geht, deren Notwendigkeit nicht voraussehbar war (§ 242), so stellt der nachträgliche Eintritt solcher Notwendigkeit eine Leistungsunmöglichkeit dar (RG 93, 184). Der Verkäufer wird von seiner Verpflichtung auch dann regelmäßig frei, wenn die Ware infolge eines Kriegs in Beschlag genommen wird, ihre Beschaffung aus zweiter Hand fraglich ist und von einem marktgängigen Preise nicht gesprochen werden kann (RG 88, 172; Warn 1918 Nr 61); oder wenn die Leistung infolge der veränderten Umstände (Krieg) nicht mehr eine sinngemäße Erfüllung des Vertrags bedeuten würde (RG 88, 74; 90, 102; 92, 87; 94, 47; JW 1916, 48[6]; Warn 1919 Nr 107). Es sind aber auch Ausnahmefälle möglich, in denen der Schuldner unter allen Umständen leisten muß, und ob ein solcher Fall vorliegt, ist Tatfrage (RG a. a. O.). Auf die nachträglich eingetretene Erschwerung kann sich der Verpflichtete insbesondere dann niemals berufen, wenn er mit ihrem Eintritte von vornherein hat rechnen müssen (RG Warn 1918 Nr 220; LZ. 1919, 1074[5]). Ist nur eine Maßnahme unmöglich geworden, die sich als eine bloße Nebenleistung darstellt (beispielsweise beim Kaufe einer bestimmten Versendungsart), dann wird der Verpflichtete nicht ohne weiteres frei, er muß sich vielmehr auch einer andern Leistungsart (etwa einer andern Versendungsart) unterziehen, soweit ihm das nach Treu und Glauben (§§ 242, 157) zugemutet werden kann (RG JW 1917, 356[4]). — Die Vereitelung einer Voraussetzung oder der Zweckbestimmung machen den Vertrag nur dann hinfällig, wenn die Voraussetzung oder der Zweck zum Vertragsinhalte gemacht worden sind (RG 62, 267; 66, 122; 70, 86; 88, 38). Vgl. § 119 A 2 Abs 3.

Anwendbar ist der § 275 bei allen Schuldverhältnissen (RG 62, 225, wonach er auch durch § 542 nicht ausgeschlossen wird). Dagegen ist für ihn kein Raum bei dinglichen, auf Beseitigung eines störenden Zustandes gerichteten Ansprüchen; hier muß vielmehr der gesetzmäßige Zustand, soweit das im Bereiche der physischen Möglichkeit liegt, unter allen Umständen hergestellt werden (RG 51, 411; 93, 105; Warn 1910 Nr 271). — Für die Regel des § 275 ist auch kein Platz, wenn die Befreiung des Schuldners im Falle des nachträglich eintretenden Eintritts eines die Unmöglichkeit herbeiführenden Ereignisses (wie Feuer, Streik

Mobilmachung, Krieg, Ausfuhrverbot usw.) ohnehin schon vertraglich vorgesehen ist (RG 87, 13; Warn 1918 Nr 68).

3. Nachträgliche Unmöglichkeit. Sie liegt vor, wenn die Leistung zwar bei Entstehung des Schuldverhältnisses (§ 198 A 2) möglich war, demnächst aber zu irgend einem späteren Zeitpunkte unmöglich geworden ist. Die Ansicht, daß für die nachträgliche Unmöglichkeit lediglich der Zustand zur Zeit der Fälligkeit der Forderung (oder etwa der Ladung, der Klageerhebung oder der Urteilsfällung) entscheidend sei, steht mit dem Gesetzeswortlaute insofern nicht im Einklang, als dieser nur schlechthin fordert, daß die Unmöglichkeit nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten ist, den Zeitpunkt des Eintritts aber in keiner Weise sonst noch näher einschränkt, und auch nichts darüber besagt, daß die einmal eingetretene Unmöglichkeit bis zur Leistungszeit auch fortgewährt haben müsse. Daraus ergäbe sich die Auffassung des Gesetzes, daß die einmal entstandene Unmöglichkeit die ihr beigelegte Wirkung grundsätzlich ein für allemal nach sich zieht. Darauf, ob die Unmöglichkeit bis zur Klageerhebung oder Urteilsfällung inzwischen wieder behoben worden ist (beispielsweise es wäre ein nach der Entstehung des Schuldverhältnisses ergangenes polizeiliches Verbot in der Zwischenzeit wieder aufgehoben worden), könnte es der Regel nach daher auch nicht ankommen. Die Heilbarkeit der Wirkungen der Unmöglichkeit sieht wohl der § 308 hinsichtlich der anfänglichen Unmöglichkeit vor, nicht aber auch der § 275. Eine Abweichung vom Grundsatze kann hier jedoch insoweit eintreten, als die Regeln von der zeitlich nur teilweisen Unmöglichkeit Platz greifen. Darüber das Nähere unten A 4. Stellt sich nämlich heraus, daß die nachträglich eingetretene Unmöglichkeit der Leistung bis zum Urteile wieder fortgefallen ist, sei es ohne Mitwirkung des Schuldners oder infolge seiner Veranstaltungen, dann ergibt sich daraus, daß es sich überhaupt nur um eine zeitweilige, aber nicht eine endgültige Unmöglichkeit gehandelt hat, und alsdann kann auch von einer Befreiung des Schuldners von der geschuldeten Leistung keine Rede sein (RG JW 05, 388[6]; 04, 169[11]; 07, 159[15]). Der Schuldner kann im übrigen nachträgliche Unmöglichkeit gemäß § 287 überhaupt nicht geltend machen, wenn sie erst nach seinem Verzuge eingetreten ist (RG Warn 1918 Nr 162).

Die Frage, ob der Schuldner die nachträgliche **Unmöglichkeit zu vertreten** hat, regelt sich nach den §§ 276—279, auf die zu verweisen ist. Bei Beurteilung der bezeichneten Frage sind im einzelnen Falle nicht ausschließlich diejenigen Umstände, welche die Unmöglichkeit unmittelbar herbeigeführt haben, sondern die gesamten Umstände des Falles, einschließlich also auch der nur mittelbar wirksam gewesenen Vorgänge zu berücksichtigen (RG 60, 163; 66, 347 u. 23. 9. 10 II 634/09). Danach hat der Schuldner auch sein nachträglich eingetretenes Unvermögen zur Leistung dann zu vertreten, wenn das Unvermögen unmittelbar zwar durch den Kläger selbst herbeigeführt ist, der Kläger anderseits aber zu seiner Handlungsweise durch ein vorheriges vertragswidriges Verhalten des Schuldners genötigt worden war (RG Warn 1910 Nr 323). Der Beklagte hatte hier seine Verpflichtung, dem Kläger das ihm verkaufte fremde Grundstück zu übereignen, nicht erfüllt, und der Kläger hatte es alsdann, weil er auf dem Grundstücke Gebäude errichtet hatte, von dessen Eigentümer selbst erworben. Vgl. A 2 Abs 1. Wird einem Vertragsteile die Erfüllung seiner Verpflichtung infolge späterer polizeilicher Anordnungen unmöglich, oder könnte er seiner Verpflichtung nur unter Verletzung polizeilicher Vorschriften nachkommen, so hat er diesen Umstand nicht zu vertreten (RG JW 1911, 94[15]). Jedenfalls aber doch dann, wenn er beim Vertragsschlusse wußte, daß das entsprechende Verbot ergehen werde, diese Tatsache indessen arglistig verschwieg! So ist auch in RG 93, 18 angenommen, daß, wer Waren unter Verhältnissen verkauft, unter denen er wußte, daß er sie nicht würde beschaffen können, sich auf Unmöglichkeit der Leistung nicht berufen kann, wenn die Waren demnächst nicht erhältlich sind. Er haftet dann also auf Schadensersatz. Desgleichen haftet der Schuldner, der an Lieferung von verkauften Gegenständen durch eine behördlich erfolgte Beschlagnahme (der Rohmaterialien) gehindert wird, trotzdem, wenn es seine Sache gewesen wäre, sich durch rechtzeitige Beschaffung der Stoffe zur Erfüllung instand zu setzen (RG 93, 18; 95, 264).

4. Die Wirkung der Unmöglichkeit reicht nur so weit wie die letztere selbst. Möglich ist also eine völlige Vereitelung der Leistungsmöglichkeit. Denkbar ist aber auch, daß **nur teilweise Unmöglichkeit** eintritt. Dabei ist Voraussetzung einer solchen, daß die teilweise Unmöglichkeit nicht zugleich die Unmöglichkeit der Leistung im ganzen zur Folge hat. Das trifft stets zu, wenn der Leistungsgegenstand an sich unteilbar ist, weiter aber auch in allen solchen Fällen, wo der Leistungszweck die volle Leistung verlangt. In allen Fällen mithin, in denen eine teilweise Leistung dem Leistungszwecke auch nicht einmal teilweise Genüge tun könnte, und die Teilleistung sonach nicht nur nach der Menge, sondern auch der Art nach etwas anderes vorstellen würde als die geschuldete Leistung, ist gegebenenfalls völlige Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen. Vgl. § 266 A 1. Falls A von B vier Ackerpferde kauft, wird das Geschäft, wenn nachträglich ein Pferd eingeht, regelmäßig noch teilweise erfüll-

bar bleiben; falls aber ein Viergespann den Kaufgegenstand bildet, wird entsprechend regelmäßig die entgegengesetzte Folge eintreten. Die Frage, ob eine teilweise Leistung auch die teilweise Erfüllung bedeuten könnte oder nicht, wird übrigens möglicherweise verschieden zu beantworten sein, je nachdem man von der einen Partei oder von der andern ausgeht. Dem Interesse des Verkäufers des Viergespanns wäre regelmäßig auch dann noch gedient, wenn der Vertrag hinsichtlich der übriggebliebenen Tiere erfüllt wird. Der vom Käufer verfolgte Zweck, gerade ein passendes Viergespann zu erhalten, wird dagegen durch das Eingehen des einen Pferdes völlig vereitelt. Bei Fällen teilweiser Unmöglichkeit muß daher, soweit der Leistungszweck die bestimmende Rolle spielt, jederzeit geprüft werden, wessen Interesse in Frage steht, ob das des Gläubigers oder des Schuldners oder das beider Teile. Ist mithin der Leistungszweck trotz nur teilweiser Unmöglichkeit für beide Teile völlig vereitelt, so tritt die Folge der gänzlichen Unmölgichkeit ein; ist dagegen nur das Interesse des Gläubigers berührt, dann wird kein Anlaß vorliegen, den Schuldner als befreit anzusehen, vielmehr wird es Sache des Gläubigers sein, zu entscheiden, ob er die dem Schuldner möglich gebliebene Teilleistung noch verlangen mag oder nicht, wäre auch der für ihn bestimmend gewesene Zweck nicht mehr erreichbar (**RG** JW 04, 169[11]; 07, 159[45]). Es wird nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts unter Umständen auch der **Gesichtspunkt des § 139** verwendbar sein, falls zu entscheiden ist, ob die Sache im Falle nur teilweiser Vereitelung der geschuldeten Leistung vom Standpunkte der Parteien aus jeweils so anzusehen ist, als wäre damit die Erfüllbarkeit im ganzen unmöglich geworden, oder ob die noch mögliche Leistung noch gefordert werden kann und anderseits angeboten werden darf und angenommen werden muß (vgl. § 139 A 1). Um Fälle nur teilweiser Unmöglichkeit handelt es sich gegebenenfalls auch, **wenn nur die zugesagten Eigenschaften nicht gewährt werden können,** und zwar um anfängliche Unmöglichkeit, wenn der Mangel bereits bei Abschluß des Vertrags vorhanden und nicht behebbar war (**RG** Gruch. 53, 938; JW 1912, 72[10]), um nachträgliche teilweise Unmöglichkeit aber, wenn ein solcher unbehebbarer Mangel erst nachträglich entstanden ist. Ob diese Anschauungsweise zu billigen ist (gegen sie Planck A IV 1c), hängt zumeist davon ab, ob man die Grundsätze von der Unmöglichkeit der Leistung bei nur qualitativer Unmöglichkeit überhaupt für anwendbar erachten will. Das ist aber, obwohl vielfach bestritten, zu bejahen. Vgl. auch § 306 A 2. Zu beachten bleibt allerdings immer, daß beim Verkaufe einer bestimmten Sache mit zugesagten Eigenschaften die Unmöglichkeit, diese Eigenschaften zu gewähren, je nach der ihnen beigelegten Bedeutung, einen so erheblichen Mangel darstellen kann, daß Leistungsunmöglichkeit überhaupt anzunehmen sein würde, falls nämlich der Vertragszweck mangels der Eigenschaften gänzlich vereitelt wäre. Anderseits freilich kann die vom Reichsgerichte vertretene Ansicht, daß das Fehlen zugesicherter Eigenschaften beim Kaufe einer bestimmten Sache die Erfüllbarkeit der Leistungspflicht stets ausschließe (**RG** 52, 355; 53, 92; 86, 92), nicht als zutreffend erachtet werden. Gemäß § 433 geht die vertragsmäßige Leistungspflicht nur auf Gewährung der bestimmten Sache, und in Ansehung der nicht gewährbaren Eigenschaften besteht lediglich eine Haftung aus § 459, nur daß, wie schon gesagt worden, die Eigenschaften gelegentlich eine so große Rolle spielen können, daß von ihrer Gewährbarkeit die Erreichbarkeit des Vertragszweckes überhaupt abhängt und aus solchem Grunde daher völlige Unmöglichkeit trotz nur teilweiser Unmöglichkeit anzunehmen sein könnte. Man denke an den Fall, daß Gegenstand des Kaufs ein Wohnhaus ist, dieses aber von solcher Baufälligkeit wäre, daß es polizeilich geschlossen wird; oder daran, daß dem zur Bebauung verkauften Grundstücke die zugesagte Eigenschaft der Bebaubarkeit fehlt. Daß auch schon die Unmöglichkeit, Nebenleistungen zu bewirken, möglicherweise eine Unmöglichkeit der Erfüllung begründet, nämlich wegen der der Nebenleistung beigelegten Bedeutung, ist anerkannt (**RG** 88, 37, wo es sich um die Unmöglichkeit der bestimmten Versendungsart handelte).

Teilweise Unmöglichkeit liegt ferner vor, wenn die Bewirkung der geschuldeten Leistung der **Zeit oder dem Orte nach unmöglich** geworden ist. Es kann nämlich sein, daß die Erfüllung zu bestimmter Zeit oder am bestimmten Orte für den einen Teil oder den andern von so wesentlicher Bedeutung ist, daß die Unmöglichkeit, die Zeitbestimmung oder die örtliche Bestimmung einzuhalten, die Erfüllbarkeit der geschuldeten Leistung überhaupt ausschließt, und daß demnach insbesondere die nur zeitweilige, in späterer Zeit an sich behebbare Unmöglichkeit der dauernden Unmöglichkeit gleichzustellen ist (**RG** 88, S. 73 u. 78; SeuffA 45 Nr 176; 54 Nr 81). Im allgemeinen kann man sagen, daß die einstweilige Unmöglichkeit der dauernden dann gleichzustellen ist, wenn die noch möglich gebliebene Leistung nicht mehr als eine dem Vertrage entsprechende gelten könnte (**RG** 90, 104; 94, 47 und die dort angeführten Urteile; JW 1919, 443[2]; 673[1]; Warn 1917 Nr 116; 1918 Nr 88 und 190). Es kann aber auch die nur zeitliche oder nur örtliche Unmöglichkeit unerheblich sein. Falls A eine Wohnung zum 1. April mietet, wird die zeitweilige Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Vermieter die Erfüllbarkeit der Leistung für den Gläubiger regelmäßig überhaupt ausschließen, selbst wenn anzunehmen wäre, daß sich der Vermieter zur Leistung nach gewisser Zeit instandsetzen könnte (**RG** 62, 225). Falls dagegen die Verpflichtung dahin

geht, an einem Grundstücke mit den darauf stehenden Gebäuden eine Hypothek zu bestellen, wird, falls die Gebäude abbrennen, die zeitweilige Unmöglichkeit der vollen Erfüllung nicht als ein den Geschäftszweck völlig vereitelnder Umstand gelten können, da der Schuldner gleichwertige Gebäude neu errichten muß und die Leistung in der Hauptsache sofort erfüllbar ist (RG JW 05, 388[6]). Die Unmöglichkeit stellt sich im Rechtssinne dann als eine dauernde dar, wenn infolge der notwendigen Verzögerung einer Lieferung der Leistungsinhalt ein anderer wird (RG 42, 115ff., unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses der schwankenden Konjunkturen); ferner dann, wenn die künftige Behebung des Hindernisses zwar nicht ausgeschlossen, indessen der Zeitpunkt einstweilen unübersehbar ist (RG 5, 279; 42, 115). Ausschlaggebend wird auch hier im Einzelfalle sein, ob die Zeitbestimmung zugunsten des Gläubigers oder des Schuldners getroffen worden ist (RG JW 02 Beil 229[92]). Vgl. auch § 151 A 1, betreffend die Herstellbarkeit des beschädigten Gegenstandes. — Die alsbaldige Wiederaufhebung einer behördlich erfolgten Beschlagnahme schließt die Annahme einer Unmöglichkeit der Leistung aus (RG Warn 1916 Nr 212). Sind Räume als Tanzlokale vermietet und wird die Abhaltung von Tanzlustbarkeiten für die Dauer des Kriegs untersagt, dann begründet diese nur zeitweilige Unmöglichkeit eine dauernde (RG 89, 205 unter Heranziehung des § 537). Anders, wenn der Pächter (Schankwirt) durch öffentliche Beschränkung des Bierumsatzes nur eine Einbuße an seinen Einnahmen erleidet, der Charakter der Pachtsache sich also nicht ändert (RG 90, 374). — Vereinbarungen, nach denen bei Eintritt bestimmter Ereignisse bis zu deren Beseitigung die Leistung verschoben werden soll, sollen regelmäßig den Schuldner begünstigen, sie schließen die Anwendbarkeit des Grundsatzes von der zeitweiligen Unmöglichkeit als einer dauernden nicht aus; sie können aber auch den Sinn haben, daß dieser Grundsatz nicht anwendbar, der Schuldner vielmehr zur Leistung unbedingt verpflichtet sein soll (RG 92, 87).

5. Abs 2 stellt das **nachträglich eintretende „Unvermögen" des Schuldners** der nachträglichen Unmöglichkeit gleich (während das anfängliche Unvermögen vom Gesetze weder als Befreiungsgrund noch gemäß § 306 als Nichtigkeitsgrund berücksichtigt wird). Demnach muß zutreffendenfalls dem Unvermögen auch die gleiche Wirkung beigemessen werden wie der Unmöglichkeit (RG 52, 95; 67, 235; 60, 162; JW 08, 712[7]). Zu verwerfen sind alle Versuche, im Falle des Unvermögens noch einen Anspruch auf die geschuldete Leistung aufrechtzuerhalten (vgl. über die verschiedenen Theorien Oertmann § 275 A 4). Unter **Unvermögen** ist eine subjektive Unmöglichkeit zu verstehen. Sie liegt vor, wenn die Leistung nicht überhaupt, sondern nur dem Schuldner nach seinen eigenen besonderen Verhältnissen nicht möglich ist, mag das Unvermögen durch äußere Umstände oder durch eigene Tätigkeit des Schuldners herbeigeführt worden sein. Bloßes Unvermögen zur Leistung, und zwar schon anfängliches liegt beispielsweise vor, wenn jemand eine fremde Sache, oder wenn eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau ihr zum eingebrachten Vermögen gehörendes Grundstück ohne Zustimmung des Mannes verkauft (RG 80, 249). Ob der Schuldner den Eintritt seines Unvermögens zu vertreten hat (A 1), richtet sich auch hier nach den Bestimmungen der §§ 276, 278, 279, 280. Vgl. auch § 280 A 1; vgl. dazu auch § 306 A 2. Daher ist beispielsweise der Verkäufer einer Sache gemäß § 275 Abs 2 selbst dann völlig befreit, wenn er sich zur Gewährung der Sache durch ihre Veräußerung wegen Annahmeverzugs des Gläubigers in statthafter Weise (§ 300) außerstande gesetzt hat (RG 60, 162), und der Erbe wird befreit, wenn er einen Nachlaßgegenstand, an dem einem andern ein Vorkaufsrecht vermacht war, in (nicht verschuldeter) Unkenntnis dessen einem Dritten veräußert (RG 67, 235). Der Hauptmieter wird zur Erfüllung seinem Untermieter gegenüber regelmäßig durch Beendigung seines eigenen Mietverhältnisses unvermögend (RG 65, 34). Hat sich der Verkäufer einer Sache zu deren Leistung durch ihren Verkauf (einstweilig) außerstand gesetzt, so muß Unvermögen zur Leistung so lange angenommen werden, als der Verkäufer nicht gehörig nachweist, daß er zur Erfüllung durch den ihm tatsächlich möglichen Wiedererwerb der Sache befähigt ist (RG 52, 95; Warn 1912 Nr 11; JW 1911, 709[6]). Die Verpflichtung zur Leistung umfaßt auch die Haftung für Leistungsfähigkeit; bei dauerndem, vom Schuldner zu vertretenden Unvermögen kann daher unmittelbar auf Schadensersatz geklagt werden (RG 69, 355). Nachträgliches Unvermögen liegt jedoch nicht schon vor, wenn die Leistung, zufolge eines nachträglichen Vorgangs nur unter größeren Schwierigkeiten, insbesondere unter erheblich vergrößerten Anschaffungskosten möglich ist. Die Erfüllbarkeit muß vielmehr mit so außergewöhnlichen Schwierigkeiten verbunden sein, daß diese nach der Auffassung des Verkehrs der Unmöglichkeit gleichzuachten sind (RG 57, 118; 65, 34). Nach diesem Grundsatze kann daher ein nur zeitweiliges Unvermögen die Verpflichtung des Schuldners überhaupt nicht beeinflussen, wenn er den eingetretenen Hinderungsgrund im vorangegebenen Sinne zu beseitigen vermag. — Steht die zu gewährende Sache im Miteigentume des Schuldners und eines Dritten, so liegt dieserhalb noch nicht Unvermögen vor, weil der Schuldner die Möglichkeit hat, die Sache gemäß § 753 zur Versteigerung zu bringen (RG 11, 380[18]). Nachträglich eintretende bloße Mittellosigkeit kann regelmäßig nicht Unvermögen be-

deuten (§ 279). Sie muß der Schuldner stets vertreten. Vgl. § 285 A 1 sowie § 279 A 1; RG 75, 335; JW 1912, 138[11].

6. Beweislast. Falls der Schuldner seine völlige Befreiung von der Schuld geltend machen will, hat er den Einwand der Unmöglichkeit der Leistung in allen seinen Voraussetzungen zu beweisen, mithin auch nach der Richtung, daß die Unmöglichkeit nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten sei, sowie gemäß § 282, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten habe (RG 63, 68). Erhebt der Gläubiger an Stelle der Erfüllung einen Anspruch nach Maßgabe der §§ 280, 281, dann hat er seinerseits die Voraussetzungen hierfür, mithin sowohl die Unmöglichkeit, sowie im Falle des § 280 die Haftung des Schuldners für sie zu beweisen (vgl. auch § 283). Gegebenenfalls hat daher der Gläubiger auch zu beweisen, daß der Verpflichtete die Einwirkung des die Unmöglichkeit verursachenden Umstandes (die polizeiliche Anordnung oder die Versagung der Erlaubnis) durch Erschöpfung des Instanzenzugs hätte abwenden können (RG JW 1911, 94[15]).

§ 276

[1]) Der Schuldner hat, sofern nicht ein anderes bestimmt ist[5]), Vorsatz[2]) und Fahrlässigkeit zu vertreten[4]). Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt[3]). Die Vorschriften der §§ 827, 828 finden Anwendung[4]).

Die Haftung wegen Vorsatzes kann dem Schuldner nicht im voraus erlassen werden[5])[6]).

E I 144 II 233; M 1 279; 2 27; P 1 287, 303.

1. Haftung für schuldhafte Pflichtverletzung. Der § 276 will nicht aussprechen, daß für jeden einem andern vorsätzlich oder fahrlässig verursachten Vermögensschaden grundsätzlich gehaftet werde, besagt also nicht, daß vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln stets eine Verpflichtung zum Schadensersatze begründet. Voraussetzung hierfür ist vielmehr noch, daß das Handeln auch ein rechtswidriges ist, und daß ein geschütztes Interesse verletzt wird (RG 51, 93; 57, 354; 60, 162). Eine Haftung kann im übrigen entweder durch die Handlungsweise schon ohne weiteres und unmittelbar begründet werden, oder sie entsteht erst deswegen, weil durch das Verhalten des Haftbaren eine bereits bestehende Pflicht verletzt ist. Dort handelt es sich um das Gebiet der unerlaubten Handlungen, hier um eine Haftung aus § 276. In Hinblick darauf aber, daß in beiden Fällen grundsätzlich (vgl. § 823) ein vertretbares, schuldhaftes Verhalten vorauszusetzen ist, ist es die erste Bestimmung des § 276, für Fälle beider Art die Schuldformen vorzusehen, indem er hierzu namentlich den Begriff der vertretbaren Fahrlässigkeit allgemein festlegt. Während alsdann jedoch die besonderen Regeln über die Haftung aus der unerlaubten Handlung erst weiterhin im 2. Buch 25. Titel gegeben werden, bietet der § 276 für die Haftung wegen Pflichtverletzung zugleich die eigentliche maßgebende Rechtsgrundlage, „in weiterer Auffassung der Bedeutung dieser Vorschrift" (RG Warn 09 Nr 262; RG 52, 19; 60, 162; 62, 120; 66, 289; Warn 08 Nr 610). Schon zur Begründung einer Haftung ohne Rücksicht auf die Verletzung einer bereits bestehenden Pflicht reicht dagegen der § 276 allein niemals aus. So kann wegen Verspätung einer Lieferung Schadensersatz grundsätzlich nur dann gefordert werden, wenn die Voraussetzungen des Verzugs (§ 284) gegeben sind, nicht schon auf Grund eines bloßen Verschuldens nach § 276 (RG Warn 08 Nr 130). Dabei ist jedoch dem Urteile JW 1912, 743[5] zuzustimmen, wenn es für das Gebiet des Vertragsrechts davon ausgeht, daß eine verletzbare Pflicht auch dann bereits gegeben sein kann, wenn jemand schon beim Vertragsabschlusse, wegen **culpa in contrahendo,** pflichtwidrig handelt, und zwar insofern, als er vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, den andern Teil (den Käufer) auf Umstände aufmerksam zu machen, von denen er sich sagen muß, daß sie zur Vereitelung des Vertragszwecks geeignet seien. Über eine derartige Offenbarungspflicht spricht sich das Gesetz selbst allerdings nirgends aus. Indessen der Gedanke des Urteils, daß die bezeichnete Pflicht insoweit schon als eine wirkliche Rechtspflicht besteht, als die Kundmachung nach den Anschauungen eines redlichen Verkehrs und nach Treu und Glauben zu erwarten war, entspricht zweifellos dem Geiste des Gesetzes, da dieses die Befolgung der Grundsätze von Treu und Glauben für den Verkehr überall als maßgebend erachtet (§§ 276 Abs 2, 157, 242). Überdies ergeben verschiedene Bestimmungen des Gesetzes, daß ihm der Gedanke auch der Haftung für culpa in contrahendo nicht fremd ist (§§ 122, 179, 307, 309, 463 Satz 2), und es ist dem Urteile RG 95, 58 darin zuzustimmen, daß der angenommene Grundsatz für den redlichen Verkehr nicht entbehrlich ist; auch läßt sich nicht einsehen, weshalb die Parteien minder beim Vertragsschlusse als nach ihm zur Bewährung der Sorgfalt verpflichtet sein sollten. Ablehnender standen bei dieser Frage die Urteile RG 88, 105 und JW 1916, 116[3] (des V. ZS), wonach für culpa in contrahendo nur unter ganz besonderen Umständen, nämlich dann gehaftet sein sollte, wenn zwischen den Vertragschließen-

den bereits ein Vertrauensverhältnis bestand. Aber allein aus einem derartigen Verhältnisse ergäbe sich immer noch nicht die erforderliche Rechtspflicht. Die Rechtsprechung hat sich inzwischen schon in überwiegendem Maße auf den Standpunkt gestellt, daß grundsätzlich für culpa in contrahendo gehaftet wird (RG 97, 327). Vgl. auch JW 1915, 240[3], wonach der Fiskus bei der Ausschreibung zu vergebender Arbeiten zur Aufklärung der Bewerber über für sie wesentliche Punkte verpflichtet ist; ferner JW 1915, 577[10] (und die dort angeführten Urteile), wonach der Bankier für einen bei Gelegenheit der Veräußerung von Wertpapieren durch seinen Angestellten erteilten falschen Rat haftet; weiter JW 1918, 613[3]. So hat auch derjenige, der für eine gewisse Dauer berechnete Verpflichtungen übernimmt, schon dafür einzustehen, daß er beim Vertragsschlusse mit der gehörigen Sorgfalt ermißt, ob er nach seinen Verhältnissen dauernd zur Erfüllung imstande sein werde (RG Warn 1912 Nr 418 unter Bezugnahme auf RG 65, 33; 75, 337). — Die Frage, worauf die Haftung gegebenenfalls geht, und wie sie sich zu regeln hat, ist regelmäßig nach dem allgemeinen Grundsatze des § 249 zu beantworten. Der Fall des § 463 ist ein Ausnahmefall und setzt überdies Arglist und nicht bloße Fahrlässigkeit voraus.

Einzelne Fälle der Haftung aus § 276: Bei der Abwicklung von Vertragsverhältnissen hat jeder Vertragsteil nach den Grundsätzen von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auch die Pflicht, dem ihm bekannten besonderen Interesse des andern Rechnung zu tragen und sein Verhalten so einzurichten, daß Schaden für den andern möglichst vermieden wird; bei fahrlässiger Verletzung dieser selbstverständlichen Pflicht entsteht die Haftung für den dadurch dem andern entstandenen Schaden (RG Warn 1910 Nr 247; hier hatte ein Verkäufer die ihm als Entgelt gegebene Zahlungsanweisung auf eine öffentliche Kasse nicht sorgfältig verwahrt und dadurch seinem Angestellten Gelegenheit gegeben, den Betrag mittels der Anweisung und einer gefälschten Quittung für sich zu erheben). Durch § 6 des Scheckgesetzes wird zwar die Prüfungspflicht der Bank erheblich gemildert, aber sie darf nicht ihre verkehrsmäßigen Pflichten auf Kosten der Kunden außer acht lassen; eine Vereinbarung, die ihr das erließe, würde sogar gegen die guten Sitten verstoßen (RG Warn 1914 Nr 40). Der wegen Einbruchsdiebstahls Versicherte hat alles zur Wiedererlangung der Sachen vorzunehmen, andernfalls kann in der Unterlassung eine vertragliche Pflichtverletzung gefunden werden (RG Warn 1913 Nr 270). Zu den Pflichten des Verkäufers einer bestimmten Ware gehört es regelmäßig nicht, die Ware auf ihre Tauglichkeit für den ihm bekannten Verwendungszweck des Käufers näher zu prüfen, die Prüfung ist vielmehr Sache des Käufers (RG JW 1910, 748[5]). Kann der Käufer nach vollzogener Wandlung seiner Vertragspflicht, die empfangene Sache unverändert zurückzugeben, nicht genügen, so besteht bis zur Erbringung des Gegenbeweises die Vermutung, daß er seine Vertragspflicht schuldhaft verletzt hat, und im Zweifel ist er daher dem Verkäufer gemäß § 276 zum Schadensersatz verpflichtet (RG 30. 9. 10 II 664/09). Die Verletzung des Gläubigerrechts durch den Schuldner kann nicht eine Haftung wegen unerlaubter Handlung (§§ 823ff.), sondern nur eine solche nach den allgemeinen oder aber nach den zutreffenden besonderen Bestimmungen über Schuldverhältnisse begründen (RG 57, 356; 59 S. 337, 357 u. JW 1912, 135[7]); wofern nicht gleichzeitig der Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegt; vgl. A 6 a. E. Der Inhaber eines Geschäfts haftet seinem Käufer gegenüber für die Sicherheit des Verkehrs nur vom Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung aus, da die Vertragspflichten des Verkäufers als solchen sich nur auf die Verpflichtungen aus § 433 beschränken (RG 74, 124).— Eine Klage aus § 276 kann neben der Vertragsklage (Wandelung bei der Werklieferung) zulässig sein (RG 93, 160; 95, 4).

Die **Beweislast** hinsichtlich des Verschuldens trifft den Kläger. Nach BGB ist nicht anzunehmen, daß beispielsweise der Verkäufer, der wegen mangelhafter Vertragserfüllung, insbesondere wegen vertragswidriger Lieferung von Waren auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird, seinerseits zu seiner Entlastung nachzuweisen habe, er sei ungeachtet gehöriger Sorgfalt nicht in der Lage gewesen, vertragsmäßig zu erfüllen; denn der Anspruch gründet sich wesentlich auf § 276, wonach das schuldhafte Handeln einen besonderen selbständigen Grund für ihn bildet, den der Kläger zu beweisen hat (RG 66, 289; JW 1912, 682[5]). Die Beweislast wird sich jedoch dann umkehren, wenn der Schaden durch fehlerhafte Vertragserfüllung verursacht ist und dabei das Vorhandensein des Mangels, der den Schaden bewirkt hat, an sich gegen geübte Sorgfalt so lange spricht, als nicht ihre Betätigung nachgewiesen ist (RG 65, 13, wo ein Schankwirt haftbar gemacht war, weil ein Gast infolge Herabfallens einer Leiste eine Beschädigung erlitten hatte; ferner JW 1912, 682[5]; hier war nach den Umständen des Falles nichts anderes denkbar, als daß der Käufer infolge der Unordnung im Geschäfte des Verkäufers anstatt des bestellten Sauerbrunnens eine andere schädliche Flüssigkeit erhalten und hierdurch Schaden erlitten hatte). Der Beweis eines besonderen Verschuldens ist überhaupt unnötig, wenn schon in der dem Schaden verursachenden Handlung selbst sich ein Mangel an Vorsicht offenbart (RG 12, 191; 23. 10. 15 V 203/15). Bei der Zuwiderhandlung gegen ein Schutzgesetz muß sich der Beweis des Verschuldens darauf richten,

daß der Täter vorsätzlich oder fahrlässig gegen das Gesetz verstoßen hat, der Beweis einer bewußten Zuwiderhandlung genügt daher; vgl. § 823 A 16.

2. Vorsatz. Das Gesetz gibt keine Begriffsbestimmung. Nach feststehender Praxis gehört zum Vorsatze nicht die Absicht auf Herbeiführung des (schädlichen) Erfolgs, also das Wünschen dieses Erfolgs; vielmehr genügt es, daß der Handelnde das Bewußtsein gehabt hat, der schädliche Erfolg werde eintreten, und daß er trotzdem die ihn verursachenden Bedingungen gesetzt hat (vgl. Vorbem 2, 3, 4 vor § 249). Denn in diesem Falle hat er den vorausgesehenen Erfolg jedenfalls gebilligt und somit gewollt, selbst wenn er ihn nicht bezweckt haben mag (RG 57, 241; 58, 214; 62, 139; 63, 148). Auch auf den Beweggrund für die Handlungsweise kommt es daher regelmäßig nicht an. Über dolus eventualis vgl. § 823 A 2; ferner RG 68, 432; 76, 319 u. JW 1911, 213[7]; 14, 678[7], wonach der Begriff auch hier der nämliche ist wie der strafrechtliche, nämlich Billigung des als möglich erkannten Erfolges (RGSt 33, 5). Das Bewußtsein von der bloßen Möglichkeit der Folgen reicht nur für Fahrlässigkeit aus (RG 62, 139).

3. Fahrlässigkeit ist nach dem Gesetze die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (RG 95, 17; JW 04 S. 356[7] u. 357[8] u. [9]; 06 S. 336[12] u. 351[11]). Sie setzt voraus, daß der Handelnde bei pflichtgemäßer Anwendung der erforderlichen Sorgfalt schädliche Folgen seines Tuns hätte voraussehen können, solche Sorgfalt aber nicht angewendet hat. Eben dafür muß er aufkommen. Beispielsweise: Der Empfänger von Schecks einer Bank unterläßt es, jene so aufzubewahren, daß sie nicht Unberufenen zugänglich sind (RG 81, 58). Ob Fahrlässigkeit vorliegt, ist im wesentlichen Tatfrage (RG 25. 4. 11 II 409/10, betreffend grobe Fahrlässigkeit). So haftet der Besitzer eines städtischen, dem Verkehr eröffneten Grundstücks dafür, daß in ihm nicht Einrichtungen getroffen sind, durch die dort verkehrende Personen gefährdet werden, gleichgültig ob besondere Schutzmaßregeln polizeilich angeordnet sind oder nicht (RG 24. 9. 03 VI 209/03; ferner RG JW 06, 681[2] über die an den Besitzer eines Kraftfahrzeugs zu stellenden erhöhten Anforderungen — „die Polizeivorschriften können ihm nur einen Anhalt geben“). Wo Gegenstände so aufgestellt sind, daß der Verkehr mit ihnen in Berührung kommt, ist ihr Eigentümer verpflichtet, dafür zu sorgen, daß durch ihre Beschaffenheit für Dritte kein Schaden entsteht (RG 89, 121). — Den Maßstab für den zur Verhütung eines Schadens anzuwendenden Grad von Umsicht und Sorgfalt geben die üblichen Anforderungen des Verkehrs. Auch danach begründet schon jede, auch nur geringe Fahrlässigkeit eine Haftbarkeit gemäß § 276 (RG 86, 151). Die Berücksichtigung der Anschauungen eines gewissen engeren Verkehrskreises ist nicht ausgeschlossen (RG 95, 17; Warn 09, 499); aber auf eine im Verkehr eingerissene Nachlässigkeit und Unsitte ist nicht Rücksicht zu nehmen (RG JW 04, 356[7]; 06, 351[11]; 19. 11. 07 II 245/07, betreffend Unsitte bei Taxen; Warn 09 Nr 499, betreffend die Sorgfalt eines Jägers; 08 Nr 497, 498, 292, betreffend die Sorgfalt eines Rechtsanwalts). Die Erfahrungen des Verkehrs dürfen als Grundlage für die Beurteilung der Gefährlichkeit eines Verfahrens benutzt werden. Vom einzelnen kann nicht verlangt werden, daß er einsichtiger und vorsichtiger ist, als dies den Erfahrungen eines gesunden und regelrechten Verkehrs und den Anschauungen der dem gleichen Verkehrskreise angehörigen Personen entspricht, wofern es sich nicht um eine Unsitte handelt (RG JW 04, 356[7]; Warn 1911 Nr 270). Zu verlangen ist auch nicht eine so hoch gespannte Sorgfalt, daß auch jede entfernte Möglichkeit in Betracht gezogen wird (RG Gruch 49, 614). Die Einsicht und Erfahrung gerade des Handelnden, der Grad seiner Unerfahrenheit kann niemals zu seinen Gunsten maßgebend sein; der Maßstab der erforderlichen Sorgfalt, d. h. derjenigen, die ein normaler, ordentlicher und gewissenhafter Mensch in dem betreffenden Verhältnisse des Verkehrs anzuwenden pflegt (RG Gruch 50, 931), ist vielmehr ein objektiver (RG 95, 17; 83, 75). Die Eigenart der Person ist nicht zu berücksichtigen, abgesehen von der Abmessung des Grades des mitwirkenden Verschuldens im Sinne des § 254 Abs 1 (RG 68, 422). Vgl. auch § 277. Doch kann anderseits die Feststellung nach dem objektiven Maßstabe nicht dazu führen, alle Menschen in allen Lebensjahren und Lebensverhältnissen einer gleichen Beurteilung zu unterwerfen. Die typische Verschiedenheit ganzer Gruppen von Menschen nach Alter, Bildung, Lebensstellung usw. führt vielmehr notwendig zu einer Unterscheidung des an die erforderliche Sorgfalt anzulegenden Maßstabs (RG Warn 1911 Nr 269), wenn auch nicht nach der Individualität des einzelnen, so doch mit Rücksicht auf seine Zugehörigkeit zu der besonderen Gruppe (RG 95, 17; JW 1912, 856[9]), teils also mildernd, teils verschärfend. Beispielsweise bei einem Jäger (JW 1911, 319[6]); bei einem Arzt (RG 78, S. 435, 4; JW 07, 505[2] 1912, 528[5] wonach ein Arzt im allgemeinen nicht verpflichtet ist, den Kranken über die etwa möglichen Folgen der Operation aufzuklären; ferner 1912, 857[11], betreffend Behandlung in einer Naturheilanstalt); bei einem Rechtsanwalte (JW 1911, 537[10]; Warn 1912 Nr 246 u. 371, wonach der Rechtsanwalt die Partei über die Aussichtslosigkeit der Sache wegen Verjährung zu belehren hat; RG JW 1919, 44[67], betreffend die Belehrungspflicht über eine unverhältnismäßig hohe Steigerung der Kosten; JW 1914, 72[3], wonach auch die subjektive Auffassung eines Rechtsanwalts zu berücksichtigen ist, der von Er-

greifung eines Rechtsmittels Abstand genommen hat; Warn 1916 Nr 247, wonach ein Rechtsanwalt als Rechtsbeistand eines im Zwangsversteigerungsverfahren ausgefallenen Gläubigers haftet, wenn er im Versteigerungstermine nicht selbst die erforderliche Berechnung aufgestellt, sondern sich auf die Angaben des Gläubigers verlassen hat; RG 87, 187; JW 1910, 298, wonach es grundsätzlich Sache des Rechtsanwalts nur ist, sich nach sorgfältiger Prüfung selbst die Rechtsanschauung zu bilden und dieser zu folgen, soweit nicht die allgemein anerkannte Theorie, oder die oberste Rechtsprechung eine sichere Richtschnur geben; JW 15, 1259[2], wonach ein Rechtsanwalt haftfrei ist, wenn er eine vom Reichsgerichte gebilligte, wenngleich sonst bekämpfte Rechtsansicht vertreten hat); bei einem Notar (RG 78, 243; 81 S. 125 u. 157, bei Prüfung der Personenidentität; 81, 130, bei Aufbewahrung des Dienstsiegels; 86, 102, falls der Notar seine auf unbeschriebenem Blatte vollzogene Unterschrift aus der Hand gibt; 85, 409; 93, 69; 95, 217, wonach ein Notar nicht auf Grund eines Dienstvertrags, sondern wegen Verletzung der Amtspflicht haftet, und daher auch einem Dritten haften kann, in dessen Interesse die Beurkundung zu erfolgen hatte; 95, 218; Warn 1915 Nr 234 u. 235, betreffend die Belehrungspflicht eines Notars); bei einem Gastwirt (JW 1910, 281[7, 8]; 1912, 530[7]; Warn 1913 Nr 195); Automobilführer (JW 1911, 979[11]; Warn 1914 Nr 259; RG 79 S. 316 u. 317); Automobilbesitzer (JW 09, 276[11]; 1914, 192; 1915, 90); Haftung des Versteigerungsrichters bei Versehen bei Festsetzung des geringsten Gebots, und zwar haftet er in erster Linie (RG JW 1914, 864[4]). An einen Gemeindevorsteher, der ein Nottestament aufgenommen hat, darf nicht der Maßstab wie an einen berufsmäßig ausgebildeten Beamten gestellt werden (RG Warn 1918 Nr 119). Haftung der Eisenbahnverwaltung für die Verkehrssicherheit auch in den Wartesälen (RG JW 1916, 737[2]). Über die Haftung des Vermieters (RG Warn 1916 Nr 133, 134, 228 u. 246); über die des Gerichtsvollziehers (RG 91, 179); über die des Vormundschaftsrichters (RG 96, 146). Eine Bank, die Auskunft erteilt unter dem Vorbehalte „ohne jede Verbindlichkeit", schließt damit die Haftung wegen Fahrlässigkeit aus, aber nicht die für eine arglistige Handlungsweise ihres Vertreters (RG JW 1917, 34[1]). Ein Bankier handelt nicht fahrlässig, wenn er bei der Auswahl der dem Kunden empfohlenen Wertpapiere die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns wahrt (RG Warn 1910 Nr 3). Der Grundbuchbeamte haftet wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung der Amtspflicht den Geschädigten überhaupt nicht, an seiner Statt haftet der Staat, und zwar schon wenn eine fahrlässige Verletzung vorliegt (§ 12 GBO); gemäß Art. 8 PrAG.GBO haftet aber der Grundbuchbeamte dem ersatzpflichtigen Staate im Falle vorsätzlicher oder grob fahrlässiger (§ 277 A 1) Verletzung der Amtspflicht. (Über andere Landesrechte s. das Grundbuchrecht von Fuchs und Arnheim unter § 12 GBO.) Über die Voraussetzungen der Fahrlässigkeit eines Grundbuchbeamten gelten gleichfalls die zuvor angegebenen Grundsätze. Zumeist wird die Fahrlässigkeit die Unkenntnis oder die Nichtbeachtung der gesetzlichen Bestimmungen oder die Verletzung der Auslegungsregeln betreffen (RG 57, 279; 59, 388; 60, 392). Auch schon die Nichtbeachtung der oberstrichterlichen Entscheidungen kann genügen (RG JW 06, 133). Fahrlässigkeit liegt nicht vor, wenn der Grundbuchrichter in zweifelhaften Fragen, die durch das oberste Gericht noch nicht entschieden sind, infolge übergroßer Sorgfalt zu große Anforderungen stellt (RG JW 06, 132); oder wenn er sich bei noch ungeklärten Fragen den Ansichten namhafter Rechtslehrer anschließt (RG 59, 381). Wegen Erteilung einer unrichtigen Auskunft haftet der Grundbuchrichter selbst dann, wenn er zu ihrer Erteilung nicht verpflichtet war (RG Warn 1914 Nr 81). Er handelt schuldhaft, wenn er zur Eintragung einer Hypothek einen nur zufällig bei den Akten befindlichen Hypothekenbrief benutzt (RG Warn 1917 Nr 277). — Über grobe Fahrlässigkeit vgl. § 277 A 1.

Verschulden setzt der Regel nach auch die allgemeine **Voraussehbarkeit eines Schadens** voraus. Aber der letztere Begriff schließt nicht in sich, daß der Täter schon eine genaue Vorstellung von der tatsächlichen Art des Schadens oder von dessen Umfange gewonnen hat oder hätte gewinnen können (RG JW 06, 740[9]; 09, 358[3]; Gruch 55, 1127). Es genügt, daß er voraussehen konnte, es könne irgendeine Gefahr entstehen (RG JW 06, 740[9]; 09, 358[3]; 15, 577[9]; Gruch 55, 1127). So haftet der Turnlehrer, der die Sicherheit der Geräte vor dem Gebrauche nicht prüft, für den durch ihre Unsicherheit verursachten Schaden (RG JW 08, 547[6]). Es genügt auch, daß der Täter nur die unmittelbaren Folgen seines Tuns vorauszusehen vermochte, ungeachtet dessen, daß er auch für die mittelbaren Folgen haftet (vgl. Vorbem 3 vor § 249). So haftet derjenige, der fahrlässig den Tod eines andern verursacht hat, auch für die daraus entstehenden vermögensrechtlichen Folgen, selbst wenn er den tödlichen Ausgang nicht hat voraussehen können; das Verschulden selbst braucht nur in Hinsicht auf die Handlung, nicht aber auch in Ansehung der entfernteren Schadenswirkungen vorhanden gewesen zu sein (RG 69, 344). Nach den Grundsätzen von der Fahrlässigkeit beurteilt es sich auch, ob ein **Irrtum** entschuldbar ist (RG JW 06, 711[6]), gleichviel ob es sich um einen Irrtum tatsächlicher oder rechtlicher Art handelt (RG 73, 337). Beide Fälle stehen grundsätzlich gleich (RG JW 07, 251[12]; 1912, 26[6]; Warn 1914 Nr 288; ferner RG JW 1911, 709[6], betreffend Irrtum über die Richtigkeit eines Vertrags wegen Formmangels). Auch der Rechts-

irrtum über den Inhalt oder die Tragweite einer Rechtsregel ist im Sinne des § 276 nur dann entschuldbar, wenn der Täter bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu der rechtsirrigen Auffassung gelangen konnte, seine beschädigende Handlung sei erlaubt (RG JW 07, 251[12]; 09, 432[40]). Als unentschuldbare Fahrlässigkeit ist es beispielsweise dem Täter zuzurechnen, wenn er die von ihm gelieferten Stoffe in ein fremdes Grundstück eingebaut hat und sie demnächst zum Schaden des Realberechtigten in dem Glauben beseitigt, seine Handlungsweise sei eine statthafte (RG 73, 333). Allerdings können die Anforderungen an die Sorgfalt beim Rechtsirrtum unter Umständen strengere sein (RG JW 07, 251[12]; Warn 1911 Nr 268). — Über solche Sonderfälle, in denen die Haftung gesetzlich gesteigert oder gemildert ist, vgl. A 5, ferner Vorbem 2 a. E. und 4 vor § 249, sowie § 277 und insbesondere § 287 (Haftung für Zufall).

4. Zurechenbarkeit. Hierfür ist subjektiv notwendige Voraussetzung auch die Zurechnungsfähigkeit des Täters (vgl. § 254 A 1). In Berücksichtigung dessen erklärt Abs 1 Satz 3 die hinsichtlich der unerlaubten Handlung gegebenen Bestimmungen der §§ 827 (Haftung für selbstverschuldete Unzurechnungsfähigkeit) und 828 (Haftung jugendlicher Personen und Taubstummer) auch hier für anwendbar. Die Haftpflicht wird nur verwirklicht durch Ersatz des verursachten Schadens (RG 52, 18; 53, 200; 68, 192). Bei einer Vertragsverletzung haftet der Schuldner an sich für alle Folgen der Vertragsverletzung, und es entfällt die Haftung nur dann, wenn der Schaden gegen den natürlichen Lauf der Dinge infolge Hinzutretens eines Ereignisses entstand, das mit der Vertragsverletzung nichts zu tun hatte, vielmehr den Schaden auch ohne die Vertragsverletzung hätte herbeiführen können (RG JW 1913, 546[12]). Über den erforderlichen (adäquaten) ursächlichen Zusammenhang, den Umfang der Haftung und die Vorteilsausgleichung vgl. Vorbem 3, 4, 5 vor § 249. — Die Frage, ob ein Rechtsanwalt wegen seines Verfahrens seinem Auftraggeber Schaden zugefügt hat und daher ersatzpflichtig ist, ist nicht darauf abzustellen, wie das Gericht bei richtigem Verfahren des Rechtsanwalts vermutlich entschieden haben würde, sondern darauf, wie es hätte erkennen müssen (RG JW 1917, 102[3]).

5. Ein anderes bestimmt das Gesetz selbst, indem es die Haftung verschärft (§ 287 bei Schuldnerverzug für „jede Fahrlässigkeit", § 701 gegenüber dem Gastwirt bis zur höheren Gewalt), oder mindert (so Haftung nur wegen Vorsatzes und grober Fahrlässigkeit nach §§ 300 bei Annahmeverzug, 521 bei Schenkung, 599 bei Leihe), oder endlich den Verpflichteten nur für diejenige Sorgfalt einstehen läßt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (§ 690 als Verwahrer, § 708 als Gesellschafter, §§ 1359, 1664, 1686, 2131). Nach § 7 KraftFahrG besteht die Haftung für jede nach den Umständen gebotene Sorgfalt (RG 86, 151). Nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit ist es aber auch gestattet, die Haftung des Schuldners durch Rechtsgeschäft zu steigern oder zu mindern oder auszuschließen (selbst bei unerlaubten Handlungen, RG Warn 1910 Nr 411), indes mit der in Abs. 2 gegebenen Grenze, daß die Haftung zwar auch für grobes Versehen (RG Gruch 46, 900), aber niemals für Vorsatz im voraus erlassen werden kann. Eine solche Abmachung ist nichtig (vgl. dazu § 139 über die Einwirkung nur teilweiser Nichtigkeit auf die Gültigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts). Der Erfahrung entspricht die Annahme, daß durch einen stillschweigenden Vertrag zwar die Haftung für eine Gefährdung des andern (§ 833) ausgeschlossen werden kann, daß aber der Ausschluß der Haftung für Verschulden nur durch besondere, die Willenseinigung ergebende Ausdrücke erfolgt (RG Gruch 55, 343).

6. Anwendungsgebiet. Trotz seiner unmittelbaren Beziehung zu § 275 ist § 276 nach übereinstimmender Ansicht von Wissenschaft und Rechtsprechung überall anwendbar, wo es sich um die Frage der Vertretung von Vorsatz oder Fahrlässigkeit innerhalb eines Schuldverhältnisses handelt, wie auch den beiden bezeichneten Schuldformen für sich eine allgemeine Bedeutung zukommt (vgl. A 1). Gleichgültig ist dabei, ob es sich um die Verletzung einer vertraglichen (RG JW 1910, 743[5]), oder einer gesetzlichen (RG JW 1912, 67[1], betreffend Haftung des Vormundes), bereits bestehenden Verpflichtung handelt (A 1). Die Begriffsbestimmung der Fahrlässigkeit nach § 276 ist auch außerhalb des Rechtsgebiets des BGB anwendbar (RG 65, 117). Bei Anwendung des § 276 ist es ferner gleichgültig, ob Unterlassungen oder **positive Handlungen** in Frage stehen. Demnach kann der Schuldner, der zwar geleistet aber fehlerhaft erfüllt hat, wegen des hieraus dem Gläubiger erwachsenen Schadens in Anspruch genommen werden (z. B. ein Badeanstaltsbesitzer wegen des dem Badegast zufolge der Undichtigkeit der Röhren entstandenen Schadens (RG 26. 5. 02 VI 78/02). Darüber, daß die Verpflichtung zum Schadensersatze unter Umständen auch schon ohne Verzug durch ein vorzeitiges vertragswidriges Verhalten (schon durch eine vor der Leistungszeit erklärte entschiedene Erfüllungsverweigerung) begründet werden kann, vgl. §§ 325 A 4 und 326 A 1 Abs 2. Die obigen Grundsätze gelten auch beim Gattungskaufe (RG Warn 1912 Nr 372). Der Zedent einer Briefhypothek, der dem Zessionar nicht den Hypothekenbrief ausgehändigt hat, ist, wenn die Hypothek im Zwangsversteigerungsverfahren ausgefallen ist und infolge des Zuschlags erloschen ist, dem Zessionar auf Schadensersatz haftbar (RG 63, 423). Ausgeschlossen ist jedoch gemäß § 463 ein Schadensersatzanspruch aus § 276 neben

Geltendmachung der Rechtsbehelfe aus der Gewährleistung beim Fehlen zugesagter Eigenschaften (RG 53, 200; Warn 1915 Nr 139). In Ansehung der gegenseitigen Verträge vgl. die Ausführungen unter § 325 A 4. Entsprechende Anwendung findet § 276 auch auf die Erfüllung von Verbindlichkeiten aus öffentlichrechtlichen Verhältnissen (RG 65, 117). — **Neben der Haftung aus einem Vertrage kann auch die aus unerlaubter Handlung** bestehen, falls nämlich das nämliche Verhalten sowohl den Tatbestand der Vertragsverletzung wie auch den der unerlaubten Handlung erfüllt (RG Warn 08 Nr 499; RG 85, 184, betreffend die Haftung eines Arztes für schuldhafte bei seinem Vertragsgegner begangene Kunstfehler; 85, 318, über die Haftung des Gastwirts wegen fehlerhafter Einrichtung der Gaststube; 88, 318, betreffend die Haftung der Eisenbahn aus dem Beförderungsvertrage und aus unerlaubter Handlung; 88, 433 und 90, 68, betreffend die Haftung des Vermieters wegen gefährdender Mängel der Mietsache). Niemals aber stellt die Verletzung eines Vertragsrechts durch den Schuldner schon an und für sich eine unerlaubte Handlung dar. Nur die schuldhafte Verletzung bereits bestehender Vertragsverpflichtungen zieht Schadensersatzpflicht nach sich; daher nicht auch die bloß fahrlässig verursachte Nichtigkeit eines Vertrags (RG Warn 09 Nr 285). Vgl. dazu aber A 1 a. E. und § 122.

Die Frage, ob festgestellte Handlungen unter den Begriff Vorsatz oder Fahrlässigkeit, gegebenenfalls grobe Fahrlässigkeit fallen, unterliegt der Nachprüfung durch das **Revisionsgericht** (RG 60, 34; JW 07, 45[4]; Gruch 48, 593).

§ 277

Wer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, ist von der Haftung wegen grober Fahrlässigkeit nicht befreit[1]).

E I 145 II 233; M 1 280; P 1 187, 304.

1. Der subjektive Maßstab der **Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten** führt in den gegebenen Fällen der §§ 690, 708, 1359, 1664, 2131 (aber nicht auch beim Auftrage oder der Verwaltung, RG JW 1913, 87[2]) zur Einschränkung der Haftung des Verpflichteten. Denn im Gegensatze zum allgemeinen Grundsatze soll hier „nur" die Veranlagung und das gewohnheitsmäßige Verhalten des Schuldners maßgebend sein. Dagegen darf dieser Grundsatz nicht zu einer Steigerung der Verantwortlichkeit und anderseits niemals zur Entlastung bei grober Fahrlässigkeit führen. Diese liegt vor (M 1, 280), wenn die im Verkehre erforderliche Sorgfalt in ungewöhnlich großem Maße verletzt, oder wenn nicht beachtet wird, was im gegebenen Falle jedem einleuchten mußte (RG JW 08, 412[16]; 09, 108[5]; 1911, 36[14]; 1915, 22[5]). Gesetzliche Merkmale fehlen. Beurteilung nur von Fall zu Fall möglich (RG JW 08, 412[16]; Warn 1913 Nr 197 u. 198 zu Art 8 PrAG. GBO). — Grobe Fahrlässigkeit wird vorausgesetzt für die Haftung auf Schadensersatz wegen eines Eingriffs in ein fremdes Patent gemäß § 35 PatG (vgl. RG 94, 273); ferner für die Haftung des Grundbuchrichters gegenüber dem preußischen Staate gemäß § 12 GBO und Art 8 PrAG.GBO. Vgl. auch § 460.

§ 278

[1]) **Der Schuldner hat ein Verschulden seines gesetzlichen Vertreters**[2]) **und der Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient**[3]), **in gleichem Umfange zu vertreten wie eigenes Verschulden**[4]). **Die Vorschrift des § 276 Abs 2 findet keine Anwendung**[5]) [6]) [7]).

E I 224 II 234; M 2 29.

1. **Haftung für fremdes Verschulden.** Ein Fall, in dem ohne eigenes Verschulden gehaftet wird (vgl. Vorbem 2 vor § 249 und § 254 A 1). Zugrunde liegt der Gedanke der Gefährdungshaftung. Braucht der Verpflichtete nicht in Person zu leisten, kann er sich dazu vielmehr eines anderen bedienen, so ist es doch recht und billig, daß er dem Berechtigten gegenüber die Gefahr trägt, die für diesen daraus entsteht, daß er nicht selbst, sondern durch einen andern leistet. — Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 278 ist einerseits ein Verschulden (§ 276) der Hilfsperson, anderseits, daß eigenes Verschulden des Haftbaren selbst nach keiner Richtung hin vorliegt, da andernfalls der Genannte für eigenes Verschulden haften würde. Die Anwendung des Gesetzes ist deshalb auch schon dann ausgeschlossen, wenn der Verpflichtete zur Erfüllung mittels einer Hilfsperson überhaupt nicht berechtigt gewesen war (§ 664 Satz 1), gleichwohl aber sich einer solchen bedient hat; ebenso dann, wenn er zur Leistung durch einen andern zwar befugt gewesen wäre (§ 664 Satz 2), indessen bei der Auswahl der Hilfsperson schuldhaft gehandelt hätte. Ersterenfalls hätte schon die Handlungsweise an sich, im zweiten Falle die Art und Weise der Rechtsaus-

übung eine vertretbare Pflichtverletzung bedeutet. Im Rahmen des § 278 kann sich der Verpflichtete im Gegensatze zu § 831 auch niemals mit der Behauptung entlasten, daß er bei der Auswahl des Erfüllungsgehilfen mit der erforderlichen Sorgfalt verfahren sei (RG 55, 337; JW 09, 105[2]). Vgl. weiter A 4.

2. Über den Kreis der **gesetzlichen Vertreter** vgl. § 105 A 5, auch unten A 4. Gesetzlicher Vertreter im Sinne des § 278 ist nur derjenige, dessen Vertreterstellung auf Gesetz oder organisatorischen Bestimmungen (Ortsstatut) beruht, nicht aber auch derjenige, der nur tatsächlich eine selbständige Stellung einnimmt. Vertreter ist daher gegebenenfalls nur der Baurat einer Stadt und nicht auch der ihm unterstellte, mit einer Bauausführung betraute Bauinspektor (RG 74, 23; ferner JW 1911, 939[1], wo anderseits die Anwendbarkeit des § 831 hinsichtlich der Haftung für den nur durch den Bauinspektor herbeigeführten Schaden anerkannt ist). Der Vormund haftet gemäß § 278 für dritte Personen nur insoweit, als er sich ihrer zur Erfüllung eigentlicher vormundschaftlicher Geschäfte bedient; soweit er sie dagegen nur zur Fortführung der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit des (entmündigten) Mündels bestellt hat, haftet er nur für die sorgfältige Auswahl und Überwachung (RG 76, 185; SeuffA 67 Nr 41). Der Konkursverwalter, der Zwangsverwalter, der Testamentsvollstrecker können als gesetzliche Vertreter nicht gelten, da sie überhaupt nicht als Vertreter anzusehen sind (Vorbem 2 vor § 164), vielmehr kraft eigenen Rechtes handeln. Man kann auch nicht sagen, daß sich der Schuldner oder der Erbe ihrer „bedient", da die Genannten auf die Handlungen des Verwalters oder des Testamentsvollstreckers überhaupt keinen Einfluß haben. Diese verpflichten den Schuldner oder den Erben überhaupt nicht persönlich; nur ihre Verfügungen über die zu verwaltende Masse sind unbedingt wirksam, und das hat seinen Grund allein in ihrem unbedingten Verfügungsrechte. Für eine Anwendung des § 278 ist hier daher offenbar überhaupt kein Raum. A. A. Planck A 2a. Ebensowenig im Rahmen des § 31. Hiernach beruht die Haftung des Vereins für den durch einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter auf der ausdrücklichen Vorschrift selbst, wobei davon auszugehen ist, daß der Vertreter des Vereins als sein Willensorgan handelt.

3. **Erfüllungsgehilfen.** Zu denjenigen Personen, deren sich der Schuldner **zur Erfüllung seiner Verpflichtung bedient** (den „Hilfspersonen" oder „Erfüllungsgehilfen"), gehört unterschiedslos jeder zu dem angegebenen Zwecke Verwendete, falls seine Tätigkeit überhaupt nur in irgendeiner Beziehung der Erfüllung gedient hat, mag der Gehilfe die gesamte Leistung allein bewirkt haben, oder mag außerdem auch der Verpflichtete selbst mit tätig geworden sein, mag der Gehilfe also auch nur bei den Vorbereitungshandlungen zugezogen worden sein (RG 55, 331). Daher haftet in solchem Umfange beispielsweise auch der Gastwirt, der Eisenbahnunternehmer für alle Bediensteten, sowie der Schauspielunternehmer für eine Fahrlässigkeit der Schauspieler, der Mieter für ein Verschulden seiner Angehörigen (vgl. RG JW 1913, 427[2]), sowie der Dienstboten, unter Umständen auch der Gastgeber für ein Verschulden des Gastes, sofern diesem der Gebrauch der Sache überlassen war; streitig (vgl. § 548 A 1); ferner der Rechtsanwalt für den zu seiner Vertretung bestellten Referendar (RG JW 1914, 77[3]); die Bank für ihre Angestellten (RG 84, 353). Für seinen Angestellten, der durch Fahrlässigkeit den Schadensfall herbeigeführt hat, haftet dagegen der Versicherte nach § 278 nicht, weil der mit einer Tätigkeit in bezug auf den versicherten Gegenstand betraute Angestellte nicht eine Verbindlichkeit des Versicherten dem Versicherer gegenüber erfüllt; gemäß § 160 VersVG haftet der Versicherte nur für die eigene Fahrlässigkeit (RG 83, 43). — Ob der Schuldner die Leistung auch selbst auszuführen imstande wäre, ist unerheblich (RG 64, 234, über die Haftung einer Stadtgemeinde für die in ihrer Krankenanstalt an einem Kranken vorgenommene ärztliche Operation; RG 83, 71, wo ein bürgerliches Vertragsverhältnis zwischen der Stadtgemeinde und dem in eine höhere Pflegeklasse des in das öffentliche Krankenhaus aufgenommenen Kranken angenommen ist; 91, 135, wonach die Aufnahme eines Kranken im Krankenhause einer Gemeinde durch den zur Aufnahme Berechtigten auch dann ein Vertragsverhältnis begründet wird, wenn die Aufnahme nur zur vorläufigen Gewährung von Unterkunft erfolgte und die Aufnahme nach der Art der Krankheit regelwidrig war; weiter RG JW 08, 448[11], betreffend die Haftung des Staates für einen Unfall bei einer Operation in der Tierärztlichen Hochschule). Der Staat, der auf einem öffentlichen Flusse eine Fähre betreibt, haftet für Verschulden des Fährmanns (RG 72, 52). Ob die Erfüllungshilfsperson in einem Vertragsverhältnisse zu dem Schuldner stand oder nicht, ist nach dem Gesetze gleichgültig. Vgl. über die Haftung für Erfüllungsgehilfen der Eisenbahn (RG 55, 336; 61, 59; 66, 405; JW 1910, 573[2]; Warn 1912 Nr 245, wo Haftung auch für das Verschulden der Bediensteten des andern Zuges angenommen worden, mit dem der Zusammenstoß erfolgt war); über die Haftung des Gastwirts (RG 58, 336; JW 1911, 360[6]); der Postverwaltung (RG 67, 184); des Lehrherrn (RG JW 09, 685[7]). Geeignet als Hilfsperson ist auch der gewillkürte rechtliche Vertreter; es ist möglich, daß es sich bei der Erfüllung gerade um die Vornahme einer rechtlichen Vertretung handelt (RG 55, 331). — Als Erfüllungsgehilfe des Beauftragten oder Be-

vollmächtigten ist der von ihm bestellte Ersatzmann (Substitut vgl. § 166 A 3 Abs 3) nicht anzusehen; gemäß § 664 Satz 2 haftet der Beauftragte, falls ihm die Substitution gestattet ist, nur für die Sorgfalt bei der Auswahl, und nach § 664 Satz 3 aus § 278 nur für einen Erfüllungsgehilfen, ein solcher ist aber nicht der Ersatzmann; war die Substitution dem Beauftragten nicht gestattet, dann haftet er im Falle der Zuwiderhandlung dem Auftraggeber aus diesem Grunde (RG 78, 311). A. A. Planck A. 2bγ; Oertmann A. 2aγ. Als Erfüllungsgehilfe des schuldnerischen Auftraggebers selbst muß auch der von seinem Beauftragten zulässigerweise bestellte Substitut angesehen werden, dagegen nicht auch der bloße Gehilfe des Beauftragten und ebensowenig der unstatthafterweise bestellte Substitut. — Zu den Erfüllungsgehilfen des Schuldners im Sinne des §278 gehören ferner nicht diejenigen Personen, die durch ihre Leistung nicht die Verpflichtung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber, sondern nur ihre eigene Verpflichtung gegenüber dem Schuldner erfüllen. Der Lieferant des Verkäufers ist daher nicht dessen Gehilfe im Sinne des § 278 (RG 12. 5. 08 II 548/07), und es kann somit der § 278 überhaupt nicht auf solche Fälle ausgedehnt werden, wo nicht der Gläubiger selbst, sondern ein anderer in bezug auf die Leistung des Dritten als der Forderungsberechtigte in Betracht kommt (RG Warn 1911 Nr 260). Der Verletzte haftet Dritten gegenüber demgemäß auch nicht aus § 278 für den ihn behandelnden Arzt (RG 72, 219), und derjenige, der auf einem Fahrzeuge Waren eingelagert hat, nicht für die auf dem Fahrzeuge angestellte Bedienungsmannschaft (RG 7. 12. 10 I 432/09). Der Eigner eines Schleppdampfers ist nicht Hilfsperson des Schiffers, der die Beförderung ausführt, weil er als selbständiger Unternehmer gelten muß (RG 91, 245). Auch der Zwischenspediteur ist kein Erfüllungsgehilfe, weil er als selbständiger Spediteur an die Stelle des Hauptspediteurs eintritt (RG 94, 101). — In Hinsicht auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gemäß § 232 Abs 2 ZPO ist zwar ein Versehen des Rechtsanwalts auch der Partei zuzurechnen, aber die Angestellten des Rechtsanwalts können nicht als seine Gehilfen in Betracht kommen (RG SeuffA 69 Nr 225). Anders, wenn der Rechtsanwalt eine ihm obliegende Handlung durch seinen Angestellten (Bureauvorsteher) ausführen läßt (RG 48, 59; 85, 228; Warn 1914 Nr 212). Der Notar haftet für seinen Bureauvorsteher, wenn infolge dessen Verschuldens eine Urkunde verspätet eingereicht ist (RG Warn 08 Nr 52). — Die Stadtgemeinde haftet nicht wegen Verletzungen, die innerhalb des kommunalen Schlachthauses zugefügt sind (RG Gruch 54, 904).

Als **Erfüllungshandlung** sind nicht nur solche Maßnahmen anzusehen, durch welche die eigentlich geschuldete Leistung (id quod debetur) bewirkt und die Schuld sonach zum Erlöschen gebracht werden soll; vielmehr auch solche Maßnahmen, die nur mittelbar zu einer gehörigen Leistung erforderlich sind (RG 66, 402); auch nur die Vornahme vorbereitender Handlungen (vgl. A 3 Abs 1) und gegebenenfalls auch Unterlassungen. Denn zur Erfüllung der Verbindlichkeit gehört alles, was (aus dem Vertrage) vom Vertragsschuldner überhaupt verlangt werden kann. Daß ein Verschulden der Hilfsperson gerade bei der unmittelbaren Erfüllungshandlung vorliegen müsse, fordert der § 278 nicht, und es tritt § 278 überall ein, wo der Schädiger dem Verletzten selbst gerecht werden muß und ihn nicht (wie beispielsweise bei der Haftung für Schmerzensgeld, vgl. A 4) auf die Haftungsgrundsätze für unerlaubte Handlungen verweisen kann (RG 6. 10. 10 VI 17/10). So haftet die Eisenbahnverwaltung für das Verschulden desjenigen Beamten, dessen sie sich zur Erhaltung der Verkehrssicherheit (der Zu- und Abgänge) bedient (RG 19. 9. 10 VI 434/09 und JW 1911, 450[18]). Der Gastwirt haftet, falls er in herkömmlicher Weise dem Gast zur Unterbringung und Wartung von Pferden den Hausknecht zur Verfügung stellt, auch für dessen Handlungen (RG JW 1910, 750[6]). Der Geschäftsinhaber haftet — angeblich — gemäß § 278, wenn sein Angestellter einem Kunden Waren vorlegt, hierbei fahrlässig umgeht, und der Kunde infolgedessen beschädigt wird (RG 78, 239). Jedoch bedenklich, da zwischen dem Geschäftsinhaber und dem Kauflustigen vor Abschluß des Kaufs eine Verbindlichkeit noch in keiner Weise besteht. So ist auch dann, wenn jemand, der ein fremdes Geschäft betreten hat, ohne bereits in Kaufverhandlungen eingetreten zu sein, durch herabfallende Gegenstände beschädigt wird, der § 278 nicht anwendbar; RG 74, 124; Warn 1912 Nr 410. In den Fällen der §§ 618 Abs 3 BGB; 62 Abs 3, 76 HGB, wonach der Dienstherr zur ordnungsmäßigen Unterhaltung der Arbeitsstätten usw. dem Angestellten gegenüber verpflichtet ist, greift dagegen der § 278 Platz (RG 77, 408).

Falls für jemand die Verpflichtung besteht, eine Sache nach gemachtem Gebrauche in unversehrtem Zustande zurückzugeben, umfaßt diese Verpflichtung auch die Pflicht, von der Sache nur einen statthaften Gebrauch zu machen, so daß mittelbar auch die Art des Gebrauchs, den der Verpflichtete von der Sache selbst macht oder durch andere machen läßt, die Erfüllung der Vertragspflicht betrifft — wichtig insbesondere für die Frage, inwieweit der Mieter für Handlungen der Hilfspersonen haftet (Oertmann A 3b). Der Mieter haftet demgemäß auch für die durch die Fahrlässigkeit eines Angestellten verursachte Beschädigung der Mietsache (RG 84, 222; JW 1914, 665[5]; 1915, 1428[2]); indes nur dann,

wenn das pflichtwidrige Verhalten des Angestellten in ursächlichem Zusammenhange mit der ihm aufgetragenen Arbeitsleistung steht, und daher nicht, wenn die Handlung des Angestellten (Dienstboten) außerhalb der ihm aufgetragenen Tätigkeit begangen wurde (RG 87, 276; hier hatte der Angestellte ein zum Anzünden einer Zigarre benutztes Streichhölzchen achtlos fortgeworfen). Zur Vertragserfüllung des Gastwirts oder Restaurateurs gehört es zwar nicht, die Zugangswege (RG 58, 333), wohl aber alle dem Gaste zum Gebrauche überlassenen Räume, mithin auch die Bedürfnisanstalt, in gefahrlosem Zustande zu erhalten (RG Gruch 49, 617); desgleichen des Inhabers eines Ballhauses, eines Theaterunternehmens, für genügende Sicherheit des Fahrstuhls, bzw. des Luftschachts und der Zugänge zu sorgen (RG JW 04 S. 383[4] u. 549[3]); und zur gehörigen Erfüllung des Transportvertrags eines Eisenbahnunternehmens, einen gefahrlosen Zustand des Beförderungsmittels (RG 61, 59), sowie des Bahnhofszugangs und des Bahnsteigs zu erhalten (RG 55, 335; Warn 08 Nr 194 u. 293). Aus dem Beförderungsvertrage haftet der Unternehmer einer Straßenbahn für das Verschulden nicht nur derjenigen Angestellten, die an der Beförderung unmittelbar beteiligt waren, sondern auch derjenigen, deren Verschulden bei der Kreuzung eines andern Zuges die Beschädigung des Fahrgastes herbeigeführt hat, weil der gesamte Betrieb als ein einheitlicher anzusehen ist (RG 19. 3. 12 VII 479/11; 83, 344). Die Postverwaltung haftet für den einem Fahrgast durch den Postkutscher verschuldeten Unfall (RG 67, 182). Zur vertragsmäßigen Erfüllung des Unternehmers eines Theaters (od. dgl.) gehört die gesamte Durchführung der Vorstellung (RG 58, 22).

Die Voraussetzung des Gesetzes ist nicht erfüllt, wenn sich die betreffende Hilfsperson **nur bei Gelegenheit** der Hilfeleistung vorsätzlich (oder fahrlässig) eine unerlaubte Handlung zum Schaden des Gläubigers hat zuschulden kommen lassen, denn die Handlung des Gehilfen muß mit der Erfüllung nicht nur äußerlich, sondern in einem inneren Zusammenhange stehen (RG 63, 344; JW 06, 460[16]; SeuffA 67 Nr. 75 zu § 831). Nicht ausgeschlossen aber ist die Anwendung des § 278, wenn die Hilfsperson bei Vornahme der Erfüllungshandlung fahrlässig die Beschädigung eines andern Gegenstandes herbeiführt; beispielsweise der vom Gehilfen fehlerhaft befestigte Kronleuchter fällt herab und zertrümmert dabei eine Vase; oder der mit Herstellung einer elektrischen Beleuchtung beauftragte Angestellte des Werkunternehmers verursacht durch Unvorsichtigkeit Brand (RG Warn 1911 Nr 168). Die Haftung des Schuldners für solche nur mittelbare Folgen des Verschuldens des Gehilfen entspricht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Haftung für mittelbar verursachten Schaden (vgl. Vorbem 3 vor § 249). Hätte dagegen der Gehilfe bei Anbringung des Kronleuchters diesen aus selbständiger Entschließung vorsätzlich beschädigt, so wäre dies Ergebnis für den Geschäftsherrn schlechterdings nicht voraussehbar gewesen und dürfte ihm daher auch nicht zugerechnet werden. — Die Anzeigepflicht eines Versicherten ist keine eigentliche Verbindlichkeit, deshalb braucht er für ein Verschulden des mit der Unfallanzeige Beauftragten nicht einzutreten (RG 62, 190). Auch für ein Verschulden desjenigen, den der Versicherte mit der Aufstellung des Schadensverzeichnisses beauftragt hat, haftet der Genannte (abgesehen von einer Haftung aus § 166) nur in dem besonderen Falle, daß er zur Aufstellung des Verzeichnisses verpflichtet war (RG 58, 349). Ist im Versicherungsvertrage bestimmt, daß der Anspruch auf die Versicherungssumme verwirkt wird, wenn sich der Versicherte bei der Schadensermittlung einer betrügerischen Angabe oder einer solchen Verschweigung schuldig macht, so haftet der Versicherte auch für das betrügerische Verhalten des von ihm für die Verhandlung über den Schaden bestellten Vertreters (RG Warn 1914 Nr 109).

Welcher Art die Verbindlichkeit ist, ob rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher, ist unwesentlich, solange es sich um eine privatrechtliche Verpflichtung handelt. Jedenfalls aber muß es sich um eine bereits bestehende Schuldverbindlichkeit handeln, so daß der Fall des § 278 noch nicht gegeben ist, wenn etwa erst aus der Zuwiderhandlung gegen Gebots- oder Verbotsgesetze eine schuldrechtliche Verbindlichkeit entsteht (RG Warn 1916 Nr 283, wo die Frage verneint ist, ob der von seinem Vormunde vertretene Hausbesitzer haftbar ist, wenn der Vormund der Verpflichtung aus § 836 nicht nachkam). Da der Frachtführer dem Frachtgutsempfänger gegenüber zwar nicht vertraglich, wohl aber gesetzlich verpflichtet ist (§ 435 HGB und § 66 EisenbVerkO), so haftet er aus diesem Grunde auch für diejenigen Personen, deren er sich zur Erfüllung der gesetzlichen Ablieferungspflicht bedient (RG 73, 148; Warn 1911 Nr 203). Auch der Vormund haftet gegebenenfalls seinen Mündeln aus § 278 (RG 76, 185); ferner der Dienstherr wegen Erfüllung der gesetzlichen Verpflichtungen aus § 618 BGB (RG 77, 408). Niemals aber darf es sich um eine bloße „Verrichtung" im Sinne des § 831 handeln, in welchem Falle sogar eine entsprechende Anwendung des § 278 ausgeschlossen ist (RG 77, 211; 79, 319), und es darf die Haftung auch nicht erst durch eine unerlaubte Handlung des Gehilfen begründet sein (RG 62, 246; 75, 258), in welchem Falle der § 836 Platz greift (RG 79, 319); wie der § 278 auch dann nicht anwendbar ist, wenn der Vertreter sich schon bei Eingehung eines Vertrags einer arglistigen Täuschung des Geschäftsgegners schuldig gemacht hat (RG 61, 213; SeuffA 69 Nr 197). Bestand freilich

zwischen den Beteiligten bereits ein Vertragsverhältnis und gehörte zu dessen Erfüllung die Vornahme von Verhandlungen und ein Vertragsabschluß, dann ist derjenige, dessen sich die eine Partei dazu bedient, als Erfüllungsgehilfe anzusprechen (RG JW 1915 240[3]; Warn 1917 Nr 11). — Die Verletzung der Pflicht des Kaufmanns (RG 74, 125), sowie die des Werkmeisters (RG JW 1910, 468[6]), für die Sicherheit der seine Räume betretenden Kunden zu sorgen, ist aus § 823 zu beurteilen, und der § 278 ist hier daher unanwendbar. Ob der Geschäftsinhaber wegen der Handlungsweise seines Angestellten haftbar zu machen ist, regelt sich nach § 831, so daß dem Geschäftsinhaber auch der hier vorgesehene Entlastungsbeweis freisteht (RG JW 1913, 23[10]). — Ob die Verbindlichkeit, um deren Erfüllung es sich handelt, ein Tun oder eine Unterlassung zum Gegenstande hat, ist gleichgültig. Der Geschäftsherr haftet daher auch für die Vornahme der Handlung seiner Angestellten, falls er zur Unterlassung verpflichtet war (RG 63 S. 116 u. 341). Nur muß deutlich hervortreten, daß sowohl eine Gehilfenschaft vorliegt, wie auch, daß sich der Geschäftsherr des Gehilfen zu der Unterlassung bedient hat (RG 79, 37, beispielsweise, um seiner Verpflichtung zuwiderzuhandeln, aus einem Bezirke keine Milch zu beziehen). — Darüber, ob schon beim Vertragsabschlusse eine Verpflichtung zur Kundgabe wesentlicher Umstände besteht, vgl. § 276 A 1 Abs 2. In diesem Umfange ist auch der § 278 anwendbar (RG SeuffA 71 Nr 33). Vgl. auch § 276 A 6 a. E. Da für den Pfandgläubiger überhaupt keine Verpflichtung zur Erhaltung der Pfandsache besteht, so ist der § 278 nicht anwendbar, wenn dem Gerichtsvollzieher hier ein Versehen zur Last fällt (RG JW 1913, 102).

Ob § 278 auch bei öffentlichrechtlichen Verbindlichkeiten Platz greift, ist zweifelhaft. In RG 65, 113 wurde angenommen, daß die Berufsgenossenschaft dem Reichspostfiskus gegenüber die öffentlichrechtliche Pflicht zur gehörigen Aufbewahrung derjenigen Formulare habe, durch welche die Post zur vorschußweisen Auszahlung der Entschädigungen gemäß § 87 GewUVG angewiesen werde, und daß sie daher unter entsprechender Anwendung der Vorschriften des BGB hafte, wenn infolge der Verletzung jener Pflicht ein Angestellter in die Lage gekommen sei, von den Anweisungsformularen für sich Gebrauch zu machen. In RG 59, 197 anderseits ist ausgeführt, daß, wenn eine nach dem InvVG in einem Krankenhause der Versicherungsanstalt untergebrachte Person infolge des Versehens eines Angestellten einen Schaden erleide, der § 278 der Versicherungsanstalt gegenüber nicht anwendbar sei, und zwar deswegen nicht, weil „sich die Verpflegung des Geschädigten nur als eine öffentlichrechtliche Leistung, nicht aber als die Erfüllung einer Schuldverbindlichkeit im Sinne des BGB darstelle." In RG 74, 163 (vgl. auch Warn 1915, 916[4]) ist die Haftung eines Knappschaftsvereins, der den Kranken in einem Krankenhause untergebracht hat, für die Fehler des Arztes und des Personals deswegen verneint worden, weil der Verein seiner Fürsorgepflicht schon durch die Unterbringung des Kranken in der Anstalt genügt habe und seine Haftung nicht weiter zu erstrecken sei, zumal sonst der Verein seine Zwecke überhaupt nicht gehörig würde erfüllen können, und weil die Unterbringung des Kranken an sich überhaupt nicht in Erledigung einer derartigen Pflicht, sondern auf Grund einer Befugnis des Vereins erfolgt sei. RG 2. 12. 11 V 612/10 versagte die Anwendbarkeit des § 278 in einem Falle, wo die Polizei die Benutzung einer öffentlichen Straße zu Bauzwecken bewilligt hatte, weil daraus keine schuldrechtliche Verbindlichkeit begründet worden sei. **Grundsätzlich dürfte danach das Richtige sein:** Bei rein öffentlichrechtlichen Verpflichtungen greift der § 278, da dieser Verbindlichkeiten im Sinne eines Schuldverhältnisses des 2. Buchs im Auge hat, nicht Platz. Das Gegenteil kann aber dann zutreffen, wenn zugleich ein derart bestimmtes vertragsähnliches Verhältnis in Frage steht, daß aus diesem Grunde die entsprechende Anwendung der von Schuldverhältnissen handelnden Grundsätze statthaft ist, wie insbesondere zutrifft, wenn eine öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Aufbewahrung von übergebenen Sachen besteht, die inhaltlich den Pflichten aus einem schuldrechtlichen Verwahrungsvertrage entspricht. Daher würde es auch richtig sein, den § 278 überall da Platz greifen zu lassen, wo einer Behörde (namentlich den Gerichten) Urkunden anvertraut werden. Vgl. RG 51, 219. Ein vertragsähnliches die Anwendung des § 278 rechtfertigendes Verhältnis besteht auch zwischen dem Staate und dem Beamten, dem die Benutzung bestimmter Vorrichtungen oder Gerätschaften zugewiesen ist (RG Warn 1915 Nr 76). Vgl. ferner RG 79, 104, wo es sich darum handelte, ob der Fiskus als Betriebsunternehmer des Kaiser-Wilhelm-Kanals dem die Durchfahrt nehmenden Schiffer für ein Verschulden des Lotsen (abgesehen von § 831, RG 74, 250) auch gemäß § 278 haftet. Auch auf die Verpflichtungen, die sich aus Schutzgesetzen ergeben (§ 909 BGB; § 367 Nr 14 StGB), ist der § 278 nicht anwendbar (RG 2. 12. 11 V 612/10; JW 1911, 403[16]). Es greifen hier vielmehr die §§ 823 ff. Platz, wonach der Geschäftsherr gemäß § 831 seiner Verpflichtung in der Regel durch die Bestellung tüchtiger Vertreter genügt (RG 21. 3. 06 V 145/05; 15. 2. 11 V 220/10). In RG Gruch 1912, 912 hat dementsprechend der 3. ZS allgemein angenommen, daß der öffentlichrechtliche Charakter einer Schuldverbindlichkeit die Anwendung des § 278

dann nicht ausschließe, wenn eine konkrete, bestehende Verbindlichkeit gegeben sei, daß dagegen eine nur der Allgemeinheit gegenüber bestehende „Schuldverbindlichkeit“ (die der Gemeinde, für die Sicherheit der Straßen Sorge zu tragen) nicht genüge, weil unter diesen Umständen erst die unerlaubte Handlung eine Grundlage für eine Verpflichtung einer bestimmten Person gegenüber ergebe. Durch die Zulassung eines Schiffes zur Fahrt durch den Nordostseekanal entstehen nur öffentlichrechtliche Beziehungen, und der § 278 ist hier daher unanwendbar (RG 81, 316).

Über die Beziehung des § 278 **zum § 254** (mitwirkendes Verschulden des Geschädigten betreffend) vgl. § 254 A 1 a. E. und A 3.

4. Der Umfang der Vertretung des Schuldners für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters oder der Hilfsperson entspricht dem der Haftung für eigenes Verschulden bei Erfüllung der Verpflichtung (RG Warn 08 Nr 293; 1910 Nr 434). Da eine Haftung für Schmerzensgeld nur auf Grund einer unerlaubten Handlung (§§ 813, 831) entsteht, so umfaßt eine Verantwortlichkeit aus § 278 nicht auch die Haftung für Schmerzensgeld (RG JW 1911, 360[6]). Der Schuldner haftet mithin genau so weit, als es im Falle eigenen schuldhaften Verhaltens zuträfe (vgl. §§ 275, 280, 286, 287 Satz 2; vgl. RG Warn 08 Nr 293). Auch hier ist nur derjenige Grad von Verschulden zu vertreten, für den der Schuldner selbst aufzukommen hätte; zu seinen Gunsten greift daher auch § 277 Platz (RG 65, 20). Die Haftung verwirklicht sich in der Verpflichtung zum Schadensersatze (vgl. § 276 A 4af), und gehaftet wird hier ebenfalls auch für positive Vertragsverletzungen (RG 65, 19; JW 07, 99[1]; 1911, 360[6]). Der Gehilfe haftet aus dem Vertrage dem Geschädigten überhaupt nicht (RG 67, 182), wohl aber möglicherweise neben dem Vertretenen aus außervertraglichem Verschulden (RG Gruch 48, 282).

5. Abweichend von § 276 Abs 2 kann dem Schuldner die Haftung selbst wegen Vorsatzes seines gesetzlichen Vertreters sowie des Erfüllungsgehilfen **im voraus erlassen werden.**

6. Beweislast. Der Kläger genügt seiner Beweispflicht hinsichtlich des Verschuldens der Hilfsperson, wenn jenes aus dem nachgewiesenen Sachverhalte nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge hervorgeht; Sache des andern ist es alsdann, die besonderen entlastenden Umstände nachzuweisen (RG 15. 6. 08 VI 337/07 und Warn 08 Nr 194).

7. Sonderbestimmungen enthalten die §§ 31, 86, 89 Abs 1 hinsichtlich der Haftung juristischer Personen für ihre Vertreter. — Landesgesetzlicher Vorbehalt hinsichtlich der Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für das Verschulden ihrer Beamten nach EG Art 77 und der Haftung der Beamten für die von ihnen angenommenen Stellvertreter und Gehilfen nach Art 78.

§ 279

Ist der geschuldete Gegenstand nur der Gattung nach bestimmt, so hat der Schuldner, solange die Leistung aus der Gattung möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt[1]).

E I 237 II 235; M 2 45; P 1 314

1. Vertretung des Unvermögens bei einer Gattungsschuld. Über diesen Begriff vgl. § 243 A 1; über den Begriff „Unvermögen“ § 275 A 5. Von Anfang an vorhandenes Unvermögen dient hier dem Schuldner niemals als Befreiungsgrund (§ 306 A 2). Nachträglich eintretendes Unvermögen, wovon allein der § 279 handelt, befreit den Schuldner nur dann, wenn die Leistung aus der Gattung überhaupt nicht mehr möglich ist. Dieses trifft aber im Sinne des § 279 nicht nur im Falle des Untergangs der ganzen Gattung, sondern auch schon dann zu, wenn die Beschaffung von Gegenständen der fraglichen Gattung eine so schwierige geworden ist, daß sie billigerweise (§ 242) niemandem zugemutet werden kann (RG 57, 116; 88, 73); oder wenn es bei einer Fixschuld auch nur unmöglich ist, die an sich vorhandene Gattungssache rechtzeitig an den Bestimmungsort zu schaffen (RG SeuffA 57 Nr 236). Liegt dagegen weder das eine noch das andere vor, dann wird der Schuldner von der Leistungspflicht selbst dann nicht entbunden, wenn er sein Unvermögen zur Leistung nicht verschuldet hat (§ 275 A 5). Wird ihm beispielsweise die Herstellung der zu liefernden Gattungsgegenstände infolge eines von ihm nicht verschuldeten Streiks seiner Arbeiter unmöglich, dann ist er verpflichtet, solche Gegenstände, solange das überhaupt möglich, anderweit zu beschaffen, oder aber den Gläubiger in Geld zu entschädigen. Der § 279 enthält somit eine grundsätzliche Abweichung von der Regel des § 275 (A 5 das.). Ist Inhalt des Schuldversprechens, dem Gläubiger eine bestimmte Sache zu verschaffen und sie zu diesem Zwecke anzuschaffen, dann bleibt der Schuldner dazu verpflichtet, auch wenn er wegen eintretender Mittellosigkeit ohne Verschulden zur Leistung

unvermögend geworden ist. Denn der § 279 findet nicht nur bei Gattungsschulden, sondern überall Anwendung, wo es sich um Aufwendung von Geldmitteln zu einem bestimmten Zwecke handelt (RG Warn 1916 Nr 278). Nur findet auch der § 279 seine Grenze in § 242. Der Verkäufer wird sonach frei, wenn sich die Ware mit Mitteln, mit denen der Verkehr rechnet, nicht anschaffen läßt (RG JW 1917, 764[3]); oder wenn nachträglich die Verschaffungsmöglichkeit infolge von Umständen, die gar nicht voraussehbar waren (Kriegsausbruch), ganz außerordentlich erschwert wird (RG 88, 172; hier war der Anschaffungspreis ganz außerordentlich gestiegen). Obige Einschränkungen des § 279 gelten jedoch nicht im Großhandel bei Gattungssachen mit Marktpreisen (RG 92, 322; 95, 43). — Ein Schuldner, der die zur Ermöglichung einer Leistung erforderlichen Geldmittel nicht zur Verfügung hat, kann sich auch nicht darauf berufen, daß er ohne sein Verschulden unvermögend geworden ist, weil er sein Unvermögen so lange vertreten muß, als die Leistung aus der Gattung möglich bleibt (RG 75, 325; JW 1911, 361[9]; 1912, 138[12]; Warn 1919 Nr 194). Der Schuldner haftet daher auch für die Verzugsfolgen (§ 286), wenn er wegen Mittellosigkeit in den Verzug gerät. Wegen positiver Vertragsverletzung kann der Schuldner jedoch auch beim Gattungskaufe nur bei Nachweis eines Verschuldens haftbar gemacht werden (RG Warn 1912 Nr 372; vgl. auch § 276 A 6). Der § 279 kann im übrigen überhaupt keine Anwendung finden, wenn der Schudner zu behaupten vermag, daß er durch widerrechtliche Maßnahmen des Gläubigers (etwa Arreste) unvermögend geworden sei, denn hier stützt sich der Schuldner auf das Verschulden des Gläubigers als die Ursache des Unvermögens (RG 97, 10; Warn 1919 Nr 161). — Über den Einfluß nachträglicher objektiver Unmöglichkeit bei Gattungsschulden vgl. § 243 A 1, über ihre Voraussetzungen § 275 A 3 u. 2. Über den Einfluß der Umwandlung der Gattungsschuld in eine Speziesschuld gemäß § 243 Abs 2 vgl. das. A 4.

§ 280

Soweit die Leistung infolge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich wird, hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen[1]).

Im Falle teilweiser Unmöglichkeit kann der Gläubiger unter Ablehnung des noch möglichen Teiles der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat[2]). Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung[3]).

E I 240, 242 II 236; M 2 49; P 1 317.

1. Der für die nachträgliche Unmöglichkeit (§ 275 A 3) gemäß §§ 276—279, 286 vertretungspflichtige Schuldner ist **zum Schadensersatze verpflichtet**, soweit die Wirkung der Unmöglichkeit reicht (§ 275 A 4). Diese Bestimmung erstreckt sich auch auf die Haftung wegen Unvermögens (Prot 1, 321). Darüber, daß der Anspruch auch in diesem Falle grundsätzlich nur noch auf Schadensersatz gehen kann, vgl. § 275 A 1 a. E. Aber es kann auf die geschuldete Leistung so lange geklagt werden, als nicht bereits feststeht, daß die Leistung unmöglich geworden sei (RG 54, 33; 88, 77; JW 1911, 807[10]). — Der Anspruch des Gläubigers umfaßt den gesamten Schaden, der ihm durch die vereitelte und ausbleibende Erfüllung entsteht (vgl. dazu die Vorbem 3 vor § 249). Er kann also verlangen, vermögensrechtlich so gestellt zu werden, wie er im Falle der Erfüllung gestanden hätte, während der Vertrauensschaden (das negative Interesse) hier nicht in Betracht kommt. Bei gegenseitigen Verträgen regelt sich der Schadensersatz nach den Grundsätzen der Differenztheorie im Sinne der §§ 325, 326; vgl. § 325 A 1 (RG 96, 20). Der Grundsatz von der Naturalherstellung im Sinne von § 249 Satz 1 ist hier insoweit unverwendbar, als die Herstellung des der Erfüllung entsprechenden Zustandes auf diese Weise doch wieder zur Erfüllung führen würde (vgl. § 249 A 1 Abs 3 und RG 61, 353); oder es müßte durch Geltendmachung des Anspruchs aus § 249 gerade der Erfolg herbeigeführt werden, der ohne das vom Schuldner zu vertretende, die Unmöglichkeit verursachende Ereignis eingetreten wäre (RG JW 1918, 217[4]).

2. Sonderregelung des **Falles teilweiser Unmöglichkeit** unter der Voraussetzung, daß eine Teilerfüllung überhaupt möglich und auch noch möglich ist (vgl. A 4 bei § 275 und A 1 bei § 266). Der Gläubiger ist an sich zur Annahme der noch möglich gebliebenen Leistung verpflichtet, und anderseits Schadensersatz zu fordern nur so weit berechtigt, als die Unmöglichkeit reicht (A 1). Es ist ihm jedoch die besondere Befugnis verliehen, auch die Annahme der an sich möglichen Teilleistung aus dem Grunde mangelnden Interesses an ihr abzulehnen und Schadensersatz in dem Umfange zu verlangen, als wäre die ganze

Forderung unerfüllbar geworden. Die Voraussetzung des mangelnden Interesses ist nach den tatsächlichen Umständen, insbesondere mit Rücksicht auf den Leistungszweck zu beurteilen. Das bloße Belieben des Gläubigers ist dagegen nicht entscheidend. Soweit der Gläubiger durch schon erfolgte Annahme einer Teilleistung in diesem Umfange bereits befriedigt worden wäre, könnte er sich nachträglich auf die Bestimmung des Satz 1 nicht mehr berufen, falls er sich gegen diese Folge nicht durch einen bei Annahme der Teilleistung erklärten Vorbehalt geschützt hätte. Indessen gemäß Abs 2 Satz 1 ist er zutreffendenfalls doch noch nachträglich auch zur Rückgabe der bereits empfangenen Teilleistung und daraufhin zur Geltendmachung des gesamten Interesses an der Nichterfüllung berechtigt. Bei gegenseitigen Verträgen greifen die §§ 325, 326 Platz. Die Befugnis des Gläubigers wird von ihm durch einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die bindend ist, ausgeübt (§§ 130—132).

3. In entsprechender Anwendung der Vorschriften für das vertragsmäßige **Rücktrittsrecht** haben sich beide Teile das bereits Empfangene zurückzugewähren, wie wenn der Rücktritt erfolgt wäre (§ 286 A 3). Das Nähere bei §§ 346ff.

§ 281

Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen[1]).

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Abs 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs[2]).

E I 138 II 237; M 2 46; P 1 317, 683.

1. **Anspruch des Gläubigers auf Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung** des Ersatzanspruchs, den der Schuldner für denjenigen geschuldeten Gegenstand erlangt hat, dessen Leistung nachträglich unmöglich geworden ist. Dieser Anspruch auf die Ersatzleistung besteht ohne Rücksicht darauf, ob der Schuldner die nachträgliche Unmöglichkeit zu vertreten hat oder nicht, lediglich auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses (§ 275 A 1), also selbst dann, wenn der Gläubiger die nachträgliche Unmöglichkeit verschuldet und zu vertreten hat; denn der Ersatz tritt an die Stelle der unmöglich gewordenen Leistung (RG Warn 1918 Nr 160). Voraussetzung ist aber, daß der Schuldner den Ersatz oder den Ersatzanspruch infolge des nämlichen Umstandes erlangt hat, durch den die Unmöglichkeit herbeigeführt worden ist (beispielsweise Ersatzanspruch gegen einen Dritten, der die geschuldete Sache zerstört hat). Oder der Anspruch auf eine Versicherungssumme (RG 89, 38). Oder es wird der Verkäufer durch obrigkeitliche Anordnung genötigt, die dem Käufer geschuldete Sache an einen Dritten zu verkaufen, und er erzielt dabei einen Mehrerlös, auf diesen hat der erste Käufer dann Anspruch (RG 91, 260). Die Voraussetzung wäre dagegen nicht erfüllt, wenn etwa ein Bankier die bei ihm hinterlegten Gelder veruntreut und erst durch deren Verwendung einen Erwerb gemacht hätte, weil dieser Erwerb erst infolge der Verwendung der Gelder eingetreten wäre. Daher auch dann nicht, wenn der Verkäufer sich durch freiwilliges Handeln zur Leistung infolge anderweiten Verkaufs der Sache außerstand gesetzt hätte (RG 91, 263). Da ein bestimmter Gegenstand nur bei einer Speziesschuld, dagegen nicht auch bei einer Gattungsschuld (vor der Konkretisierung gemäß § 243; RG Warn 1918 Nr 160) geschuldet sein kann, so ist **die Anwendbarkeit des § 281** auf Schuldverhältnisse der ersteren Art beschränkt (RG 88, 288), zu denen übrigens auch die „beschränkten Gattungsschulden" (RG JW 1917, 968[5]; Gruch 61, 626) gehören, da in solchen Fällen (beispielsweise beim Verkaufe der „gesamten eigenen Erzeugnisse") im Grunde nur eine Speziesschuld vorliegt (RG 93, 143; 95, 23, wonach der 2. ZS seine anderweite, in RG 92, 260 vertretene Ansicht ausdrücklich aufgegeben hat). — Derjenige Gegenstand, für den der Schuldner Ersatz erhält, muß auch der geschuldete sein; das träfe beispielsweise nicht zu, wenn sich der Schuldner zur Herstellung einer Sache verpflichtet hätte, und ihm der Rohstoff, den er hierzu zu verwenden hatte, ihm gegen Entgelt enteignet wäre; oder wenn sämtliche zur Gattung gehörigen Sachen mit Beschlag genommen wären und der Schuldner alsdann aus den beschlagnahmten Sachen andere Gegenstände hergestellt und für diese ein Entgelt erhalten hätte (RG 92, 372). Zur Anwendbarkeit des § 281 gehört es weiter, daß die unmöglich gewordene Leistung auch noch geschuldet geblieben war, und daher ist für die Regel kein Raum, wenn etwa die Leistungspflicht wegen Ausfalls einer Bedingung fortgefallen

war, mag auch der Verpflichtete dieserhalb sonst einen Vorteil erlangt haben (RG 15. 11. 13 V 249/13). — Auch da, wo sachenrechtliche Fragen hineinspielen, führt die Anwendung des § 281 nur zu dem Ergebnisse, daß der Berechtigte eine schuldrechtliche Forderung auf Abtretung des Ersatzanspruchs (beispielsweise des Entschädigungsanspruchs für eine enteignete Sache) erhält; dagegen tritt nicht eine Surrogation der Art ein, daß der Berechtigte den Entschädigungsanspruch ohne weiteres erwürbe (RG 94, 20; JW 1919, 186[7]).

2. Hat der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten und haftet er demgemäß dem Gläubiger nach § 280 auf **Schadensersatz wegen Nichterfüllung**, so würde der Gläubiger, wenn er außer dem Schadensersatz ungeschmälert auch die Herausgabe der Ersatzleistung (A 1) verlangen dürfte, eine ungerechtfertigte Bereicherung erfahren. Daher die Bestimmung des Abs 2, daß der Gläubiger, falls er von den beiden Ansprüchen — auf Herausgabe und auf Schadensersatz — Gebrauch macht, von dem Betrage der Schadensersatzforderung den Wert des bereits erlangten Ersatzes oder des Ersatzanspruchs abzurechnen hat. Insoweit mindert sich der Schadensersatzbetrag von selbst (mithin kein Fall der Aufrechnung), ähnlich wie bei der Vorteilsausgleichung (RG 74, 199). Vgl. Vorbem 5 vor § 249.

§ 282

Ist streitig, ob die Unmöglichkeit der Leistung die Folge eines von dem Schuldner zu vertretenden Umstandes ist, so trifft die Beweislast den Schuldner[1]**.**

E I 239 II 238; M 2 47; P 1 317.

1. **Beweislast.** Vgl. die Ausführung § 275 A 6, ferner § 283 A 1. Die Vorschrift des § 282 sieht grundsätzlich die Beweispflicht des Schuldners vor, der behufs seiner Befreiung die Unmöglichkeit der Leistung geltend macht; doch will sie ihm keinen zwingenden Beweis zumuten und verlangt daher auch nicht einen unbedingten Nachweis gerade des Umstandes, der die unverschuldete Unmöglichkeit herbeigeführt haben soll. Der Beweis des Unverschuldens wird vielmehr oftmals schon dann als erbracht anzusehen sein, wenn der Schuldner nur wahrscheinlich macht, wie die Unmöglichkeit eingetreten sein könne, sofern dieser Annahme entgegenstehende Umstände nicht bekannt sind (M 2 S. 47, 48). So genügt auch ein Beamter, der wegen Abhandenkommens einer in seiner Verwahrung befindlichen Sache in Anspruch genommen wird, seiner Entlastungspflicht regelmäßig schon durch den Nachweis, daß der Schaden auf die eine oder die andere Weise ohne sein Verschulden entstanden sein könne, es sei denn, daß seine Unzuverlässigkeit im allgemeinen dargetan wäre (RG 74, 342). Ein Vermieter, dem der des Besitzes entsetzte Mieter für den Mietsausfall haftet, ist unter Anwendung des § 282 dafür beweispflichtig, daß er die Mietsache infolge nicht zu vertretender Umstände nicht hat anderweit vermieten können (RG JW 1911, 400[7]). Die Bestimmung gilt auch dann, wenn es sich darum handelt, ob der Schuldner vollständig erfüllt hat, oder ob ihm die vollständige Erfüllung unmöglich war (RG SeuffA 58 Nr 160, betreffend nachträgliche Verschlechterung der Kaufsache). Vgl. RG JW 08, 478[8]. Auch der Kassenbeamte haftet für den Bestand der Kasse, wofern er nicht nachweist, daß ein nachgewiesener Fehlbetrag von ihm nicht verschuldet sei (RG JW 08, 411[14]). Verschieden von der Frage des § 282, ob der Schuldner den Umstand, der die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, vertreten muß, ist die Frage nach dem ursächlichen Zusammenhange zwischen der Handlung des Schuldners und dem Eintritte des Schadens, dieser **Beweis** liegt im Falle des § 280 dem Gläubiger ob.

§ 283

[1]) **Ist der Schuldner rechtskräftig verurteilt, so kann der Gläubiger ihm zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne**[2]**). Nach dem Ablaufe der Frist kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen**[3]**), soweit nicht die Leistung rechtzeitig bewirkt wird; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Die Verpflichtung zum Schadensersatze tritt nicht ein, wenn die Leistung infolge eines Umstandes unmöglich wird, den der Schuldner nicht zu vertreten hat**[1]**).**

Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist nur teilweise nicht bewirkt, so steht dem Gläubiger auch das im § 280 Abs 2 bestimmte Recht zu[4]**)**[5]**).**

E I 234 II 239; M 2 53; P 1 321.

1. Anspruch auf Schadensersatz im Falle nur zu unterstellender Unmöglichkeit. Ist der Schuldner auch bereits *rechtskräftig zur Leistung verurteilt worden*, so kann der Gläubiger grundsätzlich doch noch von dem Leistungsanspruche auf den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung übergehen, wenn er nämlich nachzuweisen vermag, daß die Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden ist (§§ 280, 286). Er braucht es nicht erst auf den Versuch zur Durchführung des Erfüllungsanspruchs im Vollstreckungsverfahren ankommen zu lassen (RG Warn 1912 Nr 375). Ob die Unmöglichkeit vor der Verurteilung des Schuldners oder nach diesem Zeitpunkte eintrat, ist hier grundsätzlich gleichgültig. Aus einem vor der Verurteilung vorgefallenen Ereignisse kann überdies der verurteilte Schuldner den Einwand der nachträglichen Unmöglichkeit gemäß dem prozessualen Grundsatze des § 767 ZPO überhaupt nicht mehr entnehmen. Der § 283 stellt nun noch folgende Grundsätze auf:

a) Er gibt — worin seine hauptsächliche Bedeutung liegt — dem Gläubiger, der bereits ein **rechtskräftiges Leistungsurteil** erlangt hat, in der **Fristsetzung** noch ein Mittel an die Hand, von dem Leistungsanspruche auf den Schadensersatzanspruch auch ganz ohne Rücksicht darauf überzugehen, ob die Leistung wirklich unmöglich geworden ist oder ob sie noch möglich ist. Leistet nämlich der Schuldner nach seiner rechtskräftigen Verurteilung innerhalb der ihm gesetzten, angemessenen Frist nicht, so braucht der Gläubiger es überhaupt nicht mehr auf die Vollstreckbarkeit des Urteils ankommen zu lassen; vielmehr ist die Sache alsdann ohne weiteres so anzusehen und zu behandeln, *als wäre die Leistung nachträglich tatsächlich unmöglich geworden*. Gemäß § 767 Abs 1 ZPO kann somit der Gläubiger jetzt sofort die Klage auf Schadensersatz erheben. Hinsichtlich einer bereits vor dem Erlasse des Urteils eingetretenen (nachträglichen) Unmöglichkeit griffe im übrigen zuungunsten des Schuldners auch hier die Bestimmung des § 767 Abs 2 ZPO Platz (RG 96, 21; JW 1913, 831[4]). Daher kann der Schuldner gegenüber dem rechtskräftigen Urteile auch nicht mehr den *Einwand des Mitverschuldens* aus § 254 erheben. Jedenfalls dann nicht, wenn die Frage des Mitverschuldens bereits im Vorprozesse erörtert worden ist (RG JW 1916, 831[4], wo zugleich ausgeführt ist, daß, wenn im Vorprozesse der Einwand des Mitverschuldens erhoben war aber zurückgewiesen worden ist, die Rechtskraft des Urteils sich auch hierauf erstreckt). **b)** Kann anderseits aber der Schuldner beweisen, daß die Leistung infolge nicht zu vertretender Umstände — **erst nachträglich**, also erst nach Erlaß des Urteils gleichgültig ob vor oder nach der Fristsetzung — **unmöglich geworden** ist, dann würde er auch jetzt noch frei, trotz der Fristsetzung. **c)** Die bis zum Ablaufe der Frist angebotene Leistung muß der Gläubiger, um nicht in Abnahmeverzug zu kommen, annehmen, gleichviel ob er nunmehr an ihr noch Interesse hat oder nicht. **d)** Den Anspruch auf die geschuldete Leistung selbst kann der Gläubiger **nach der Fristsetzung** keinesfalls mehr geltend machen, da er ihn durch den Gebrauch dieses Rechtsbehelfs schlechthin verwirkt.

Die Regeln des § 283 sind **anwendbar** bei allen Schuldverhältnissen, und auch bei solchen die aus dinglichen Verhältnissen erst erwachsen sind, wie insbesondere wegen Verletzung des Eigentums (vgl. Vorbem 2 vor § 241); also auch dann, wenn der Besitzer infolge einer Eigentumsklage gemäß § 985 zur Herausgabe der Sache rechtskräftig verurteilt worden ist (RG Warn 1912 Nr 375). *Unanwendbar* ist § 283 dagegen, wenn die Frage der Unmöglichkeit überhaupt keine Rolle spielen kann. Daher auch bei Verurteilungen zur Abgabe von Willenserklärungen. Denn ist jemand zur Abgabe einer Willenserklärung bereits rechtskräftig verurteilt worden, dann ist schon damit die von ihm geschuldete Leistung bewirkt, und für die Anwendung des § 283 besteht sonach kein Raum mehr (RG 76, 409).

2. Über den Rechtsbehelf der **Fristsetzung** vgl. § 250 A 1 u. 2. Gemäß § 259 ZPO kann zutreffendenfalls schon im voraus beantragt werden, dem Schuldner durch das Urteil eine Frist im Sinne des § 283 für den Fall der Nichtleistung zu bestimmen. — Der Fristsetzung bedarf es überhaupt nicht, wenn der verurteilte Schuldner erklärt, nicht leisten zu können; vielmehr kann alsdann der Gläubiger Schadensersatz, ohne das Vollstreckungsverfahren versucht zu haben, ohne weiteres fordern (RG JW 03, 290[6], RG 69, 357; 96, 20; Warn 1912 Nr 375).

3. Der **Anspruch auf Schadensersatz** geht nicht stets auf Entschädigung in Geld. Grundlegend ist vielmehr auch hier der Grundsatz des § 249 und der Schuldner daher der Regel nach gehalten, den Gläubiger in eine Lage zu versetzen, die wirtschaftlich derjenigen entspricht, in der sich der Gläubiger im Falle der Erfüllung befinden würde (RG 96, 24; 91, 217). Auch im Falle des § 283 geht aber der Ersatzanspruch gemäß § 251 schlechthin auf Geld, wenn die Herstellbarkeit des entsprechenden Zustandes nach Lage der Sache überhaupt ausgeschlossen ist, oder wenn eine dem Herstellungsgrundsatze des § 249 Satz 1 entsprechende Ersatzleistung nichts anderes als wiederum die Erfüllung des Vertrags darstellen würde (RG 61, 353); oder es müßte durch Geltendmachung des Anspruchs aus § 249 Satz 1 gerade der Zustand herbeigeführt werden, der ohne das vom Schuldner zu vertretende Ereignis eingetreten wäre (RG JW 1918, 217[4]). Bei *streng einseitigen Leistungen* scheint

die Möglichkeit, den Gläubiger wegen Vereitelung des ursprünglichen Anspruchs durch eine anderweite (nicht auf Geld gehende) Ersatzleistung zu entschädigen, keineswegs in allen Fällen ausgeschlossen. Falls z. B. der Schuldner zur Bestellung einer Sicherheit von bestimmter Art verurteilt worden ist und der Schuldner diese Leistung nach seiner Beurteilung vereitelt hat, könnte der Gläubiger möglicherweise durch eine anderweite Sicherheitsleistung schadlos gehalten werden, und daher wäre er gegebenenfalls auch nach § 283 berechtigt, die anderweite Sicherheitsleistung wirklich zu verlangen (RG 73, 21). Die Bestimmung des § 250 Satz 2 rechtfertigt die Annahme, daß der Gläubiger im Falle des § 283 nach der Fristsetzung ausnahmslos nur Schadensersatz in Geld fordern könne (Oertmann A 3), um deswillen nicht, weil jene Vorschrift nur für den Fall gegeben ist, daß der Schuldner die ihm zur „Herstellung" gesetzte Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, während es sich nach § 283 lediglich um eine Fristbestimmung für Bewirkung der geschuldeten Leistung selbst handelt. Danach ist der § 250 im Rahmen des § 283 erst dann anwendbar, wenn der Schuldner zunächst die ihm zur Leistung des Geschuldeten gestellte Frist fruchtlos hat verstreichen lassen, und demnächst der Gläubiger unter erneuter Fristsetzung die Herstellung gefordert, der Schuldner alsdann aber auch diese Frist nicht gewahrt hat. — Bei gegenseitigen Verträgen regelt sich der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß der im Rahmen der §§ 325, 326 geltenden Differenztheorie (RG 66, 68; 96, 23; vgl. § 325 A 1). Durch ein rechtskräftiges Wandlungsurteil wird ein Verpflichtungsverhältnis gleich dem eines gegenseitigen Vertrags begründet (RG 66, 65). Ist nun ein Schuldner zur Wandlung rechtskräftig verurteilt und hat er, ihr zu genügen, unbedingt abgelehnt, dann kann der Berechtigte gemäß § 283 in der Weise den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen, daß er die empfangene Sache zurückgewährt und vom Verpflichteten wegen Vorenthaltung der ihm gegebenen Sache Entschädigung in Geld fordert (RG 96, 24; 93, 47). Bei der Wandlung liegt die Sache insofern grundsätzlich anders als bei wirklichen gegenseitigen Verträgen, als es sich bei ihr entsprechend nicht um die Verpflichtung zum Geben, sondern um die zur Rückgabe bereits gemachter Leistungen handelt, und es unbillig wäre, dem Berechtigten zuzumuten, daß er die empfangene Sache trotz ihrer Fehlerhaftigkeit behalte.

4. Abs 2 gibt dem Gläubiger für den Fall, daß der **Schuldner die Leistung bis zum Fristablaufe nur teilweise bewirkt,** entsprechend der Bestimmung § 280 Abs 2 Satz 1, das Recht, wegen mangelnden Interesses an der Teilleistung diese abzulehnen und in vollem Umfang Schadensersatz zu fordern, worauf sich die weitere Auseinandersetzung unter den Parteien nach Satz 2 Abs 2 § 280 zu regeln hat. Vgl. dort A 2.

5. **Übergangszeit.** Der § 283 ist auf vor dem 1. Januar 1900 entstandene Schuldverhältnisse nicht anwendbar (EG Art 170). Das Gegenteil trifft zu (EG Art 181), wenn dem Schadensersatzanspruche ein dingliches Rechtsverhältnis zugrunde liegt (RG Warn 1912 Nr 375).

§ 284

[1]) **Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritte der Fälligkeit erfolgt[2]), so kommt er durch die Mahnung in Verzug[1]). Der Mahnung steht die Erhebung der Klage auf die Leistung sowie die Zustellung eines Zahlungsbefehls im Mahnverfahren gleich[3]).**

Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet. Das gleiche gilt, wenn der Leistung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Leistung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt[4])[5]).

E I 245 II 240; M 2 56; P 1 324.

1. Der **Schuldnerverzug** (§§ 284—289) entsteht durch das Unterlassen der Leistung, und zwar in der Regel (A 2) trotz erfolgter Mahnung; der Gläubigerverzug ohne weiteres durch das Unterlassen der Annahme (§ 293). Möglich ist, daß Leistungs- und Annahmeverzug zusammentreffen, so in den Fällen der §§ 433 Abs 2, 640 (RG 60, 162). Zu den Voraussetzungen, die § 284 für den Schuldnerverzug gibt, kommt nach § 285 noch die des Verschuldens hinzu. — Gehören die Parteien verschiedenen Rechtsgebieten an, so sind die Verzugsfolgen bei jeder Partei je nach den verschiedenen Grundsätzen der beiden Rechtsgebiete zu beurteilen (RG 51, 218). Bei einem unter der Herrschaft des früheren Rechtes begründeten Schuldverhältnisse sind die Voraussetzungen wie auch die Wirkungen des Erfüllungsverzugs nach jenem Rechte zu beurteilen, selbst wenn der Verzug erst unter der Herrschaft des neuen Rechtes eingetreten ist (RG JW 1911, 535[7]).

2. **Mahnung** ist die einseitige, empfangsbedürftige (§§ 130—132) formlose, gegebenenfalls auch nur stillschweigend (RG 50, 261) an den Schuldner gerichtete Aufforderung des Gläubigers (oder seines Vertreters, auch Prozeßvertreters, Vorbem 8 vor § 104), zu leisten. Sie muß bestimmt und unbedingt sein, darf also den Schuldner nicht im unklaren darüber lassen, daß der Gläubiger jetzt die Leistung wirklich verlangt. Daher ist auch eine Mahnung für den Fall, daß die in erster Linie erfolgte Anfechtung des Vertrags erfolglos sein sollte, wirkungslos (RG 75, 333). Vorbringen im Prozesse nur aus prozessualen Gründen genügt als Mahnung nicht (RG Gruch 51, 587). — Weiter ist grundsätzlich erforderlich, daß die Mahnung erst nach Eintritt der Fälligkeit (§§ 271 A 1, 198 A 2) erfolgt. Doch kann die Mahnung mit der die Fälligkeit begründenden Handlung verbunden werden (RG 50, 255). Solange der Schuldner die Leistung zu verweigern berechtigt ist, ist Verzug auf seiner Seite ausgeschlossen (RG JW 1911, 486[4]); sei es, daß durch das Bestehen der Einrede die Fälligkeit gehindert wird, sei es, daß sich die Handlungsweise des Verpflichteten nach Maßgabe der Einrede als eine berechtigte und daher nicht vertretbare darstellt. Demgemäß kann auch ein Kaufpreis vor Lieferbarkeit der Waren nicht fällig werden (RG JW 09, 456[10]). Bei Zug-um-Zug-Leistungen ist die Wirksamkeit der Mahnung nicht vom gleichzeitigen Angebote der Gegenleistung abhängig (unentschieden geblieben in RG 50, 259). Aber erhebt demnächst der Schuldner die Einrede des nichterfüllten Vertrags, oder erbietet er sich zur Leistung Zug um Zug, dann muß der Gläubiger nachweisen, daß er zur Erfüllung bereit war und imstande ist, andernfalls der Verzug nicht eintritt (RG 76, 413; JW 09, 456[10]; 1911, 486). Ist zur Vertragserfüllung die Anwesenheit beider Teile erforderlich (so beispielsweise bei der Auflassung), dann hat der Gläubiger mit der Mahnung zugleich einen bestimmten Erfüllungstermin zu benennen (RG 53, 75; SeuffA 61 Nr 61). Aber es genügt auch, wenn er sich bereit erklärt, innerhalb einer gegebenen Frist einen Termin zu vereinbaren und an diesem seine Leistung zu bewirken und die Gegenleistung in Empfang zu nehmen (RG 66, 431; 69, 107; JW 1913, 487[7]). Hatte indes der Beklagte einmal wegen Unvermögens um Fristverlängerung gebeten, dann ist der Kläger zur Bestimmung des Auflassungstermins nicht mehr verpflichtet gewesen (RG JW 1913, 487[7]). — Beim Gattungskaufe tritt, falls der Käufer die Annahme der gelieferten Ware mit Recht verweigert und Ersatzware verlangt (§ 480), schon mit diesem Verlangen Lieferungsverzug des Verkäufers ein, wenn dem Verlangen nicht entsprochen wird (RG JW 05, 17[10]). Hat sich die angenommene Leistung nachträglich als unzulänglich erwiesen, so genügt zur Herbeiführung des Verzugs die Mitteilung des Mangels (RG 60, 53). — Eine Mahnung, die eine Zuviel-Forderung enthält, ist regelmäßig (RG 21. 11. 12 V 240/12), insbesondere aber dann wirkungslos, wenn anzunehmen, daß der Gläubiger eine mindere Leistung als die geforderte nicht annehmen würde (RG 5. 1. 06 II 219/05); sie kann dagegen von Wirkung sein, wenn sich ergibt, daß auch eine richtige Mahnung nicht gefruchtet hätte (RG SeuffA 59 Nr 388), oder wenn nur unbeachtlich zuviel gefordert wurde (§ 242). Macht sich der Gläubiger einer Zuviel-Forderung insofern etwa schuldig, als dem Schuldner als Käufer ein Anspruch auf Preisminderung zusteht, dann kann dieserhalb auch die Mahnung nicht den Verzug herbeiführen (RG 11. 5. 18 V 36/18). Diese Annahme ist bedenklich, da die Preisminderung nicht von selbst eintritt, vielmehr erst infolge der Vollziehung gemäß § 472. Es könnte höchstens der Gesichtspunkt des § 285 in Frage kommen. — Bei Teillieferungsverträgen kann eine Mahnung, die betreffs bereits fällig gewordener Raten erfolgt, genügen, den Schuldner auch betreffs der erst später fällig werdenden Raten in Verzug zu setzen, wenn nämlich eine erneute Mahnung als zwecklos zu erachten wäre (RG 97, 186). — Nach ständiger Rechtsprechung tritt der Verzug auch ohne Mahnung ein, wenn ein Schuldner aus einem gegenseitigen Vertrage vor Eintritt der Fälligkeit bestimmt erklärt hat, nicht erfüllen zu wollen, der Schuldner setzt sich damit selbst in Verzug (RG 51, 347; 57, 106; 67, 317; JW 08, 194[8]). Indessen der Gläubiger darf sich solchenfalls mit der Erklärung des Schuldners nicht einverstanden gezeigt haben (RG 63, 103). Nach gesetzlicher Vorschrift entsteht ferner die gesteigerte Haftung des Schuldners auch ohne die Mahnung in den Fällen der §§ 848, 849. — Die Mahnung kann auch durch einen Vertreter (§§ 164, 180) wirksam erfolgen; durch einen beschränkt Handlungsfähigen dann, wenn sie ihm nur einen Vorteil bringt (§ 107).

3. **Gleichgestellt sind der Mahnung die Erhebung der Leistungsklage** (nicht auch Feststellungsklage) sowie die **Zustellung eines Zahlungsbefehls.** Eine Klage kann als Kündigung wirksam werden, falls deren Voraussetzungen vorlagen; aber sie kann nicht eine unwirksame Kündigung wirksam machen (RG JW 03 Beil 138[302]). Ist ein geltend gemachter Entschädigungsanspruch erst im Laufe des Prozesses in einem Schriftsatze beziffert worden, so gilt als Zeitpunkt der Mahnung erst die mündliche Verhandlung (RG 16. 10. 07 V 60/07). Es müßte indes doch schon die Zustellung des Schriftsatzes maßgebend sein, wenn sie zum Zwecke der Mahnung erfolgt wäre (vgl. Vorbem 8 vor § 104).

4. **Dies interpellat pro homine.** Einer Mahnung bedarf es hiernach zunächst dann nicht, wenn die Leistungszeit kalendermäßig schlechthin bestimmt war, und zwar vertragsmäßig von beiden Teilen und nicht nur einseitig (RG Gruch 52, 948). Dazu würde etwa die Be-

stimmung, daß die Leistung spätestens an dem benannten Tage bewirkt sein müsse, genügen (RG 12. 10. 10 V 585/09). Nicht aber die Bestimmung, daß die Leistung etwa 6 Wochen nach dem Vertragsschlusse bewirkt sein müsse (RG Gruch 52, 948), oder etwa bei Lieferungsfristen die Klausel „am Ende jeder Woche", oder „Lieferung innerhalb 30 Tagen", oder die Klausel „Mitte des Monats" (RG 60, 84; Warn 09 Nr 555). Ist ferner die Leistungspflicht auf Kündigung abgestellt, dann bedarf es der Mahnung nach erfolgter Kündigung (RG 50, 261) nicht, wenn sich die Leistungszeit im Wege kalendermäßiger Berechnung (drei Monate vom Tage der Kündigung ab) bestimmen läßt. Ist in einem Teillieferungsvertrage vereinbart, daß der Käufer die Waren im Laufe des Kalenderjahrs abzunehmen hat, dann kommt er ohne weiteres in Verzug, wenn er die Ware beim Ablaufe des Jahres ohne Entschuldigung noch nicht vollständig abgerufen hat (RG 13. 6. 11 II 617/10). Vorauszusetzen ist hierbei, daß die Abnahmepflicht eine Schuldnerleistung darstellt, da andernfalls nur ein Gläubigerverzug vorläge, bei dem Verschulden überhaupt nicht in Frage kommt (§ 293 A 1). Nicht auszudehnen ist die Ausnahmevorschrift des Abs 2 auf solche Fälle, in denen die Berechnung nach einem nur ungewissen Ereignisse erfolgen kann (RG 60, 84). Dementsprechend bedarf es auch im Falle einer Abmachung des Inhalts: „Auflassung spätestens bis" noch der Aufforderung zum Erscheinen zu einer bestimmten Stunde auf der Amtsstelle (RG 53, 75; 69, 107; SeuffA 61 Nr 35), und es genügt auch nicht die Bestimmung etwa, daß bei der Auflassung zu zahlen sei, da hier die Zahlungszeit noch von Erfüllung der Auflassungspflicht abhängig wäre (RG 14. 10. 14 V 392/14). Zu der erforderlichen kalendermäßigen Bestimmung genügt auch nicht die Abrede „eine Woche nach der Nachbestellung der Lieferung" (RG 68, 22; Warn 09 Nr 555). Soll Fälligkeit abredegemäß mit der Kündigung eintreten, dann erhält die Kündigung im Zweifel zugleich die Mahnung (RG 50, 261).

5. **Der Verzug hört für die Zukunft auf** mit der Leistung (bei Teilleistungen so weit, als eine solche erfolgt); aber auch schon mit dem gehörigen Angebote der ganzen geschuldeten Leistung, einschließlich also des Betrags für den etwa zu ersetzenden, bereits eingetretenen Verzugsschaden (RG JW 05, 13[3]; Warn 1911 Nr 393), jedoch ohne daß damit die bereits eingetretenen Verzugsfolgen beseitigt würden (bedeutsam bei Mietverhältnissen, falls an den Verzug der Mieters gewisse Folgen geknüpft sind, wie insbesondere das Recht des Vermieters auf sofortige Kündigung). Geheilt wird der Verzug dadurch, daß auch der andere Teil in Verzug gerät (RG 24. 6. 03 V 220/03; nach RG JW 1911, 806[9] in Annahmeverzug). Alsdann bedarf es einer erneuten Mahnung (RG Warn 1913 Nr 355). Zur Heilung des Verzugs genügt es aber nicht, daß während des Verzugs eine Gegenforderung des säumigen Schuldners gegen den Gläubiger fällig geworden ist, wegen deren er ein Zurückbehaltungsrecht erlangt hat, vielmehr muß der Schuldner dann erst eine die Heilung herbeiführende Handlung vornehmen, das Zurückbehaltungsrecht also geltend machen, oder mindestens seine Leistung Zug um Zug anbieten (RG Warn 1919 Nr 3). Auch eine nachträgliche Stundung enthält nicht ohne weiteres einen Verzicht auf Geltendmachung der bereits eingetretenen Verzugsfolgen (RG JW 1913, 591[2]). — Der Kommissionär, der gemäß § 3 des Bankdepotgesetzes binnen drei Tagen nach dem tatsächlichen oder möglich gewesenen Erwerbe der Stücke deren Verzeichnis zu übersenden hat, gerät durch den fruchtlosen Ablauf der Frist nicht ohne weiteres in Verzug; es bedarf vielmehr noch seiner Mahnung (RG 72, 58).

§ 285

Der Schuldner kommt nicht in Verzug, solange die Leistung infolge eines Umstandes unterbleibt, den er nicht zu vertreten hat[1])[2]).

E I 246 II 241; M 2 60; P 1 325.

1. **Verschulden des Schuldners eine gesetzliche Voraussetzung des Verzugs.** Nach dieser Bestimmung tritt der Verzug nicht ein, solange die Leistung infolge eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unterbleibt, was er zu beweisen hat (vgl. § 284 A 1). Beispielsweise der Schuldner vermag die versprochene, aus dem Auslande zu verschaffende Ware wegen inzwischen erfolgter Maßnahmen der ausländischen Regierung oder der inländischen Zentraleinkaufsgesellschaft überhaupt nicht mehr, oder doch nur unter solchen Schwierigkeiten sich zu verschaffen, daß ihm das nach Treu und Glauben (§ 242) nicht zugemutet werden kann (RG 97, 10); oder der Schuldner kann wegen schwerer Krankheit nicht leisten (RG JW 03 Beil 114[251]); oder der Gläubiger hat seinen Wohnsitz geändert, ohne dies dem Schuldner bekanntzumachen (RG SeuffA 60 Nr 49); oder es ist dem Schuldner die Adresse des Zessionars nicht mitgeteilt worden (RG SeuffA 68 Nr 22); oder die Leistung ist wegen eines vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstandes unmöglich geworden (§ 275 A 3); oder endlich es schweben Verhandlungen wegen einer andern Leistungsweise (RG Warn 1910 Nr 369). Vgl. ferner § 284 A 2. Der Schuldner kommt nicht in Verzug, wenn der Gläubiger

den Vertrag angefochten und Wiederherstellung des früheren Zustandes begehrt hat (RG 75, 333). Ebenso nicht der Erbe, dem noch die Ausschlagungsfrist läuft, wenn er eine gegen ihn außergerichtlich geltend gemachte Nachlaßforderung unbefriedigt läßt (RG 88, 203). Auch ein nicht auf Fahrlässigkeit beruhender, daher verzeihlicher Irrtum kann den Schuldner vom Verzuge befreien, so wenn der Mieter nicht zahlt, weil er (entschuldbar) irrtümlich annahm, die von ihm erklärte Aufrechnung sei wirksam (RG Warn 1917 Nr 48); oder unter besondern Umständen, wenn ein Mieter den formbedürftigen aber formlos abgeschlossenen Vertrag, der jahrelang durchgehalten worden war, rechtsirrtümlich für rechtsgültig hielt und im Vertrauen darauf nicht rechtzeitig geräumt hat (RG 96, 316). Ein bloßer Rechtsirrtum befreit den Schuldner nicht, wenn er selbst Zweifel hegt, diese dann aber für sich zu seinen Gunsten beantwortet (RG 92, 380). — Beauftragt der Schuldner einen Dritten mit der Leistung, so muß er eine unentschuldigte Verzögerung der Leistung durch den Dritten vertreten (RG 12. 12. 14 V 333/14), selbst wenn er bei der Auswahl des Dritten mit genügender Sorgfalt gehandelt hat. — Die Befreiung des Schuldners vom Verzuge entsteht unter den zutreffenden Voraussetzungen ohneweiteres, ohne daß es noch auf die Geltendmachung des Befreiungsgrundes ankommt, da das Gesetz nur verlangt, daß der Schuldner den Umstand, wegen dessen er in Verzug gekommen ist, nicht zu vertreten braucht (RG 8. 1. 13 III 331/12; 4. 5. 18 V 26/18). Leistet aber der Schuldner nicht, weil er von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch machen will, so muß er letzteres zur Abwendung des Verzugs geltend machen, da der Gläubiger nur so in die Lage versetzt wird, die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts durch seine Leistung abwenden zu können (RG 77, 438; JW 11, 486). — Lehnt der Gläubiger bei einer Forderung, die auf Teilleistungen gerichtet ist, die Annahme einer Teilleistung ab, so ist der Schuldner unter Umständen der Pflicht, weitere Teilleistungen anzubieten, enthoben, wofern nämlich die Annahme begründet ist, daß der Gläubiger auf seinem ablehnenden Standpunkte beharren werde (RG Warn 1910 Nr 325). Der nichtliefernde Schuldner ist entschuldigt, wenn er die berechtigte Besorgnis hegen durfte, daß die Lieferung vom Gläubiger in einer vertragswidrigen, den Schuldner schädigenden Weise verwendet werden würde (RG JW 1910, 804[14]). Hat sich eine Leistung erst nachträglich als zur Erfüllung ungeeignet erwiesen, so verwandelt sich in diesem Zeitpunkte der anscheinend unverschuldete Verzug in einen schuldhaften (RG SeuffA 60 Nr 51). Wenn der Schuldner die Leistung wegen vermeintlich ihm zustehender Gegenforderungen verweigert, so tut er es auf die Gefahr hin, daß die Gegenforderungen nicht bestehen (RG 18. 10. 07 III 93/07). Ebenso liegt es, wenn er annimmt, zur Vorausleistung nicht verpflichtet zu sein; seine Verzögerung wird mit dem Augenblicke eine schuldhafte, in dem er aus einem Schreiben des Gläubigers erfährt, daß seine Auffassung auch unrichtig sein könnte (RG Warn 08 Nr 295). Bei Zug-um-Zug-Leistungen bleibt der Verzug aus, solange der Schuldner die Leistung wegen Ausbleibens der Gegenleistung verweigern darf, so daß solange auch eine Mahnung den Verzug nicht herbeiführen könnte (RG 28. 1. 13 III 331/12). Im übrigen ist die Verweigerung der Leistung als gerechtfertigt anzusehen, auch wenn sich der zutreffende Grund für sie erst später herausgestellt hat (RG 31. 1. 05 VII 303/04; 59, 23). Verhältnismäßig geringfügige Rückstände sind nach § 242 bei der Frage des Verzugs unter Umständen außer Betracht zu lassen (RG 6. 2. 03 II 342/02). Vgl. ferner über die Einwirkung des Zurückbehaltungsrechts aus § 273 A 5 das. — Ein bloßes Unvermögen, insbesondere wegen mangelnder Geldmittel, befreit den Schuldner nicht (RG 75, 335, in erweiterter Anwendung des im § 279 ausgesprochenen Grundsatzes, daß der Schuldner bei Gattungsschulden sein Unvermögen so lange zu vertreten hat, als die Leistung aus der Gattung möglich ist). — Noch nachträglich entsteht der Verzug bei Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen ohne weiteres, sobald der vormalige Befreiungsgrund aufhört, oder sobald die Haftung des Schuldners für den zu vertretenden Umstand beginnt.

2. **Beweislast.** Den Befreiungsgrund im Sinne des § 285 zu beweisen ist Sache des Schuldners (vgl. § 275 A 6).

§ 286

[1]) **Der Schuldner hat dem Gläubiger den durch den Verzug entstehenden Schaden zu ersetzen[2]).**

Hat die Leistung infolge des Verzugs für den Gläubiger kein Interesse, so kann dieser unter Ablehnung der Leistung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 finden entsprechende Anwendung[3]).

E I 247 II 242; M 2 61; P 1 326.

1. Die **Schadensersatzpflicht als Verzugsfolge** beruht ähnlich wie im Falle des § 280 Abs 1 auf der Auffassung, daß der Schuldner den Verzug (wegen Verschuldens) zu vertreten hat. Beide Fälle decken sich jedoch insofern nicht, als nach richtiger Ansicht die Verzögerung

der Leistung nicht ohne weiteres zugleich deren Unmöglichkeit begründet, wenngleich die rechtzeitige Erfüllung durch den Verzug allerdings vereitelt ist. Wenn aber im Einzelfalle unter besondern Umständen dennoch das Gegenteil zuträfe, dann wäre die Sachlage überhaupt nicht nach den Grundsätzen vom Verzuge, sondern nach den Regeln von der nachträglichen vertretbaren Unmöglichkeit (§ 275) zu beurteilen. — Bloße Verspätung der Leistung ohne Verzug (§ 285) begründet keine Ersatzpflicht (RG 68, 194).

2. Im Falle des § 286 tritt der Schadensersatzanspruch neben den fortbestehenden Leistungsanspruch, da hier **der durch den Verzug entstehende Schaden,** nicht aber wie bei § 280 der durch die Nichterfüllung verursachte Schaden zu ersetzen ist. Für die Art und Weise des Schadensersatzes sind die Grundsätze der §§ 249 ff. ausnahmslos anwendbar. Danach hat der Schuldner den Zustand herzustellen, der ohne den Verzug bestehen würde, gegebenenfalls gemäß §§ 251, 252 Geldersatz zu leisten (RG 20. 1. 11 II 157/10). Ist die Leistung während des Verzugs des Schuldners unmöglich geworden und fordert jetzt der Gläubiger Schadensersatz gemäß § 325, dann ist der den Schuldner haftbar machende Umstand der Verzug, und der Gläubiger kann daher als für die Berechnung der Schadenshöhe maßgeblichen Zeitpunkt nicht nur denjenigen wählen, in dem die Unmöglichkeit eintrat, sondern auch den, in dem der Schuldner in Verzug geriet (RG 96, 160). — Hat der Käufer eines Grundstücks die Umsatzsteuer übernommen, so haftet er, falls er die entgegennehmende Auflassung verzögert und inzwischen die Steuer erhöht wird, auch für die Erhöhung (RG 2. 3. 10 V 204/09). Die Kosten der Mahnung durch einen Rechtsanwalt braucht der Schuldner nicht zu tragen (RG 9. 4. 08 VI 305/07). In Frage kommen kann übrigens auch im Falle des § 286 das mitwirkende Verschulden des Geschädigten gemäß § 254. — War die schuldhafte Vertragsverletzung nur die Folge eines vertragswidrigen Verhaltens schon vor dem Verzuge, so ist die Vertretungspflicht hierfür nach § 276 zu beurteilen (RG 68, 192). Im Sinne des § 341 Abs 1 bedeutet das Ausbedingen einer Strafe für den Fall des Verzugs im Zweifel eine im voraus getroffene Festsetzung des Schadensbetrags (RG 66, 310). Der Erstattungsanspruch des Gefälligkeitsakzeptanten umfaßt auch die ihm zur Last gelegten, durch die Klage des Wechselinhabers verursachten Prozeßkosten; denn sie stellen sich als eine Folge des Verzugs des Ausstellers dar, der zur rechtzeitigen Bereitstellung und Deckung verbunden war (RG 77, 29). — Bei gegenseitigen Verträgen kann der Gläubiger neben dem Erfüllungsanspruche den reinen Verzugsschaden lediglich auf Grund des § 286 Abs 1 geltend machen; zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs wegen Nichterfüllung ist dagegen unbedingt das Vorhandensein der in § 326 gegebenen Voraussetzungen erforderlich, weil diese Sondervorschrift innerhalb ihres Rahmens die Anwendbarkeit des § 286 ausschließt (RG 70, 129). — Durch die vorbehaltlose Annahme der verspäteten Leistung verliert der Gläubiger nicht ohne weiteres den bereits entstandenen Anspruch auf Erstattung des Verzugsschadens (RG 43, 268). Namentlich liegt in der vorbehaltlosen Annahme eines Teiles der Mietrate noch nicht der Verzicht auf das dem Vermieter bei unpünktlicher Mietzahlung zustehende Kündigungsrecht (RG JW 1913, 593[4]). Der Vertragsuntreue kann aus der Vertragsuntreue des andern Teiles so lange keine Rechte geltend machen, als er sich nicht selbst wieder auf den Standpunkt der Vertragstreue gestellt hat (RG 67, 314; JW 1913, 196[6]).

3. Recht auf **Ablehnung der Leistung und Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.** Dieser Fall ist nachgebildet dem § 280 Abs 2. In entsprechender Anwendung der §§ 346—356 haben sich die Parteien die empfangenen Leistungen zurückzugewähren, wiewohl die Erhebung des Schadensersatzanspruchs durch den Gläubiger nicht den Rücktritt vom Vertrage, sondern gerade die Geltendmachung des Vertragsrechts darstellt. Ein Rücktrittsrecht wegen Verzugs ist nur gegeben bei gegenseitigen Verträgen (§§ 320, 326) und beim Fixgeschäfte (§ 361). — Sonderbestimmungen enthalten noch die §§ 264, 354, 554, 633 Abs 3, 775 Nr 3.

§ 287

Der Schuldner hat während des Verzugs jede Fahrlässigkeit zu vertreten[1]). Er ist auch für die während des Verzugs durch Zufall eintretende Unmöglichkeit der Leistung verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten sein würde[2]).

E I 250, 251 II 243; M 2 281; P 1 327.

1. **Erweiterung der Vertretungspflicht des säumigen Schuldners** über § 276 hinaus insofern, als der Schuldner vom Verzuge ab für den geringsten Grad von Fahrlässigkeit, grundsätzlich sogar für Zufall (§ 203 A 2) einzustehen hat.

2. Die **Zufallshaftung** (perpetuatio morae) besteht unter der Voraussetzung, daß die Leistung durch Zufall unmöglich geworden ist, und daß sich der Zufall (noch) während der Dauer des Verzugs ereignet hat (vgl. § 284 A 5). Für den Fall des bloßen Annahmeverzugs paßt der § 287 insofern überhaupt nicht, als dieser voraussetzt, daß der Schuldner zur Leistung außerstande ist (RG 57, 402). Ein **ursächlicher Zusammenhang** ist bei der

Zufallshaftung erforderlich, zunächst im Verhältnisse zwischen dem Zufalle und dem Aufhören der Leistungsmöglichkeit. Denn für solche zufällige Ereignisse, die nicht auf die Möglichkeit gerade der Leistung eingewirkt haben, braucht der Schuldner trotz § 287 nicht zu haften. So nicht, wenn der Gläubiger wegen des Leistungsverzugs seinerseits Maßregeln ergriffen hat, die für ihn, wenn auch nur infolge eines Zufalls, schädlich geworden sind. Es haftet auch nicht der Käufer, der sich gegebenenfalls mit der Abnahme im Leistungsverzuge befindet (§§ 433 Abs 2, 284 A 1), wenn die Kaufsache beim Verkäufer verbrennt; denn dieser Zufall hätte die Sache betroffen, aber nicht die Möglichkeit der vom Käufer geschuldeten Abnahme (**RG** 57, 402). Ein ursächlicher Zusammenhang wird sodann auch im Verhältnisse zwischen dem Schaden und dem Verzuge vorausgesetzt. Denn die Schlußbestimmung des § 287 erfordert noch negativ, daß der Schaden „nicht auch bei rechtzeitiger Leistung eingetreten wäre", und verlangt sonach mittelbar, daß die Verzögerung der Leistung Ursache für den Eintritt des Schadens geworden ist. Danach haftet der Schuldner hier auch für nicht vorausgesehene und nicht voraussehbar gewesene Folgen (vgl. dagegen § 276 A 3). Das Eigentümliche der Vorschrift liegt aber weiter auch darin, daß sie dem Schuldner die **Beweislast** für den Mangel des Kausalzusammenhangs aufbürdet, weil sich der Schuldner von der Haftung für den Zufall nur dadurch soll befreien können, daß er beweist, der Schaden wäre auch ohne seinen Verzug eingetreten. Nach allgemeinem Rechtsgrundsatze wird aber die Haftbarkeit nicht auch dadurch ausgeschlossen, daß der Schaden möglicherweise auch auf andere Art eingetreten sein würde (vgl. Vorbem 3 vor § 249). Demgemäß würde auch der Einwand versagen, daß die nicht rechtzeitig abgelieferte und beim Schuldner während seines Verzugs verbrannte Sache im Falle rechtzeitiger Ablieferung an den Gläubiger infolge eines auch bei dem letzteren vorgefallenen Brandes wahrscheinlich das gleiche Schicksal erfahren hätte. Auch auf nachträgliche Unmöglichkeit kann sich der Schuldner niemals berufen, wenn sie erst nach dem Verzuge eingetreten ist (**RG** Warn 1918 Nr 162). Der Gläubiger, der wegen nunmehriger Unmöglichkeit der Leistung nach § 287 Schadensersatz fordert, braucht nur zu beweisen, daß die Leistung während (nicht auch infolge) des Verzugs unmöglich geworden ist. — Im Falle einer während des Verzugs eingetretenen unheilbaren Verschlechterung der zu gewährenden Sache liegt teilweise Unmöglichkeit vor, und es regelt sich der Entschädigungsanspruch entsprechend nach der Regel des § 287 Satz 2. Der Gläubiger kann gegebenenfalls den höchsten Wert in Ansatz bringen, den die Sache während des Verzugs hatte.

§ 288

Eine Geldschuld ist während des Verzugs mit vier vom Hundert für das Jahr zu verzinsen. Kann der Gläubiger aus einem anderen Rechtsgrunde höhere Zinsen verlangen, so sind diese fortzuentrichten[1]).

Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen[2]).

E I 248 II 244; M 2 62; P 1 326.

1. **Verzugszinsen** sind von einer Geldschuld (§ 244) ohne Rücksicht auf einen etwa vorhandenen Schaden zu entrichten, während der Gläubiger nach Abs 2 gegebenenfalls noch Ersatz des weitergehenden Schadens fordern darf. Der Zinsanspruch aus Satz 1 ist ein unbedingter, besteht also auch für den Fall, daß die Forderung unverzinslich war, und stellt den Mindestsatz des Anspruchs dar (**RG** 92, 284). Anwendbar ist § 288 Abs 1 auch beim Darlehnszusagevertrage, und es braucht sich der Versprechensempfänger auf die geforderten Verzugszinsen nicht Zinsbeträge abrechnen zu lassen, die er im Falle des Empfangs des Darlehns von diesem hätte entrichten müssen (**RG** a. a. O.). Höhere Zinsen als 4 Prozent können geschuldet werden insbesondere auf Grund des Schuldverhältnisses oder, weil sie zuerkannt sind (**RG** JW 08, 656[4]). Vgl. ferner § 352 HGB (5 Proz. bei beiderseitigen Handelsgeschäften). Der Schenker ist von der Verpflichtung zur Zahlung von Verzugszinsen befreit (§ 522). Gemäß § 36 des PrEnteignG hat der Unternehmer, falls die von ihm gezahlte Entschädigungssumme durch gerichtliche Entscheidung herabgesetzt wird, bei Rücksendung des zuviel Bezahlten auf Zinsen (Verzugs- wie Prozeßzinsen) keinen Anspruch (**RG** 74, 157). — Der § 288 hat nach ständig festgehaltener Praxis des **RG** hinsichtlich der Zinsbeschränkung rückwirkende Kraft (**RG** 46, 74).

2. **Der weitere Schaden** kann neben den Verzugszinsen gemäß §§ 286, 287 geltend gemacht werden. Dieser Anspruch stellt einen eigentlichen Verzugsschaden dar (**RG** 92, 284).

§ 289

Von Zinsen sind Verzugszinsen nicht zu entrichten. Das Recht des Gläubigers auf Ersatz des durch den Verzug entstehenden Schadens bleibt unberührt[1]).

E I 249 II 245; M 2 62; P 1 327.

1. **Verbot von Zinseszinsnahme.** Vgl. auch § 248. Ausnahme für den Fall des Kontokorrentverhältnisses nach § 355 HGB. Sonstige Ansprüche auf Schadensersatz gemäß §§ 286, 287

§ 290

Ist der Schuldner zum Ersatze des Wertes eines Gegenstandes verpflichtet, der während des Verzugs untergegangen ist oder aus einem während des Verzugs eingetretenen Grunde nicht herausgegeben werden kann, so kann der Gläubiger Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird. Das gleiche gilt, wenn der Schuldner zum Ersatze der Minderung des Wertes eines während des Verzugs verschlechterten Gegenstandes verpflichtet ist[1]).

E I 252 II 246; M 2 66.

1. Die Verpflichtung des Schuldners zum **Ersatze des Wertes** oder der **Wertminderung** regelt sich nach § 286. — Anspruch des Gläubigers auf **Zinsen von der Ersatzsumme.** Bei Bestimmung des Zeitpunkts der Wertbemessung und damit zugleich des Zinslaufs ist davon auszugehen, daß der Gläubiger Anspruch auf Ersatz des vollen Interesses hat einschließlich des entgangenen Gewinns (§ 252), und daß sonach der höchste Wert des Gegenstandes während des Verzugs in Ansatz zu bringen ist, sofern der Gläubiger ihn für sich hätte nutzbar machen können. — Auch durch diese Bestimmung wird ein weitergehender Schadensersatzanspruch nicht ausgeschlossen (vgl. § 288 Abs 2).

§ 291

Eine Geldschuld hat der Schuldner von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an zu verzinsen, auch wenn er nicht im Verzug ist; wird die Schuld erst später fällig, so ist sie von der Fälligkeit an zu verzinsen. Die Vorschriften des § 288 Abs 1 und des § 289 Satz 1 finden entsprechende Anwendung[1]).

E II 247; M 2 55; P 1 323.

1. **Prozeßzinsen von einer Geldschuld** (§ 244). Die §§ 291, 292 handeln von dem selbständigen Einflusse der Rechtshängigkeit auf den Umfang der Forderung, ohne Rücksicht auf Verzug. Der Zeitpunkt der Rechtshängigkeit bestimmt sich nach den §§ 263, 281, 500, 510, 693, 695 ZPO. Die Klageerhebung kann den Verzug begründen (vgl. § 284 A 3), braucht es aber nicht; so insbesondere nicht, falls gemäß §§ 257—259 ZPO auf künftige Leistung geklagt wird. In solchen Fällen läuft die Verzinslichkeit erst vom Eintritte der später eintretenden Fälligkeit. Über diesen Begriff vgl. § 198 A 2, über den Zinsfuß § 288 Abs 1. Die Bestimmung des § 36 des PrEnteignG, wonach der Übernehmer den etwa gezahlten Mehrbetrag ohne Zinsen zurückerhält, falls die zuvor festgesetzte Entschädigungssumme durch richterliche Entscheidung herabgesetzt wird, ist durch § 291 nach Art 109 EG nicht beseitigt (RG 74, 157).

§ 292

Hat der Schuldner einen bestimmten Gegenstand herauszugeben, so bestimmt sich von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an der Anspruch des Gläubigers auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten, soweit nicht aus dem Schuldverhältnis oder dem Verzuge des Schuldners sich zugunsten des Gläubigers ein anderes ergibt[1]).

Das gleiche gilt von dem Anspruche des Gläubigers auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruche des Schuldners auf Ersatz von Verwendungen.

E I 244 II 248; M 2 55; P 1 323.

1. Besondere Gestaltung des Schadensersatzanspruchs (§ 291 A 1) falls eine **Forderung auf Herausgabe eines bestimmten Gegenstandes** klageweise geltend gemacht wird und nach der Rechtshängigkeit des Anspruchs dessen gehörige Erfüllbarkeit vereitelt worden ist. —

Der Ausdruck „**Gegenstand**" weist darauf hin, daß das Gesetz nicht lediglich die Herausgabe von Sachen, sondern auch die von Vermögensrechten im Auge hat. Vgl. **RG** Warn 1912 Nr 417. Soweit nicht Verzug in Frage steht, oder das Schuldverhältnis selbst nach seinen besondern Abmachungen etwas anderes ergibt, soll sich die Haftung des Schuldners in Fällen vorliegender Art, wiewohl es sich nur um ein Schuldverhältnis handelt, nach den nämlichen Grundsätzen bestimmen, die im Falle eines (dinglichen) Anspruchs des Eigentümers gegenüber dem herausgabepflichtigen Besitzer von der Rechtshängigkeit ab maßgebend sind. Vgl. dazu insbesondere § 987, betreffend den Anspruch des Gläubigers auf die Nutzung, § 989 hinsichtlich der Haftung des Schuldners für den Schaden, falls infolge seines Verschuldens der Gegenstand verschlechtert oder die Herausgabe unmöglich wird; ferner die §§ 994 Abs 2, 995, 1000—1003 im Falle von „Verwendungen" durch den Schuldner. Das Nähere hierüber an den angeführten Stellen. Als Gegenstand im Sinne des Paragraphen ist auch ein solcher des „Immaterialgüterrechts" anzusehen, insbesondere ein Patentrecht; aber der Verletzer des Patentrechts braucht, falls er nicht vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat, die seit der Klageerhebung aus der patentierten Erfindung gezogenen Nutzungen nicht herauszugeben (**RG** 62, 321).

Zweiter Titel
Verzug des Gläubigers

§ 293

Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt[1]).

E I 254 II 249; M 2 68; P 1 328.

1. Die §§ 293—299 bestimmen die Voraussetzungen des **Gläubigerverzugs**; die §§ 294, 295, 296 insbesondere die Voraussetzung des Angebots. Die Voraussetzungen des Gläubigerverzugs nachzuweisen, ist Sache des Schuldners. Namentlich liegt ihm der Beweis des gehörigen Angebots ob, nur nicht auch für den Fall, daß ein bloß wörtliches Angebot in Frage kommt (§ 295), zugleich aber auch der Beweis, daß er zur gehörigen Leistung auch imstande gewesen sei. Die Unfähigkeit geltend zu machen, ist Sache des Einwandes. Vgl. § 297. Über die Möglichkeit des Zusammentreffens von Gläubiger- und Schuldnerverzug vgl. § 284 A 1. Die **Nichtannahme** der Leistung begründet den Gläubigerverzug, ohne daß eine ausdrückliche Annahmeverweigerung erforderlich wäre. Auch auf den Grund der Nichtannahme kommt es nicht an. Ebensowenig auf ein Verschulden des Gläubigers oder auf ein subjektives Unvermögen zur Annahme (vgl. jedoch § 299). Grundsätzlich muß aber die Leistung angeboten worden sein (§§ 294ff.), und zwar dem Gläubiger oder seinem Vertreter, sei es durch den Schuldner, sei es auch gemäß §§ 267, 268 durch einen Dritten. Die Nichtannahme kann sowohl Sachen wie auch sonstige Vermögensgegenstände (beispielsweise Kuxe, **RG** 60, 162), auch Arbeitsleistungen (**RG** Warn 1914 Nr 149) zum Gegenstande haben. — Für den Fall des Vorhandenseins mehrerer Gläubiger vgl. die §§ 428, 432. — Das Angebot aus einem Vertrage muß auch dann erfolgen, und zwar am Erfüllungsorte, wenn der andere erklärt, daß er den Vertrag als wirksam nicht anerkenne und deshalb die Annahme verweigere (**RG** 50, 210; 57, 111). Es genügt alsdann jedoch gemäß § 295 wörtliches Angebot (**RG** JW 02 Beil 197/198). Vgl. aber auch **RG** JW 1910, 804[13]. Über die **Beendigung** und **Heilung** des Verzugs vgl. § 284 A 5 und **RG** 8, 24; 32, 64. Der Gläubigerverzug wird geheilt, wenn der Gläubiger sich bereit erklärt, die ihm geschuldete Leistung als eine solche (vertragsgemäße) anzunehmen (**RG** 14, 149). Auch durch eine vom Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers entsprechend abgegebene Annahmeerklärung (**RG** SeuffA 60 Nr 333). — Die Voraussetzungen wie Wirkungen des Annahmeverzugs beurteilen sich nach dem alten Rechte, wenn unter dessen Herrschaft die Leistungspflicht begründet worden ist (**RG** 66, 412). — Ist der Gläubiger einmal in Annahmeverzug gesetzt, dann bedarf es erst einer erneuten Mahnung, um den Schuldner nochmals in Verzug zu setzen (**RG** Warn 1913 Nr 355).

§ 294

Die Leistung muß dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, tatsächlich angeboten werden[1]).

E I 255 II 250; M 2 69; P 1 329.

1. **Erfordernis des tatsächlichen Angebots.** Es muß so erfolgen, daß der Gläubiger nur zuzugreifen und die angebotene Leistung anzunehmen braucht (**RG** 85, 416). Zu berücksichtigen ist nur ein ordnungsmäßiges Angebot. Dazu gehört: a) daß eine zur gehörigen

Erfüllung taugliche Leistung angeboten wird, wobei jedoch geringfügige Abweichungen nach dem Grundsatze des § 242 nicht in Betracht kommen; **b)** daß das Angebot auch in der rechten Art erfolgt, mithin der Regel nach (vgl. § 295) nicht nur wörtlich, sondern tatsächlich (realiter; RG 85, 416, wonach es gegebenenfalls genügt, wenn der Schuldner das Geld in der Tasche hat und der Gläubiger weiß, daß der Schuldner zur Hergabe bereit wäre); ferner zu rechter Zeit (§ 271) und am rechten Orte (§ 269; RG 50, 208). Ungenügend ist ein allgemeines bloßes Sichbereiterklären zur Lieferung der Ware (RG 57, 420), desgleichen ein bloßes Anerbieten behufs gegenseitiger Abrechnung (RG 49, 40). Falls der Käufer beim Gattungsverkaufe die tatsächlich angebotene Ware wegen vertragswidriger Beschaffenheit zurückweist, kommt der Verkäufer in Leistungsverzug (RG JW 04, 198[7]; 05, 117[10]). Versagt der Gläubiger die Abnahme, weil er etwa die vertragsmäßige Beschaffenheit der Ware verneint, dann tut er dies auf seine Gefahr; aber hatte er recht, dann schadet es nichts, wenn er sich von der mangelhaften Beschaffenheit tatsächlich noch nicht überzeugt hatte. — Das Angebot ist auch notwendig, um den Gläubiger, der die Lieferung der Ware abzurufen, einen Abruf während der vereinbarten Frist aber unterlassen hat, dieserhalb in Verzug zu setzen (RG Warn 1918 Nr 177). — Inwiefern der vom Schuldner beim Angebote der Zahlung gemachte Vorbehalt den Gläubiger zur Ablehnung der Annahme berechtigt, vgl. § 362 A 5.

§ 295

Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, daß er die Leistung nicht annehmen werde, oder wenn zur Bewirkung der Leistung eine Handlung des Gläubigers erforderlich ist, insbesondere wenn der Gläubiger die geschuldete Sache abzuholen hat. Dem Angebote der Leistung steht die Aufforderung an den Gläubiger gleich, die erforderliche Handlung vorzunehmen[1]).

E I 255 II 251; M 2 70; P 1 329.

1. **Wörtliches Angebot** (Verbaloblation), und zwar des „Schuldners" — mithin nicht auch gemäß § 267 jedes Dritten, wohl aber des zur Schuldnerleistung berechtigten (§§ 268, 1249) Dritten (RG 83, 393) —, **genügt** unter den beiden hier gegebenen Voraussetzungen, ist anderseits aber auch unter diesen Voraussetzungen erforderlich, um den Gläubiger in Annahmeverzug zu setzen (RG 50, 208). Die Anwendbarkeit der Ausnahmebestimmung des § 295 zugunsten des Schuldners wird übrigens nicht dadurch ausgeschlossen, daß er sich zunächst schon im Leistungsverzuge befunden hatte, und daß der Gläubiger erst danach die Annahmeverweigerung erklärt hat. Eine schon im voraus erfolgte Verweigerung der Annahme liegt auch dann vor, wenn der Gläubiger Unwirksamkeit oder Nichtigkeit des Vertrags, oder den Rücktritt geltend macht (RG 57, 111). Bei einem Teillieferungsvertrage ist der Schuldner, wenn der Gläubiger die Annahme auch nur einer Lieferung verweigert hat, unter Umständen auch der Verpflichtung, die weiteren Raten anzubieten, enthoben (RG JW 1910, 804[13]). Wörtliches Angebot genügt zutreffendenfalls auch dann, wenn es vom nur dinglich haftenden Grundstückseigentümer ausgeht, der nicht zugleich der persönliche Schuldner ist (RG Warn 09 Nr 348). Erklärt sich der Gläubiger noch nachträglich zur Annahme der Leistung bereit oder nimmt er die Handlung vor, so entsteht damit die Verpflichtung des Schuldners zum tatsächlichen Angebote (§ 294), vgl. auch § 297. — Der zweite Fall, **erforderliche Handlung** des Gläubigers, kommt in Frage bei der Wahlschuld mit Wahlrecht des Gläubigers (§ 262; RG SeuffA 58 Nr 229); bei der Verpflichtung des Gläubigers zum Abrufe der Waren (RG JW 04, 168[8]; vgl. auch § 433 A 11); beim Werkvertrage (§ 640); beim Spezifikationskaufe (§ 375 HGB; RG 14, 245; 43, 103); bei der Holschuld. In keinem Falle kann aber vom Gläubigerverzuge die Rede sein, wenn der die Leistung wörtlich anbietende Schuldner zu ihr nicht imstande war (§ 297). — Das Angebot ist eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung (§§ 130—132), die dem Gläubiger oder seinem Vertreter gegenüber abgegeben sein muß. Sie ist an sich widerrufbar (M 2, 71).

§ 296

Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. Das gleiche gilt, wenn der Handlung eine Kündigung vorauszugehen hat und die Zeit für die Handlung in der Weise bestimmt ist, daß sie sich von der Kündigung ab nach dem Kalender berechnen läßt[1]).

E I 255 II 251; M 2 702; P 1 329.

1. Diese Bestimmung (dies interpellat pro homine) bildet ein Gegenstück zu der Vorschrift des § 284 Abs 2, und zwar zugunsten des Schuldners. Auch sogar das wörtliche Angebot ist hier zur Herbeiführung des Gläubigerverzugs entbehrlich. Es genügt also, daß der Gläubiger die Handlung nicht vornimmt, etwa die Sache nicht holt, oder die dem Schuldner vorzulegende Urkunde nicht vorlegt. Tut er es dagegen, dann entsteht hierdurch für den Schuldner die Pflicht zum tatsächlichen Angebote.

§ 297

Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken[1]).

E I 255 II 251; M 2 702; P 1 329.

1. Ist der Schuldner zur Leistung in den angegebenen Zeitpunkten **außerstande** gewesen — wegen Unmöglichkeit der Leistung oder wegen persönlichen Unvermögens —, so ist ein **Verzug des Gläubigers ausgeschlossen.** Eine zu liefernde Sache muß also jedenfalls schon vorhanden gewesen sein. Die Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung braucht aber erst in dem Zeitpunkte vorhanden zu sein, in dem es zur Leistung selbst kommen soll, was auch für die Fälle gelten muß, daß die Leistung von der Mitwirkung des Gläubigers abhängt, oder wenn dieser zuvörderst erklärt hatte, die Annahme zu verweigern, und demnächst diese Erklärung widerriefe. Jetzt muß der Schuldner erfüllungsbereit sein. Die Bereitschaft wird namentlich noch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Schuldner vorerst noch solche Maßnahmen zu treffen hat, die vernünftigerweise erst bei bevorstehender Abnahme getroffen zu werden brauchen, wie etwa die Ausscheidung (RG 34, 99; 45, 30). Auch genügt es, daß sich der Schuldner den Leistungsgegenstand jederzeit verschaffen kann (RG 33, 69; 34, 99; 45, 30), so durch Bezug bei einem Dritten, selbst wenn ein Bezugsrecht zuvor noch nicht begründet worden war (RG 50, 255). Bei einem Teillieferungsvertrage muß der Schuldner je zu den einzelnen Teilleistungen erfüllungsbereit sein (RG JW 03 Beil 79[180]). Das Leistungsunvermögen des Schuldners bildet einen Befreiungsgrund für den Gläubiger und ist sonach von ihm zu beweisen.

§ 298

Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet[1]).

E I 256 II 252; M 2 73; P 1 331.

1. Bei allen **Zug-um-Zug-Leistungen** (§§ 274, 320, 348, 368, 371) genügt nicht die Bereitschaft des Gläubigers, die Leistung des andern anzunehmen, um den Annahmeverzug von sich abzuwenden; dazu ist vielmehr erforderlich, daß der Gläubiger auch die seinerseits geschuldete Leistung anbietet, und zwar der Regel nach tatsächlich. Unterläßt er das, dann kommt auch der Schuldner trotz Zurückbehaltung seiner Leistung nicht in Verzug. Ist der eine Teil seinerseits verpflichtet, ein Grundstück heraus- (zurück-) zugeben, so genügt es, um den zahlungspflichtigen Gegner in Gläubigerverzug zu setzen, wenn der Verpflichtete den Gegner zur Zahlung auffordert und dabei zugleich die Preisgabe des Grundstücks für den Fall der Nichtabnahme androht (RG 73, 69).

§ 299

Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, daß er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, daß der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat[1]).

E II 253; P 1 329.

1. Während der Gläubiger vom Annahmeverzuge durch sein **Unvermögen zur Annahme** regelmäßig nicht befreit wird (§ 293 A 1), sieht § 299 für seine beiden Fälle ausnahmsweise das Gegenteil vor. Muß sich der Gläubiger zur Annahme auch bereit halten, so entsteht die Gefahr, daß er in Verzug kommt, doch erst durch die von seiten des Schuldners erfolgte Ankündigung. In Betracht kommt nur eine bloß vorübergehende Verhinderung,

deren Vorhandensein eine Tatfrage ist. Geeignet zur Inverzugsetzung ist demnach erst ein nach der Ankündigung ergangenes Angebot. Das Vorhandensein des gesetzlichen Befreiungsgrundes hat der Gläubiger zu beweisen, während dem Schuldner der Beweis offensteht, daß er dem Gläubiger die Leistung in „angemessener Frist" (vgl. § 250 A 2) angekündigt habe. Übersendet der Schuldner dem Gläubiger berechtigterweise das Geld und hat der verreiste Gläubiger nicht dafür gesorgt, daß sich der Schuldner seiner Zahlungspflicht entledigen konnte, dann gerät er in Annahmeverzug, und zwar nicht nur vorübergehenden, sondern dauernden (RG Warn 1913 Nr 355). — Über das Recht des Schuldners zur vorzeitigen Leistung s. § 271 A 4.

§ 300

Der Schuldner hat während des Verzugs des Gläubigers nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten[1]).

Wird eine nur der Gattung nach bestimmte Sache geschuldet, so geht die Gefahr mit dem Zeitpunkt auf den Gläubiger über, in welchem er dadurch in Verzug kommt, daß er die angebotene Sache nicht annimmt[2]).

E I 257 II 254; M 2·73; P 1 331.

1. **Verminderte Haftung des Schuldners** während des Gläubigerverzugs. Eine Verpflichtung des Gläubigers zum Schadensersatze ist, anders als beim Schuldnerverzuge (§ 286), für den Fall des Gläubigerverzugs nicht anerkannt (RG 24. 6. 08 V 452/07). Das Gesetz mildert hier aber wenigstens die Haftung des Schuldners gegenüber § 276. — Dieser Grundsatz gilt allgemein für alle Schuldverhältnisse, auch für das aus der Wandlung entstehende (RG 56, 270), mit der Folge, daß, wenn der Verkäufer auf die gerechtfertigte Wandlungserklärung des Käufers hin, diesem die Kaufsache nicht rechtzeitig abnimmt, der Käufer, der bis dahin betreffs der Sache die Fürsorgepflicht hatte, jetzt nur noch für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz haftet (RG Warn 1912 Nr 376). Über die Beweislast vgl. § 282.

2. **Gefahrübergang bei der Gattungsschuld.** Über die Frage, wer die Gefahr trägt, und insbesondere über die verschiedene Regelung bei der Speziesschuld und der Gattungsschuld vgl. § 243 A 1, 4. Gemäß § 300 geht bei der letzteren Schuld die Gefahr auf den Gläubiger erst über nach Beschränkung des Schuldverhältnisses im Sinne des § 243 Abs 2 (vgl. dort A 3) und mit dem Zeitpunkt, in dem der Gläubiger durch Nichtannahme der angebotenen Sache (§ 90) in Verzug gerät; es muß also die Sache bereits ausgeschieden und daraufhin dem Gläubiger angeboten worden sein; geht sie alsdann erst unter (durch Brand), dann bleibt der Käufer zur Gegenleistung verpflichtet; während der Verkäufer im Falle des Untergangs der Sache vor erfolgter Beschränkung des Schuldverhältnisses (also vor Angebot der bereits ausgeschiedenen Ware) seinerseits die Gefahr tragen müßte und mithin gemäß § 279 von der Leistungspflicht noch nicht befreit sein würde (RG 57, 402). — Ist der Käufer im Abnahmeverzuge, so muß er für die ihm bereits angebotene Ware Sorge tragen, andernfalls hat er den vom Verkäufer bewirkten Selbsthilfeverkauf gegen sich gelten zu lassen (RG JW 03 Beil 6[14]). Über weitere Folgen des Verzugs bei gegenseitigen Verträgen vgl. § 326 Abs 2. — Über das Hinterlegungsrecht des Schuldners und das Recht der Versteigerung vgl. die §§ 372, 383, ferner § 303.

§ 301

Von einer verzinslichen Geldschuld hat der Schuldner während des Verzugs des Gläubigers Zinsen nicht zu entrichten[1]).

E I 259 II 255; M 2 57; P 1 332.

1. Solange der Gläubigerverzug währt (vgl. § 284 A 2) **ruht jede Art von Zinspflicht.**

§ 302

Hat der Schuldner die Nutzungen eines Gegenstandes herauszugeben oder zu ersetzen, so beschränkt sich seine Verpflichtung während des Verzugs des Gläubigers auf die Nutzungen, welche er zieht[1]).

E I 258 II 256; M 2 74; P 1 332.

1. **Herausgabe der Nutzungen.** Solange der Gläubigerverzug währt (§ 284), ist der Schuldner zur Ziehung von Früchten im Interesse des Gläubigers nicht verpflichtet (M 2, 75); er hat daher grundsätzlich nur die tatsächlich gezogenen Nutzungen (§ 100) herauszugeben. Ob aber dem Schuldner überhaupt die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum

Ersatze der Nutzungen obliegt, bestimmt sich nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses, beispielsweise §§ 667, 987, 990, 1422.

§ 303

Ist der Schuldner zur Herausgabe eines Grundstücks verpflichtet, so kann er nach dem Eintritte des Verzugs des Gläubigers den Besitz aufgeben. Das Aufgeben muß dem Gläubiger vorher angedroht werden, es sei denn, daß die Androhung untunlich ist[1].

E II 257; P 1 332.

1. Diese Bestimmung gibt dem Schuldner nur das Recht zur **Aufgabe des Besitzes eines Grundstücks** (§ 856), nicht aber auch die Befugnis zum Verzichte auf das Eigentum (§ 928). Für etwaige Beschädigungen nach der Preisgabe des Grundstücks ist der Schuldner, da seine Handlung keine widerrechtliche, nicht haftbar (RG 73, 69). Das Recht aus § 303 ist gegeben, sobald der andere Teil sich im Sinne des § 295 oder des § 298 in Verzug befindet; die Androhung der Preisgabe kann mit dem Leistungsangebote wirksam verbunden werden (RG 73, 70; hier hatte der Käufer wegen Nichtigkeit des Kaufvertrags Rückzahlung des Kaufpreises verlangt und bei der Mahnung zugleich die Preisgabe des gekauften Grundstücks angedroht). Die Androhung ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung (§§ 130—132). Ob sie untunlich ist, entscheidet sich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Falls es im Interesse des Schuldners geboten scheint, beispielsweise, weil die Aufgabe des Besitzes keinen Aufschub duldet, kann danach auch von einer Androhung mittels öffentlicher Zustellung abgesehen werden. — Über anderweite Befugnisse des Schuldners bei Wertpapieren und sonstigen beweglichen Sachen vgl. §§ 372, 383. Falls der Schuldner durch den Verzug des Gläubigers in eine Notlage gerät, aus der ihn auch die Hinterlegung des geschuldeten Gegenstandes nicht befreien würde, kann er sich auch bei andern Gegenständen als Grundstücken nach dem Gesichtspunkte des § 303 und weiter der §§ 242, 157 durch ihre Preisgabe der Gewährungspflicht entledigen (RG 60, 163; der Verkäufer von Kuxen hatte diese, nachdem der Käufer in Abnahme- und Zahlungsverzug geraten war, der Gewerkschaft zur Verfügung gestellt, um sich von der Haftung für Zubuße zu befreien).

§ 304

Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstandes machen mußte[1].

E I 261 II 258; M 2 76; P 1 333.

1. **Ersatzpflicht** des Gläubigers für **Mehraufwendungen** des Schuldners (§ 256 A 1), wobei insbesondere die nötig gewordenen Aufbewahrungs- und Erhaltungskosten in Frage kommen. Nur die wirklich erforderlichen Aufwendungen kommen hier in Betracht (RG 45, 302); dagegen nicht auch solche, die der Schuldner für erforderlich halten durfte (§ 670). Die Ersatzpflicht des Gläubigers besteht ohne Rücksicht auf Verschulden („Veranlassungsgrundsatz"); gemäß § 273 hat der Schuldner auch das Zurückbehaltungsrecht. — Falls der Gläubiger zugleich in Leistungsverzug gerät (vgl. § 284 A 1), richtet sich seine Haftung insoweit nach den Grundsätzen vom Schuldnerverzug.

Zweiter Abschnitt

Schuldverhältnisse aus Verträgen

Erster Titel

Begründung Inhalt des Vertrags

§ 305

Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt[1—8].

E I 342 II 810; M 2 175; P 1 447; 6 163.

Die §§ 305—319 haben den Vertrag als Entstehungsgrund von Schuldverhältnissen im Auge. Über die entsprechenden anderweiten Rechtsgründe vgl. Vorbem 3 vor § 241. Über den Begriff Vertrag und die Entstehung eines solchen vgl. Vorbem 1 vor § 145. Über den gegenseitigen Vertrag insbesondere handeln die §§ 320—327.

1. **Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft** (Vorbem 1, 2, 3, 4 vor § 104). Nach dieser Bestimmung können Schuldverhältnisse auf rechtsgeschäftliche Art der Regel nach nur mittels eines Vertrags, mithin nur mittels eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts begründet oder geändert werden. Vgl. Vorbemerkungen vor § 145. Einseitige Rechtsgeschäfte sind sonach lediglich in den ausdrücklich zugelassenen Sonderfällen zur Begründung eines Schuldverhältnisses ausreichend (vgl. Vorbem 3 vor § 241). Auch im Gebiete des öffentlichen Rechtes können Schuldverträge mit privatrechtlichen Wirkungen abgeschlossen werden (RG 65, 3; 67 S. 292 u. 336; JW 1910, 63[9]). — Auch zur Aufhebung eines Schuldverhältnisses ist der Vertrag ein geeignetes Mittel (nudo consensu). Er bedarf dazu selbst dann nicht der Form, wenn der Begründungsvertrag (§ 313) seinerseits formbedürftig war (RG 16. 2. 18 V 320/17). **Änderung des Vertragsinhalts.** Wird ein Vertrag durch einen späteren Vertrag mit der Absicht abgeändert, daß der ursprüngliche Schuldgrund bestehenbleibt, so ändert dies an dem ursprünglichen Schuldverhältnisse nur so viel, daß an die Stelle der abgeänderten Abreden die neuen treten (RG 65, 392). So können die Erfüllungsarten oder Abreden über die Verzinsung sowie über die zu gewährende Sicherheit geändert oder neu getroffen werden. In allen solchen Fällen besteht der ursprüngliche Vertrag an sich fort. Ob der spätere Vertrag der für den ursprünglichen Vertrag vorgeschriebenen Form bedarf, hängt davon ab, ob die abändernde Abmachung Bestandteil des ursprünglichen Vertrags werden soll (RG 51, 181; 65, 392; Warn 1911 Nr 226). Vgl. auch § 313 A 2 Abs 3 u. § 566. — Ging die Absicht dahin, den späteren Vertrag an die Stelle des ersteren treten zu lassen, so liegt eine **Umschaffung** (Novation) vor. Das BGB gedenkt dieses Rechtsgebildes nirgends ausdrücklich. Daß es auch unter seiner Herrschaft zulässig ist, folgt aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit. Handelt es sich um eine wirkliche Umschaffung, so hat dies das Erlöschen des ursprünglichen Schuldgrundes zum Ergebnisse, und demnach zur weiteren Folge auch den Untergang der etwaigen Nebenrechte (Bürgschaft, Pfand). Vgl. § 418 für den Fall des Eintritts eines andern Schuldners an die Stelle des ursprünglichen (Passivdelegation), ferner § 364 Abs 2, betreffend die Übernahme einer neuen Verbindlichkeit zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers, endlich § 607 Abs 2 über Umschaffung eines Schuldverhältnisses in ein Darlehn.

2. **„Gemischte Verträge"** sind solche, die Bestandteile aus an sich verschiedenartigen Geschäften enthalten, z. B. Sachmiete und Dienstmiete (RG 33, 47), oder Pacht und Darlehn (RG 37, 90), oder Grundstücksveräußerungsvertrag und andere damit nicht innerlich zusammenhängende Abmachungen (RG 51, 181); Übernahme einer Bürgschaft und außerdem anderer, mit dem Bürgschaftsvertrage selbst nicht vereinbarer (selbständiger) Verpflichtungen (RG 86, 323). Vgl. auch § 139 A 1. Auch in solchen Fällen liegt ein einheitlicher Vertrag vor, falls die Verbindung der einzelnen Abmachungen nicht nur eine äußerliche ist, die bedungenen Leistungen sich vielmehr sämtlich als Leistungen und Gegenleistungen im Sinne desjenigen Geschäfts darstellen, welches nach dem wirtschaftlichen Zwecke als das Hauptgeschäft erscheint. Daher greifen die §§ 325, 326 auch bei gemischten aber einheitlichen Verträgen derart Platz, als stände nur eine Leistung in Frage und als handelte es sich bei den einzelnen, an sich verschiedenartigen Leistungen um Teilleistungen (§§ 325 A 4, 326, 615; RG 61, 358; Gruch 53, 947). Hängen Verlagsvertrag und ein Werkvertrag innerlich zusammen, dann ist anzunehmen, daß der Besteller auf das Kündigungsrecht aus dem Werkvertrage verzichtet hat (RG 86, 107). Besteht dagegen zwischen zwei durch einen Vertrag begründeten Ansprüchen nur ein äußerer, kein innerer Zusammenhang, dann kann der eine auch dann auf Erfüllung weitergehen, wenn der andere sich in einen Anspruch auf Schadensersatz umwandelt (RG Gruch 54, 925), und es ist in solchen Fällen auch der teilweise Rücktritt gemäß §§ 325, 326 möglich (RG 79, 311). Vgl. § 325 A 1 Abs 4. Aber die Einheitlichkeit eines Rechtsgeschäfts wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß äußerlich eine Mehrheit von Verträgen abgeschlossen worden ist, und daß auch nicht durchweg dieselben Personen daran teilgenommen haben; auch in solchen Fällen können die Grundsätze der §§ 346 u. 326 in bezug auf das ganze, als einheitlich anzusehende Rechtsgeschäft Anwendung finden (RG 62, 185; 79, 436; 67, 104; 17. 11. 17 V 194/17; 8. 7. 18 V 111/18). Danach regelt sich auch das Formerfordernis hinsichtlich der einzelnen Abreden sowie die Entscheidung der Frage, ob die gesamten Vereinbarungen nach den für das Hauptgeschäft gültigen Auslegungsregeln zu beurteilen sind, oder ob für jedes einzelne der verabredeten Geschäfte je die zutreffenden besondern Vorschriften maßgebend sind. — Über den Einfluß der teilweisen Nichtigkeit auf die Rechtsbeständigkeit der gesamten Abreden vgl. § 139. Ist aus den mehreren Rechtsgeschäften, aus denen ein Rechtsgeschäft zusammengesetzt ist,

nur ein Teil nichtig (§ 139), dann ist insoweit die Rückforderung der Leistung nicht ausgeschlossen (RG 78, 91).

3. Bei der Frage, welches **örtliche Recht** auf einen zwischen zwei in verschiedenen Gebieten wohnhaften Parteien abgeschlossenen Vertrag anzuwenden ist, entscheidet in erster Linie der Parteiwille (RG 68, 205; 73, 387; Gruch 55, 891 und die dort weiter angezogenen Urteile). Im übrigen vgl. Vorbem 11 vor § 104 und § 269 A 1.

§ 306

[1]) Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig[2]).

E I 344 II 295; M 2 161; P 1 448.

1. Während die §§ 275ff. allgemeine Grundsätze von der nachträglichen Unmöglichkeit für Schuldverhältnisse überhaupt geben (vgl. § 275 A 3), hat § 306 nur **Verträge** im Auge, und zwar nur solche, die **auf eine unmögliche Leistung gerichtet** sind, bei denen also die Unmöglichkeit der Leistung schon zur Zeit des Vertragsschlusses vorhanden war: anfängliche Unmöglichkeit. Richtet sich der Vertrag auf eine erst künftige Leistung, dann ist entscheidend, ob die Leistung auch in dem für sie bestimmten Zeitpunkte noch unmöglich ist. War das zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhanden gewesene Hindernis inzwischen bereits beseitigt, dann versagt § 306. Dies trifft beispielsweise zu, wenn das verkaufte Gebäude zur Zeit des Vertragsabschlusses mit Schwamm behaftet gewesen, der Schwamm aber bis zum Zeitpunkte der Übergabe schon beseitigt worden war (RG Gruch 53, 938). Anfängliche Unmöglichkeit steht also überhaupt nicht in Frage, wenn sich der Mangel bis zum Zeitpunkte der Erfüllung beseitigen läßt (RG a. a. O.). Vgl. anderseits JW 1912, 72[10]. In dem Falle, daß die Behebbarkeit der anfänglichen Unmöglichkeit von den Parteien im Vertrage zur Bedingung gestellt ist, ist die Bestimmung des § 308 maßgebend (vgl. § 275 A 3).

Die §§ 306, 307 sind nur bei schuldrechtlichen Verträgen (§ 341), dagegen nicht auch bei dinglichen (Abtretung) anwendbar (RG Gruch 57, 942). — Betreffs des Falles nur teilweiser Unmöglichkeit vgl. § 139 A 1.

2. Der Paragraph berücksichtigt nur die **sachliche Unmöglichkeit** (§ 275 A 2), dagegen nicht auch, wie § 275, das persönliche Unvermögen (RG 69, 357; 81, 61; JW 08, 712[7]). Daraus folgt, daß, wenn der Schuldner zur Zeit des Vertragsschlusses zur Leistung nur unvermögend war (beispielsweise ein Laie verspricht die Herstellung eines Kunstwerks, oder es verkauft jemand eine fremde Sache, oder die im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau verkauft ein zum eingebrachten Vermögen gehörendes Grundstück ohne Zustimmung des Mannes, RG 80, 250), gleichwohl das Schuldverhältnis hier wirksam entstanden ist und der Schuldner jedenfalls auf das Erfüllungsinteresse haftet, und zwar, sobald sich das Unvermögen als eindauerndes herausstellt, ohne weiteres auf Grund des Vertrags, sonst aber, sobald der Schuldner in Verzug gesetzt ist, bei gegenseitigen Verträgen nach Maßgabe des § 326 (RG 69, 355; 80, 250), Bloßes Unvermögen des Schuldners liegt dann nicht mehr vor, wenn er die Möglichkeit der Leistung trotz des nach Treu und Glauben zu bemessenden Grades seiner Bemühungen nicht hat herbeiführen können; alsdann steht vielmehr objektive Unmöglichkeit in Frage (vgl. § 275 A 5). **Unmöglich ist die Leistung** insbesondere dann, wenn eine Sache oder ein Recht, dessen Gewährung versprochen worden ist, zur Zeit des Vertragsschlusses bereits untergegangen, oder wenn etwa eine verkaufte Hypothek im Zeitpunkte der Vertragsannahme bereits ausgefallen war (RG 29. 5. 18 V 24/18); oder wenn der als vorhanden angenommene Gegenstand (Leistungsgegenstand) überhaupt nicht zur Entstehung gelangt ist, wenn beispielsweise Aktien, deren Lieferung von einer Aktiengesellschaft versprochen wurde, nicht ausgegeben worden sind (RG 52, 417); oder eine angebliche Erfindung vom Patentanspruche überhaupt nicht umfaßt ist (RG JW 1912, 139[14]); oder auch wenn der Schuldner sich einer „von Tag zu Tag verdoppelnden" Vertragsstrafe (also einer ganz ungemessenen) unterwirft (RG SeuffA 61 Nr 351). Käme der Gegenstand später zur Entstehung, so griffe § 308 Platz. Verkauft ein Gesamthandmiteigentümer Bruchstückseigentum, dann leidet der Vertrag nicht an sachlicher Unmöglichkeit, weil die Umwandlung des Eigentums an sich möglich ist (RG Gruch 54, 1064). Ein Vertrag über ein Patent, das hinterher vernichtet wird, ist nicht wegen ursprünglicher sachlicher Unmöglichkeit nichtig, da auch ein nur tatsächliches Patent ein wirtschaftliches Gut ist, dessen Gewährung eine mögliche Vertragsleistung darstellt (RG 11. 7. 08 I 446/07; JW 1912, 139[14]). Anders verhält es sich bei einem Gebrauchsmuster (RG 68, 292; 78, 13). Die Übernahme der Verpflichtung zur Aufgabe eines Rechtes, das dem Erklärenden überhaupt nicht zustand, ist auf eine unmögliche Leistung gerichtet (RG 78, 431, betreffend die Verpflichtung zur Befreiung von einem nicht bestehenden Bauverbote). Auch Rechtsgründe können die tatsächliche Unmöglichkeit begründen (vgl. § 275 A 2; ferner RG 12. 10. 07 V 57/07, Verbot des Bergamts im Interesse der öffentlichen Sicherheit; Warn 1918 Nr 217, betref-

fend den Verkauf einer wegen bereits erfolgter behördlicher Beschlagnahme nicht lieferbarer Ware). Lassen sich die zum Zwecke des Schankbetriebs vermieteten Räume nicht so einrichten, wie es die polizeilichen Anforderungen verlangen, so ist der Vertrag gemäß § 306 nichtig (kein Rücktrittsrecht gemäß § 542; RG Warn 08 Nr 26). Rechtlich unmöglich ist gemäß § 312 ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (RG Gruch 63, 216). — Anwendbar ist § 306 bei dem Verkaufe einer nicht bestehenden Forderung oder eines nicht bestehenden Rechtes nur dann, wenn die Entstehung der Forderung oder des Rechtes an sich unmöglich war, während sonst die Verschaffungspflicht nach § 437 Platz greift (RG 68, 293; 94, 210). Daher greift § 306 auch nicht Platz beim Verkaufe einer noch nicht eingetragenen Hypothek (RG Warn 1914 Nr 150). Miete einer eigenen Sache ist rechtlich möglich (RG JW 06, 437).

Unanwendbar ist § 306 regelmäßig beim Kaufe einer bestimmten Sache, falls nur die Unmöglichkeit besteht, die Sache fehlerfrei oder mit den zugesicherten Eigenschaften zu gewähren. Denn die vertragliche Verpflichtung geht in beiden Fällen nur dahin, die bestimmte Sache zu gewähren, und die vertragsmäßig geschuldete Leistung ist erfüllbar, falls diese Sache gewährt werden kann; während die Haftung für die vorhandenen Mängel sowie für das Fehlen der zugesagten Eigenschaften sich erst aus dem Gesetze gemäß § 459 ergibt. Nur dann ist die Sache anders, wenn dem Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaften in Hinsicht auf den Vertragszweck eine so wesentliche Bedeutung beigemessen war, daß der Ausfall der Eigenschaften zugleich eine Vereitlung des Vertragszwecks und somit letzten Endes die Unerfüllbarkeit des Vertrags wegen qualitativer teilweiser Unmöglichkeit überhaupt zur Folge haben würde. Vgl. § 275 A 4. Die Auffassung, daß das unbedingte Fehlen zugesicherter Eigenschaften die Erfüllbarkeit des Vertrags stets ausschließe (RG 52, 355; 53, 92; 86, 92), kann nicht gebilligt werden. Unsittliche Verträge unterliegen lediglich der Bestimmung des § 138.

Bei **nur teilweiser Unmöglichkeit** (auch qualitativer) regelt sich die Frage, ob das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, nach den Regeln des § 139.

§ 307

Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat[1]). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß[2]).

Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist[3]).

E I 345 II 259; M 2 178; P 1 450.

1. Angewendet sind hier die Grundsätze vom negativen Vertragsinteresse. Vgl. § 122, dem die vorliegende Vorschrift nachgebildet ist. Die Vorschrift trifft sowohl den Versprechenden wie den Versprechensemp änger. Neben dem Schadensersatzanspruche aus § 307 besteht im Falle der Anfechtung des Vertrags die Forderung auf Rückgabe der Bereicherung (RG 51, 92). Bedenklich insofern, als für die Anfechtung eines gemäß § 306 ohnehin nichtigen Vertrags überhaupt nicht Raum ist.

2. Falls **auch der andere Teil die Unmöglichkeit kannte oder kennen mußte** (was zu behaupten und zu beweisen Sache des in Anspruch Genommenen ist), oder wenn Kenntnis wie Kennenmüssen bei keinem Teile zutraf, ist jeder Ersatzanspruch ausgeschlossen. Das wirkliche Kennen des einen Teiles wird durch das bloße Kennenmüssen des andern Teiles noch nicht aufgewogen.

3. Falls die **Leistung teilweise möglich,** der Vertrag insoweit auch gültig ist, teilweise anderseits unmöglich ist (vgl. § 275 A 4), greift der Grundsatz des Abs 1 nur hinsichtlich des nicht erfüllbaren Teiles Platz. Der Einfluß der teilweisen Unmöglichkeit auf die Gültigkeit des gesamten Geschäfts ist im übrigen nach § 139 zu beurteilen. — Bei einem **Wahlschuldverhältnisse** (§ 262) kann die teilweise Unmöglichkeit sich darin äußern, daß die eine oder die andere der Leistungen unmöglich ist. In diesem Falle besteht die Haftung gemäß § 307 auf den Schaden, den der andere erleidet, weil er auf die Möglichkeit sämtlicher Leistungen vertraut hat.

§ 308

Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrags nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird[1]).

Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird[2]).

E I 346 II 260; M 2 180; P 1 454.

1. **Möglichkeit einer Hebung der Unmöglichkeit.** Es handelt sich hier nicht um einen Fall der sog. Konvaleszenz oder um Heilung der Nichtigkeit durch nachträglich eintretende Möglichkeit der Leistung. Der Standpunkt des Gesetzes ist vielmehr der, daß trotz § 306 anfängliche Unmöglichkeit die Nichtigkeit überhaupt nicht zur Folge hat, falls a) die Unmöglichkeit nachträglich gehoben werden kann, und zugleich b) die Parteien beim Vertragsabschlusse schon mit dem Falle gerechnet hatten, daß die Erfüllung werde möglich werden (RG JW 1912, 72[10]). Die Voraussetzung zu b wird also auch schon dann gegeben sein, wenn die Parteien nur stillschweigend davon ausgegangen sind, daß die Möglichkeit der Erfüllung für künftig zu erwarten sei. Wird eine Leistung auf die Zukunft abgestellt (beispielsweise Frachtbeförderung zu Wasser), dann werden die Parteien regelmäßig nur die Erfüllbarkeit zur vorgesehenen Leistungszeit im Auge gehabt haben. Treten lediglich der Natur der Sache nach vorübergehende Hindernisse ein, beispielsweise ein die versprochene Arbeitsleistung hinderndes zeitweiliges Frostwetter, so wird von Unmöglichkeit der Leistung überhaupt nur dann die Rede sein können, wenn die Einhaltung der Leistungszeit wesentlich war (vgl. § 275 A 4). Vgl. auch § 306 A 2 über behebbare Unmöglichkeit.

2. Abs 2 hat den Fall eines im Sinne der §§ 158, 163 **aufschiebend bedingten oder befristeten Vertrags** im Auge, hier also über Abs 1 hinaus den Fall, daß das Wirksamwerden des Vertrags sogar abredegemäß von dem Möglichwerden der Leistung abhängig gemacht worden ist. In diesen Fällen ist für die Frage, ob der Vertrag wegen Unmöglichkeit der Leistung nichtig, allein der Zustand zur Zeit des Eintritts der Bedingung oder des Termins maßgebend. Die Nichtigkeit tritt demnach überhaupt nicht ein, wenn nur die Leistung in jenen Zeitpunkten möglich ist.

§ 309

Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307, 308 entsprechende Anwendung[1]).

E I 347 II 361; M 2 180; P 1 455.

1. Weiterer Nichtigkeitsgrund bei einem Vertrage ist der **Verstoß gegen ein Verbotsgesetz** (vgl. § 134). Hier finden die §§ 307, 308 entsprechende Anwendung. — Eine Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Fall des Verstoßes gegen die guten Sitten ist unzulässig. Dieser Fall wird durch die Vorschrift des § 138 erschöpft. Demnach ist in Fällen letzterer Art auch ein Anspruch auf das negative Vertragsinteresse für beide Teile ausgeschlossen. Vgl. hinsichtlich der Vermächtnisse § 2171.

§ 310

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein künftiges Vermögen oder einen Bruchteil seines künftigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, ist nichtig[1]).

E I 350 II 262; M 2 186; P 1 457.

1. **Vertrag über künftiges Vermögen.** Diese, sozialpolitischen Rücksichten dienende Vorschrift bedroht mit Nichtigkeit nur Verträge des vorausgesetzten Inhalts, trifft also unmittelbar nur das Schuldverhältnis. Die Möglichkeit, ein dingliches Recht — insbesondere Eigentum oder Nießbrauch — an der Gesamtheit als solcher zu bestellen, besteht nach dem Gesetze ohnehin nicht. Möglich ist nur die Übereignung jedes einzelnen zur Gesamtheit gehörenden Vermögensbestandteils in der für ihn zutreffenden Geschäftsform (Auflassung, Übergabe, Abtretung). In welche Form der Vertrag gekleidet ist (z. B. Gesellschaftsvertrag), ob es sich um ein einseitiges Vertragsversprechen oder um einen gegenseitigen Vertrag (§ 320) handelt, ist im Sinne des § 310 gleichgültig. Unter den § 310 fällt auch ein Vertrag, durch den ein im übrigen vermögensloser Geschäftsinhaber alle gegenwärtigen und alle zukünftigen Ausstände des Geschäfts einem andern zur Sicherheit abtritt (RG 67, 166; JW 1911, 576[10];

Warn 1912 Nr 155). Von der Nichtigkeit wird indessen gemäß § 310 unmittelbar nur der die Verpflichtung zur Übertragung begründende Vertrag ergriffen. Die daraufhin erfolgte oder in den Vertrag eingeschlossene abstrakte Übertragung müßte also erst gemäß § 812 rückgängig gemacht werden. Vgl. § 139 A 3. Ein Fall des § 310 liegt nicht vor, wenn zwischen den beiden Beteiligten das Verhältnis besteht, daß der eine Teil die von dem andern Teile mit Dritten abgeschlossenen Kaufverträge durch Lieferung seiner eigenen Ware erfüllt und dafür ihm der andere Teil seine künftigen Außenstände abtritt (RG Warn 1914 Nr 316). Ob die Verpflichtung von einer physischen Person oder einer juristischen übernommen wird, ist gleichgültig. Fälle eines Sondervermögens werden dagegen von § 310 nicht betroffen (vgl. RG JW 1910, 242[30] zu § 311). — Unter das Gesetz fällt nicht ein Vertrag, der nur die Erträgnisse eines bestimmten Vermögensbestandteils, beispielsweise des Grund und Bodens (RG JW 03 Beil 53[122]), oder einzelne Bestandteile des Vermögens (RG JW 09, 11[3]) betrifft. Ebenso wenig ein Vertrag, durch den sich ein Schuldner der freien Bestimmung über die Art der Verwendung der Nutzungen seines Vermögens zugunsten seiner Gläubiger begibt (RG 72, 116). Weiter nicht ein Vertrag, der den Verkauf eines fremden Vermögens zum Gegenstande hat, und auch die Einwilligung des Vermögensinhabers zieht nicht die Anwendbarkeit des § 310 nach sich (RG 79, 285). Eine wirkliche Ausnahme von der Regel des § 310 macht nur die vertragsmäßige Begründung der Gütergemeinschaft unter Ehegatten (§ 1432). Aber es würde unter diese Ausnahme nicht mehr gehören, falls sich ein Ehegatte gegen den andern vertraglich nur zu einer Leistung der im § 310 bezeichneten Art, die Ehefrau insbesondere hinsichtlich ihres Vorbehaltsguts (§§ 1366 ff.) verpflichtete. — Nicht getroffen sind durch § 310 Erbverträge (§§ 2274 ff.).

§ 311

Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauche zu belasten, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[1]).

E I 350 II 263; M 2 187; P 1 458.

1. **Vertrag über das gegenwärtige Vermögen,** und zwar das eigene, dagegen nicht auch ein fremdes. Im letzten Falle findet § 311 keine Anwendung (RG 79, 283). Es handelt sich um eine zwingende Formvorschrift (§ 125), die auf den Fall zu beschränken ist, daß sich die übernommene Verpflichtung auf das gegenwärtige Vermögen als ganzes, wenn etwa auch nur zu einem Bruchteile erstreckt. Die Bestimmung ist daher nicht anwendbar, wenn jemand sich verpflichtet, seine einzelnen Vermögensbestandteile zu veräußern (oder mit einem Nießbrauche zu belasten), mögen sie auch zusammen seinen ganzen Besitz ausmachen; oder wenn Gegenstand des Vertrags ein Geschäft mit Aktiven und Passiven ist (RG Gruch 63, 88); oder wenn es sich nur um bestimmte Vermögensgegenstände handelt, die unter einem Gesamtnamen zusammengefaßt sind, oder die sich als einen Inbegriff darstellen. Derartige Verträge können zwar unter § 419, nicht aber unter § 311 fallen (RG 69, 420; 82, 277). Verkauft indes eine juristische Person (G. m. b. H.) ihre ganze Habe einschließlich ihrer Forderungen sowie des Firmenrechts, dann greift der § 311 Platz, wenngleich im Vertrage die Vermögensstücke im einzelnen aufgeführt sind; doch ist es alsdann unter Umständen möglich, die einzelnen Vertragserklärungen, sofern sie formfreie Rechtsgeschäfte betreffen, mittels der Geschäftsumgestaltung gemäß § 140 aufrechtzuerhalten (RG 76, 2). Unanwendbar ist der § 311, wenn Gegenstand des Vertrags ein Sondervermögen ist (das einer offenen Handelsgesellschaft, RG JW 1910, 242[30]). Ein Fall des § 311 liegt auch dann nicht vor, wenn jemand sich nur verpflichtet, über sein Vermögen nicht zu verfügen und dabei zugleich die Verwaltung seines Vermögens auf den andern überträgt (einen Gläubigerausschuß, RG 72, 116). — Über die Form der Beurkundung vgl. § 128. Bei Schenkungen des gegenwärtigen Vermögens ist gemäß § 311 die Beurkundung der beiderseitigen Erklärungen nötig. — Ausgeschlossen ist die Heilung des Vertrags durch Erfüllung (vgl. § 125 A 2); mithin auch dann, wenn zum gegenwärtigen Vermögen auch ein Grundstück gehört und die Auflassung sowie die Eintragung des neuen Eigentümers erfolgt sind. Denn § 313 Satz 2 hat nur die Heilung des aus Satz 1 sich ergebenden Formmangels im Auge (RG 73, 208). Ob aber der Vertrag wenigstens hinsichtlich der Grundstücksveräußerung gültig wird, bestimmt sich nach § 139 (RG 61, 284).

§ 312

Ein Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten ist nichtig. Das gleiche gilt von einem Vertrag über den Pflichtteil oder ein Vermächtnis aus dem Nachlaß eines noch lebenden Dritten[1]).

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf einen Vertrag, der unter künftigen gesetzlichen Erben über den gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil eines von ihnen geschlossen wird. Ein solcher Vertrag bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[2]).

E I 349 II 264; M 2 182; P 1 456.

1. **Der Vertrag über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten** ist nichtig aus wirtschaftlichen und sittlichen Gründen (M 2, 182ff.). Ob der Dritte zugestimmt hat, ist unwesentlich. Gleichgültig ist auch, ob der Dritte eine bestimmte oder eine noch ungewisse Person ist. (Beispielsweise Vertrag „über alle irgendwoher zufallenden Erbschaften".) Die Bestimmung ist entsprechend anwendbar auch bei Verträgen über einen Bruchteil des Nachlasses, demgemäß auch über den Pflichtteil. Der für tot Erklärte gilt gemäß § 18 ebenfalls nicht mehr als lebend. Verzichtet jemand auf den Pflichtteil eines noch lebenden Dritten, in der Annahme, daß dieser bereits verstorben sei, während der Vertragsgegner wußte, daß der Dritte noch lebte, so ist der Vertrag nicht zustande gekommen, weil es an einer Willenseinigung fehlt, sofern jeder Teil einen Vertrag von anderer Beschaffenheit wollte (§ 154 A 2 Abs 1), und weil der stille Vorbehalt des Vertragsgegners, den Vertrag als Verzicht über den Pflichtteil eines noch lebenden Dritten anzusehen, gemäß § 116 unbeachtlich wäre (**RG** Gruch 63, 213).

2. Gestattet sind Verträge **unter künftigen gesetzlichen Erben** (den nächsten oder weiteren, §§ 1924ff.), jedoch auch hier nur insoweit, als sie den künftigen gesetzlichen Erbteil oder den Pflichtteil zum Gegenstand haben. Sie bedürfen der öffentlichen Beurkundung gemäß § 128. Sie werden gegenstandslos, wenn es überhaupt nicht zur gesetzlichen Erbfolge oder wenn es zur Entziehung des Pflichtteils (§§ 2333ff.) kommt. Gemäß § 312 ist auch das Versprechen, ein Testament nicht anzufechten oder den Pflichtteil nicht geltend zu machen, zulässig. Solche Verträge im Sinne des Abs 2 können aber nur ein Schuldverhältnis begründen, und haben keine erbrechtliche Bedeutung (**RG** 65, 364; 71, 136), und vermögen den Anfall der Erbschaft oder die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs sowie den Eintritt der damit verbundenen Rechtsfolgen nicht zu hindern (**RG** JW 07, 244[7]). Alle jene Folgen vollziehen sich vielmehr zunächst ohne Rücksicht auf den Vertrag, während dieser nur die Verpflichtung zu ihrer Beseitigung begründet.

§ 313

[1]) Ein Vertrag[2]), durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen[1]), bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung[3]). Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen[4]) [5]).

E I 351 II 265; M 2 189; P 458.

1. Der Paragraph hat den sog. **Grundstücksveräußerungsvertrag** im Auge, dessen gesetzliche Voraussetzung ist, daß sich der eine Teil zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet. Hält man an dieser Begriffsbestimmung fest, so ergeben sich folgende Merkmale: a) Der **„eine Teil"**: Da das Gesetz nach seiner klaren Fassung zu erkennen gibt, daß es allein denjenigen Bestandteil des Vertrags treffen will, der die Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung enthält, und da es seinem Wortlaute nach auf das gleichzeitige Vorhandensein einer Gegenverpflichtung zum Erwerbe des Grundstücks überhaupt keine Rücksicht nimmt, und da auch der aus den Motiven (2, 189; Prot 1, 460) ersichtliche Gesetzeszweck offenbar nur der ist, den sich zur Veräußerung eines Grundstücks Verpflichtenden durch das Formerfordernis vor Übereilungen zu schützen (**RG** 78, 121; M 2, 189), so ergibt sich einerseits, daß der Gesetzesfall stets gegeben ist, sooft eine Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung übernommen wird, mag ein gegenseitiger Vertrag vorliegen oder mag die Verpflichtung nur einseitig (vertraglich) eingegangen sein (**RG** JW 09, 11[4]). Anderseits aber folgt, daß für den § 313 dann niemals Raum sein kann, wenn es sich allein um eine einseitige Bindung behufs Erwerbs eines Grundstücks handelt (**RG** JW 05, 126[1]; 1911, 320[7] u. [8]). Daß Verträge, in denen sich nur der eine Teil, sei es zur Veräußerung (pactum de vendendo), sei es zum Erwerbe eines Grundstücks (pactum de emendo) verpflichtet, ohne Gegenversprechen des andern Teiles überhaupt möglich sind, läßt sich im übrigen schwerlich anzweifeln, da das Gesetz zum Zustandekommen eines Vertrags nichts Weiteres fordert als Antrag und Annahme, und auf dem Gebiete der Schuldverhältnisse der Grundsatz der gegenständlichen Vertragsfreiheit herrscht. So läßt sich auch nicht einsehen, weshalb nicht ein Vertragsabschluß lediglich auch auf der Grundlage zulässig sein sollte, daß der eine Teil das Verkaufsangebot, oder aber das Kaufsangebot, macht, und der andere Teil es dabei bewenden läßt, diesen Antrag lediglich als solchen ohne eigene Bindung entgegenzunehmen. Der 5. ZS hat

demgemäß an diesen Auffassungen trotz der in der Literatur erhobenen Bedenken auch ständig festgehalten (RG 81, 134; 95, 7; Warn 13 Nr 396; 15 Nr 42; 18 Nr 71), und die Praxis lehrt, daß im Verkehr Verträge mit rein einseitigen Bindungen der bezeichneten Art in Übung sind. Allerdings hat auch schon der Vertragsantrag allein für sich innerhalb der Annahmefrist gemäß § 145 eine Bindung zur Folge. Aber auch dieser Umstand vermag die Befugnis der Parteien, nach ihrem Gutbefinden jeweils eine vertragliche einseitige Bindung zu begründen, keineswegs auszuschließen (RG 81, 134). Tatsächlich wird sich die Sache wohl so regeln, daß, wenn die Grundstücksveräußerung oder aber der Erwerb zunächst nur im Interesse des Antragenden liegt, es einstweilen bei dessen Antrage verbleibt, daß dagegen, wenn das Interesse am Zustandekommen des Vertrags vorwiegend auf der andern Seite obwaltet, dieser Teil sich selbst jedoch zunächst noch nicht binden will, er es für zweckmäßig erachtet, sich wenigstens den Gegner schon jetzt sogar vertraglich verpflichtet zu machen. Zu beachten ist dabei freilich, daß, auch wenn äußerlich nur ein einseitig bindendes Verkaufsversprechen vorliegt, unter Umständen schon ein unter der Willkürbedingung der Annahmeerklärung abgeschlossener Kaufvertrag vorliegen kann (RG 77, 417; JW 1912, 192[10]). Und zu beachten ist ferner, daß, wenn auf Grund eines vorerst nur bestehenden einseitigen Verkaufsversprechens demnächst der Veräußerungsvertrag selbst zustande kommen soll, auch die Annahmeerklärung des Käufers der gesetzlich vorgesehenen Form bedarf, nach dem Grundsatze (vgl. A 2), daß alle Teile des Grundstücksveräußerungsvertrags formbedürftig sind (RG 81, 134). Wie übrigens das einseitige Verkaufsversprechen formbedürftig ist, so muß nach dem Gesetzeszwecke ein gleiches auch hinsichtlich des bloßen Verkaufsangebots gemäß § 145 angenommen werden. — Ab- Abmachungen zwischen zwei fiskalischen Stationen, wonach die eine sich der andern zur Übereignung eines Grundstücks verpflichtet, sind nicht formbedürftig, weil die verschiedenen Stationen nicht zu verschiedene Rechtssubjekte darstellen, sondern nur Bestandteile des nämlichen Rechtssubjekts sind (RG 59, 404; JW 1912, 640[12]; 1914, 921[5]).

b) Verpflichtung zur Übereignung eines **Grundstücks.** Dies Erfordernis ergibt zunächst, daß ein Vertrag im Sinne des § 313 nur dann vorliegen kann, wenn die Übereignung des Grundstücks den eigentlichen Gegenstand der übernommenen Verpflichtung bildet, so daß auch die Grundstücksübereignung ihrerseits gerade zur Erfüllung jener eigentlichen Verpflichtung dient, und wenn es sich überhaupt um eine Verpflichtung zur Übertragung des Eigentums handelt (s. unter c), — gleichgültig ob um eine unbedingte oder bedingte (RG 77, 417; Warn 1915 Nr 42). Ein Fall des § 313 liegt daher nicht auch dann vor, wenn die Übereignung eines Grundstücks nicht die geschuldete Leistung selbst darstellen, dem Verpflichteten vielmehr nur überlassen sein sollte (facultas alternative, § 262 A 1b), sich durch die Gewährung des Grundstücks von der abredegemäß geschuldeten Leistung zu lösen (RG Gruch 48, 972). Auch dann ist für den § 313 nicht Raum, wenn der Vertrag unmittelbar auf eine andere Leistung als auf die Grundstücksübereignung gerichtet ist, und die gleichwohl erforderliche Eigentumsübertragung lediglich zur Erfüllung jener anderweiten, unmittelbar geschuldeten Leistung gehört, so daß sie in solchem Falle nur mittelbar zur Vertragserfüllung dient. Das trifft namentlich zu, wenn den eigentlichen Gegenstand des vertraglichen Versprechens eine Geschäftsbesorgung bildet, und somit die Verschaffung des Eigentums nur zur Erledigung dieses Geschäfts zu erfolgen hat (RG 77, 132). Gleichgültig ist dabei übrigens, ob der Beauftragte dem Geschäftsherrn das Eigentum am Grundstücke in der Weise zu verschaffen hat, daß er das Grundstück zunächst selbst erwirbt und es demnächst erst seinerseits dem Geschäftsherrn übereignet (RG 54, 78), oder ob er den bisherigen Grundstückseigentümer dazu veranlaßt, das Eigentum unmittelbar an den Geschäftsherrn zu übertragen (RG 77, 132). War indessen die Abrede etwa so gemeint, daß der (anscheinend) Beauftragte selbst gehalten sein sollte, dem andern Teile das fremde Grundstück zu übereignen, und daß mithin diese Leistung seine eigene Vertragsleistung darstellen sollte, dann ist der Fall des § 313 gegeben, ungeachtet dessen, daß die Parteien auch hier etwa den Ausdruck gewählt haben mögen: der Verpflichtete solle dem andern das Eigentum „verschaffen", und ungeachtet der Tatsache, daß es sich um ein fremdes Grundstück handelte. Denn nach dem Wortlaute des Gesetzes ist es an sich unwesentlich, ob sich jemand zur Übereignung eines eigenen oder eines fremden Grundstücks verpflichtet (RG JW 1911, 580[20]). Gleichgültig wäre es im übrigen aber auch hier, ob der Verpflichtete im Sinne des Vertrags das Grundstück, um seiner Leistungspflicht genügen zu können, zuvörderst erst selbst erwerben sollte, oder ob ihm überlassen blieb, die Übereignung unmittelbar durch den Dritten herbeizuführen, falls nur die Übereignung durch den Dritten zugleich zur Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeit des Verpflichteten bewirkt werden sollte. Niemals kann indes der § 313 Platz greifen, wenn es im Sinne einer Abrede etwa nur liegt, daß der Verpflichtete lediglich darum bemüht sein solle, daß der Dritte sein Grundstück dem Berechtigten seinerseits veräußere. Denn alsdann läge nur ein Vertrag über Handlungen vor. — Vgl. das bereits genannte Urteil RG 77, 133ff. Unwesentlich ist es endlich, ob die Verpflichtung übernommen wird, das Grundstück dem Vertragsgegner oder einer von diesem zu bezeichnenden dritten Person zu übereignen (RG 50, 163; 81, 50).

c) Die **Verpflichtung.** Aus der allgemeinen Fassung des Gesetzes, die ohne Einschränkung alle Fälle der Übernahme einer Verpflichtung zur Grundstücksübereignung umschließt, folgt ferner, daß die Gesetzesanwendung niemals davon abhängig ist, in **welche Geschäftsform** die Übernahme der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung gekleidet wird, wenn es sich nur materiell um die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung handelt. Daher ist α) die **Anwendbarkeit** des § 313 beispielsweise **anzunehmen** in folgenden Fällen: bei der Einräumung eines Wiederkaufsrechts (RG JW 1911, 320[7]), sowie des Vorkaufsrechts, und zwar nicht nur des persönlichen (RG 59, 132; 72, 385; 79, 435), sondern auch des dinglichen, soweit es sich um den die Verpflichtung zu dessen Bestellung begründenden Vertrag handelt (vgl. dagegen § 1094 A 3; unentschieden geblieben in RG 72, 385); denn die gleichen Gründe, die für die Formbedürftigkeit einer Vereinbarung betreffs des persönlichen Verkaufsrechts sprechen, müssen auch Platz greifen, wenn der Eigentümer die Verpflichtung zur Bestellung eines dinglichen Verkaufsrechts und hierdurch eine Verpflichtung zur Veräußerung an den dinglich Verkaufsberechtigten eingeht. Nur die Begründung eines solchen Vorkaufsrechts selbst bedarf gemäß § 873 der Form nicht. Weiter bedarf es der Form beim Vorvertrage (RG 48, 135; 53 S. 236 u. 275; 62, 413; 67, 44); weiter bei einer im Nachlaßverteilungsverfahren getroffenen Abmachung, nach welcher das Gesamteigentum der Erben an einem Nachlaßgrundstücke in Miteigentum umgewandelt werden soll (RG 57, 432); bei einem Parzellierungsvertrage zwischen mehreren Personen, des Inhalts, daß die eine von ihnen sich verpflichtet, das ihr gehörende Grundstück den Parzellenkäufern zu übereignen, und zwar mit der Maßgabe, daß Gewinn und Verlust unter die Vertragsparteien verteilt werden soll (RG 50, 165; 68, 261; Gruch 49 S. 627 u. 619); sodann bei einem Abkommen unter Miteigentümern, wonach bei der Zwangsversteigerung behufs Aufhebung der Gemeinschaft der eine Miteigentümer gegen Entgelt vom Weiterbieten Abstand nimmt (RG Gruch 52, 121); bei der Vereinbarung unter Gesellschaftern, daß ein Grundstück gemeinschaftliches Eigentum werden soll (RG 17. 5. 05 I 642/04 und Warn 08 Nr 23, betreffend die Einbringung eines Grundstücks in die Gesellschaft), selbst dann, wenn das Grundstück von einem Gesellschafter erst erworben werden soll, freilich nicht, wenn nur Besitz und Nutzungen der Gesellschaft zufallen sollen (RG 19. 10. 04 V 141/04); bei einem Vertrage, durch den ein Gesellschafter sich verpflichtet, sein Grundstück zur Veräußerung für gemeinschaftliche Rechnung zur Verfügung zu stellen (RG 69, 721); ferner bei einem Dienstvertrage, in dem der eine Teil mit dem Verkaufe seines Grundstücks einen andern entgeltlich beauftragt und sich dabei zur Veräußerung des Grundstücks an den vom Beauftragten zu bezeichnenden Dritten verpflichtet (RG 81, 49); endlich beim Verzichte auf den bereits erklärten Rücktritt von einem Grundstücksveräußerungsvertrage (RG 66, 432; JW 08, 479[9]); bei der Veräußerung eines Handelsgeschäfts, zu dem ein Grundstück gehört; beim Grenzfeststellungsvertrage, falls die Nachbarn sich gegenseitig Teile der Grundstücke abtreten (RG Gruch 50, 957); bei Verträgen über die freiwillige Abtretung von Grundeigentum an einen mit dem Enteignungsrecht ausgestatteten Unternehmer, wenn die Abtretung schon vor Verleihung des Eigentumsrechts erfolgt ist, während die Anwendbarkeit des Art 12 § 1 Abs 2 des PrAG, wonach schriftliche Form genügt, fordert, daß das Enteignungsverfahren (beginnend mit der vorläufigen Feststellung des Plans) stattgefunden hat (RG 70, 45). Der sog. Offertvertrag (A 1 a. E.) unterliegt, falls dem Antragsgegner das Recht zur Verwaltung für eigene Rechnung für die Zeit des Schwebens des Angebots eingeräumt wird, dem Formzwange, weil er „in Wirklichkeit schon den Kauf verfrüht in Kraft setzt" (RG Gruch 59, 347). Gleichgültig ist es auch, in wessen Interesse das Rechtsgeschäft vorgenommen wird; verpflichtet sich der eine Teil, dem andern ein Darlehn zu gewähren, und zwar mit der Maßgabe, daß der Darlehnsempfänger auf das Darlehn ein Grundstück anzunehmen, der Darlehnsversprecher aber zur Gewährung des Grundstücks auch verpflichtet ist, dann ist das Rechtsgeschäft formbedürftig; dieses trifft jedoch dann nicht zu, wenn der Darlehnsversprecher sich nur das Recht vorbehalten hat, auf das Darlehn ein Grundstück zu gewähren (RG 95, 6). — Über das Formerfordernis bei gemischten Verträgen vgl. § 305 A 3.

β) **Formbedürftig** sind dagegen **nicht:** ein Vertrag, durch den die Begründung eines nur beschränkten Rechtes am Grundstücke (jus in re aliena) versprochen wird (mit Ausnahme des Vorkaufsrechts, RG 59, 132); die Übernahme der Verpflichtung, von einem Rücktrittsrechte demnächst keinen Gebrauch zu machen (RG JW 05, 171[11]), oder ein Grundstück nicht zu verkaufen (RG Gruch 49, 625), oder ein Grundstück zu erwerben, selbst wenn das zum Zwecke der Weiterveräußerung geschehen soll (RG 68, 262; JW 09 S. 160[6], 656[6], 722[11]; Warn 1916 Nr 275), ohne daß freilich gleichzeitig eine Verpflichtung dazu eingegangen sein darf (RG 68, 260, betr. eine derartige Abmachung unter Gesellschaftern); ferner ein Vertrag, durch welchen ein geschäftsführender Gesellschafter ein Grundstück für die Gesellschaft kauft, selbst wenn er es zunächst auf seinen Namen eintragen läßt, und hieraus für ihn die Verpflichtung zur Herausgabe des Grundstücks an die Gesellschaft aus § 667 hervorginge; oder wenn ein Gesellschafter einem Dritten das Recht auf die Unterbeteiligung an dem Gesellschaftsunter-

nehmen abtritt, selbst wenn dieses auf die Verwertung der der Gesellschaft gehörigen Grundstücke gerichtet ist (RG JW 09, 722[11]); weiter ein Vertrag zwischen den beiden Mitgliedern einer offenen Handelsgesellschaft (oder ihren Erben), wonach der eine Teil das gesamte Gesellschaftsvermögen einschließlich des Grundstücks allein übernimmt (RG 65, 240, unter entsprechender Anwendung des § 738 Satz 1); des ferneren ein Vertrag, durch den ein neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft eintritt, zu deren Vermögen ein Grundstück gehört (RG 82, 160); weiter nicht der Vertrag, durch den die Gesellschafter sich verpflichten, ein Grundstück zu einem gemeinsamen Zwecke zu erwerben (RG 82, 302). Formfrei ist die Abtretung des Vertragsanspruchs auf Auflassung (RG 53, 268; Warn 09 Nr 287), oder die Abtretung des Rechtes aus einem Meistgebote (RG Warn 09 Nr 394); die Aufhebung eines Grundstücksveräußerungsvertrags (möglicherweise stillschweigend, RG Gruch 49, 892), es sei denn, daß sich der Käufer zugleich zur Rückauflassung verpflichtete (RG 60, 398). Der § 313 greift nicht Platz, wenn eine Landgemeinde dem Vertragsgegner den Beschluß, wonach sie sich zum Abschlusse des Kaufvertrags entschlossen hat, vor formgerechter Vollziehung der Verpflichtungsurkunde mitteilt; durch diese auch nur formlose Mitteilung wird, selbst wenn demnächst die Aufnahme des Beschlusses in die Verpflichtungsurkunde unterbleibt, dieser Formmangel aus § 88 Nr 7 Abs 2 Satz 1 der preuß. Landgemeindeordnung geheilt (RG JW 11, 749[3] in Verbindung mit RG 73, 73). Ist ein formgültiger Vertrag demnächst unwirksam geworden, weil die ihm beigefügte Bedingung (Willkür-B.) ausgefallen, dann bedarf es zwar eines neuen förmlichen Vertragsabschlusses, dabei können die Parteien jedoch hinsichtlich des Vertragsinhalts auf den früheren Vertrag verweisen, und zwar auch ohne daß die Beifügung als Anlage erforderlich wäre; es genügt daher beispielsweise, wenn die Parteien in notarieller Form nur erklären, daß der (hinfällig gewordene) Vertrag verlängert werde (RG 77, 465).

Viel könnte dafür sprechen, den Grundstücksveräußerungsvertrag dem Formerfordernisse überhaupt zu entziehen, wenn seine Bedingungen dem Verkäufer nur günstig sind, da doch das Gesetz gerade bezweckt, den Verkäufer vor übereilter, ihn schädigender Veräußerung zu schützen (A 1 Abs 1). Indes das Gesetz läßt nach seiner vorbehaltlosen Fassung eine derartige Ausnahme nicht zu (RG 10. 3. 15 V 477/14). Überdies würde die Lösung der Frage, ob das Geschäft für den Verkäufer überwiegend günstig sei, häufig genug zu den erheblichsten Zweifeln führen und gerade zur Vermehrung der Prozesse beitragen.

γ) Wenn in Ansehung eines Grundstücksveräußerungsvertrags auch ein an der Veräußerung **unbeteiligter Dritter** eine Verpflichtung eingeht, kommt es darauf an, welcher Art die von ihm übernommene Verpflichtung ist, und in welchem Zusammenhange sie mit dem gegebenen Veräußerungsvertrage steht: so wird die Leistung einer Bürgschaft für die Erfüllung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung wohl als formbedürftig erachtet werden müssen, jedenfalls aber die entsprechende Schuldübernahme. Die Formvorschrift kommt dagegen nicht in Betracht, wenn sich ein Dritter nur verpflichtet, das Kaufgeld für den Käufer zu bezahlen (RG Warn 08 Nr 360); oder wenn ein Dritter einer der Vertragsparteien Entgelt für ihren Verzicht auf die Rechte aus dem Vertrage verspricht (RG Warn 1912 Nr 419). Auch bedarf es keiner Form, wenn der Dritte, zu dessen Gunsten der Veräußerungsvertrag gemäß § 328 abgeschlossen worden, diesem Vertrage beitritt (RG JW 04, 296[22], teilw. abgedruckt), da er das Recht ohnehin schon unmittelbar erworben hatte. — Bloße **Hilfs- und Nebengeschäfte** sind grundsätzlich formfrei. An sich ist demgemäß auch nicht formbedürftig die Bevollmächtigung eines Dritten zum Abschlusse des Veräußerungsvertrags (§ 167 Abs 2). Nur dann trifft das Gegenteil zu, wenn die vom Verkäufer erteilte Bevollmächtigung bereits einen Bestandteil des Veräußerungsvertrags selbst bildet, weil etwa der in Wirklichkeit beabsichtigte Verkauf an den Bevollmächtigten in die Form einer bloßen Vollmacht gekleidet wird, wie das bei Parzellierungsverträgen häufig der Fall; oder dann, wenn bei Erteilung der Vollmacht bereits eine Verpflichtung zur Grundstücksveräußerung übernommen wird, so wenn der Verkäufer dem Käufer Vollmacht erteilt, an sich selbst namens des Verkäufers den Verkaufsantrag zu stellen, oder wenn beide einem Dritten derartig Vollmacht erteilen, daß dieser nur anscheinend selbständig handeln, tatsächlich aber den Weisungen der Vollmachtgeber unterworfen sein soll (vgl. § 120 A 2); oder wenn Verkäufer und Käufer sich gegenseitig verpflichten, die Vollmacht zum Vertragsabschlusse namens beider einem Dritten zu erteilen und so schon durch die formlose Vollmachtserteilung diejenige Bindung zwischen den Parteien herbeigeführt werden sollte, welche sie durch den erst formlos abgeschlossenen Vertrag noch nicht begründen konnten (RG 54, 79; 62, 336; 76, 183; 79, 215; 81, 51). Ferner dann, wenn nur der Schein einer Bevollmächtigung vorliegt, während der anscheinend Bevollmächtigte in Wirklichkeit nur als das Werkzeug des etwaigen Verkäufers dienen soll, so daß in Wahrheit auch nur dieser letztere als der den Vertrag Abschließende angesehen werden könnte (RG Warn 1913 Nr 396; 1918 Nr 71); endlich dann, wenn die Vollmacht zur Grundstücksveräußerung unwiderruflich erteilt wird (RG Warn 1917 Nr 114). Vgl. dazu des näheren § 167 A 2, § 120 A 1 und unten A 2 Abs 1. Die im Kaufvertrage erteilte Vollmacht wird, sofern sie zu seiner Ausführung erteilt worden, von der Nichtigkeit

des Vertrags (wegen Formmangels) mitergriffen (RG 94, 147; vgl. auch A 4). Die alleinige Vollmacht des Käufers ist stets formfrei (RG Warn 1918 Nr 71). Eine andere Frage ist es, ob die von der Nichtigkeit des Grundgeschäfts (sei es wegen eines Willensfehlers, sei es wegen Formmangels) mitergriffene Vollmacht auch einem gutgläubigen Dritten entgegengehalten werden kann, der im Vertrauen auf die Gültigkeit der ordnungsmäßig erscheinenden Vollmacht verhandelt hat; diese Frage ist zu verneinen, weil dem Dritten die Prüfung der Gültigkeit des der Vollmacht zugrunde liegenden Geschäfts nicht zugemutet werden kann (RG 69, 234; vgl. auch § 167 A 2 und die §§ 171, 172). Insbesondere kann dem Erwerber die Nichtigkeit der Auflassungsvollmacht (aus § 138) dann nicht entgegengehalten werden, wenn sie ihm bei der Auflassung vorgelegt worden und er in bezug auf die Nichtigkeit gutgläubig war (RG 97, 275).

2. Vertrag. Der Vertrag muß, wenn dem Gesetzeszwecke, den sich zur Veräußerung Verpflichtenden vor Übereilungen zu schützen, überhaupt genügt werden soll, vor dem Gerichte oder dem Notar auch wirklich abgeschlossen werden, und es kann daher den Anforderungen des Gesetzes niemals schon dann Genüge geschehen, wenn durch das Verfahren der Beteiligten nur der äußere Anschein erweckt wird, als läge ein Vertragsabschluß vor den angegebenen Stellen vor. Dies wäre dann der Fall, wenn die Beteiligten den Vertrag bereits formlos (privatschriftlich) abgeschlossen hätten, und beiderseits dann nur noch einen Dritten, um den Schein eines förmlichen Vertragsabschlusses hervorzurufen, dazu ermächtigt hätten, das zwischen ihnen bereits Vereinbarte vor Gericht oder vor einem Notar zu Protokoll zu erklären (RG Warn 1913 Nr 396). Ein solches Verfahren diente nur zur Umgehung des Gesetzes und böte den Güterausschlächtern lediglich eine taugliche Handhabe zur Vereitlung des Gesetzeszwecks. Der anscheinend Ermächtigte wäre in Wirklichkeit auch nichts anderes als ein bloßes Werkzeug der beiden Beteiligten (vgl. A 1; RG 76, 24), würde dagegen die Stellung eines Vertragschließenden nicht haben (vgl. § 120 A 1 γ a. E.).

Nach der Regel, daß **die gesamten Abreden** eines Vertrags im Zweifel ein einheitliches Ganzes darstellen (§ 139 A 2), erstreckt sich auch das Formerfordernis des § 313 derart auf jede einzelne Vertragsbestimmung, daß die Gültigkeit des gesamten Vertrags ausgeschlossen ist, wenn auch nur irgendeine Bestimmung der Form ermangelt (RG 52, 4; 64, 40; 65, 392; 72, 2; 76, 34; 80, 402; 91, 231). Ob die Abrede einen (unbedingt) wesentlichen (RG 78, 119; Warn 1913 Nr 309) oder einen an sich nicht wesentlichen Bestandteil des Vertrags betrifft (RG Warn 08 Nr 24, betreffs der Befristung einer Nebenleistung; RG Warn 1914 Nr 151, betreffend die Nichtaufnahme eines Garantieversprechens; 1915 Nr 45, betreffend die Verpflichtung zur Beseitigung einer Hypothek), ist gleichgültig, wofern nur feststeht, daß sie nach dem Willen der Parteien, wie er zur Zeit des förmlichen Vertragsabschlusses bestand, einen Teil des Vertrags ausmachen sollte und von den Parteien daher als wesentlich (relativ wesentlicher Vertragsbestandteil) erachtet worden ist (RG 52, 1; 54, 109; 60, 338; 61, 251; 72, 417; JW 04, 382[2]). Vgl. § 125 A 6 „mündliche Nebenabreden". Die Nichtaufnahme einer Abrede ist sonach nur dann unschädlich, wenn festzustellen ist, daß die Parteien den Vertrag auch ohne die Abrede abgeschlossen haben würden, sie also als unwesentlich angesehen haben (RG 65, 393; Warn 1915 Nr 136). Die Parteien haben es auch nicht in der Hand, der Anforderung des Gesetzes dadurch vorzubeugen, daß sie sich darüber einigen, es solle die fragliche Abrede nicht beurkundet werden (RG 1915 Nr 45), oder daß sie auf die Wahrung der Formvorschrift überhaupt verzichten (RG 61, 267; Warn 1915 Nr 45). Ist neben dem Kaufvertrage ein anderes Nebengeschäft derart abgeschlossen worden, daß zwischen beiden Geschäften eine sich gegenseitig bedingende innere Beziehung besteht, das eine Geschäft also nicht ohne das andere abgeschlossen worden wäre, und daß das Nebengeschäft etwa nicht lediglich aus Anlaß des bereits als bewirkt gedachten Grundstücksverkaufs, der veränderten Rechtslage Rechnung tragend, vorgenommen wurde, dann liegt ein einheitlicher Grundstücksveräußerungsvertrag vor, und bedarf auch das Nebengeschäft als Bestandteil dieses Gesamtvertrags der Form des § 313 (RG 97, 219, betreffend einen mit einem Grundstücksverkaufe verbundenen Mietvertrag, und Warn 1913 Nr 219, betreffend einen daneben abgeschlossenen Bierbezugsvertrag). — Weiter folgt, daß Nichtigkeit des gesamten Vertrags auch dann gegeben ist, wenn irgendeine Vertragsabrede **anders beurkundet** wird, als sie in Wirklichkeit vereinbart worden — (über den entsprechenden Einwand vgl. § 125 A 6), wobei es auch hier nicht darauf ankommt, welcher Punkt des Vertrags von der Unrichtigkeit betroffen ist (RG JW 06, 548[14]; Warn 08 Nr 134; JW 1912, 237[4], betreffend eine Abrede über Ausschluß der Gewährleistung; RG JW 05, 426[3]; 10. 5. 11 III 382/10, in welchem Falle der Anrechnungspreis einer auf den Kaufpreis übernommenen Hypothek zu niedrig angegeben war; ferner RG 72, 2; 78, 44; SeuffA 58 Nr 96; JW 09, 653[1], wo es sich um die unrichtige Beurkundung der Gegenleistung handelte; Warn 1912 Nr 247, wo der von den Parteien beabsichtigte Tauschvertrag in zwei selbständige Kaufverträge zerlegt war, ohne daß in diesen Verträgen die gegenseitige Bedingtheit zum Ausdruck gebracht worden war; Warn 1915 Nr 257, betreffend die Fortlassung einer Bedingung im Sinne des § 158;

RG 93, 219, betreffend die Übernahme der Verpflichtung, für die Güte der auf den Kaufpreis abzutretenden Hypothek Gewähr zu leisten). Auch das Versprechen einer Vertragsstrafe für den Fall der Nichtannahme des Verkaufsangebots bedarf der förmlichen Beurkundung (RG 53, 257). Auch darauf kommt es nicht an, aus welchem Grunde die unrichtige Beurkundung gewählt worden ist (RG JW 1912, 287[7], wo der Kaufpreis zum Zwecke der Steuerhinterziehung zu niedrig angegeben war). Die Abrede betreffs der Gegenleistung des Erwerbers muß lückenlos beurkundet werden, es genügt nicht die Angabe, daß der Preis bezahlt sei (RG Warn 08 Nr 450 u. 133). Beim Austausch von Grundstücken bedarf es jedoch der Angabe der angenommenen Werte dann nicht, wenn die Parteien darüber einig sind, daß die Werte sich ausgleichen (RG SeuffA 64 Nr 58). Jedoch macht eine unrichtige Angabe der Tauschwerte den Vertrag nichtig (RG JW 1914, 154[17]; Warn 1915 Nr 13).

Endlich ergibt sich aus dem Grundsatze des § 313, daß **nachträgliche Abänderungen** eines Grundstücksveräußerungsvertrags ebenfalls formbedürftig sind, wenn sie einen Bestandteil des Vertrags betreffen (wie beispielsweise die Vorleistungspflicht, RG Warn 09 Nr 74; oder die Art und Weise der Berichtigung des Kaufpreises, RG Warn 1911 Nr 318), und wenn sie alsdann zu Bestandteilen des Vertrags werden sollen (RG 51, 180; 76, 33; 65, 392; Warn 1911 Nr 318; 1916 Nr 243). Im übrigen aber wird das erörterte Erfordernis auf den Fall einzuschränken sein, daß die nachträgliche Abrede irgendwie die Bedingungen der Eigentumsübertragung im Auge hat, indem sie entweder die ursprünglich vereinbarten Bedingungen abändert oder solche neu begründet. In RG 76, 33 ist angenommen, daß auch eine nachträgliche Abrede, durch welche die dem Käufer zur Entgegennahme der Auflassung gesetzte Frist verlängert wird, der Form bedarf, wiewohl diese Abänderung nur zugunsten des Verkäufers erfolgte. In solchem Falle dürfte jedoch eine mildere Auffassung empfehlenswert sein. Auch ein bedingter nachträglicher Verzicht auf die Auflassung (RG JW 1911, 709[6]) sowie die nachträgliche Abrede über die Tilgung des Kaufpreises durch Aufrechnung (RG 10. 5. 11 III 382/10) sind formbedürftig. — Ob die Parteien durch die nachträgliche Abrede den alten Vertrag haben aufheben und ihn durch einen neuen Vertrag haben ersetzen, oder ob sie die nachträgliche Abrede nur zu einem weiteren Bestandteile des bestehenden Vertrags haben machen wollen, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen (vgl. RG Warn 1919 Nr 149). In RG 65, 390 ist ausgeführt worden: Hat der Verkäufer ein notarielles Verkaufsangebot gemacht, der Gegner dies Angebot demnächst notariell (rechtzeitig) angenommen, dann kommt der Vertrag auf dieser Grundlage auch dann zustande, wenn die Parteien vor der Antragsannahme formlos ein das Angebot abänderndes Abkommen treffen, weil die abändernde Vereinbarung wirkungslos geblieben sei. Diese Entscheidung erscheint nicht als unbedenklich. Sind die Parteien zur Zeit der Annahme des Angebots darüber einig gewesen, daß das Angebot mit seinem ursprünglichen Inhalte nicht mehr gelten solle, dann war es abredegemäß schon vor der späteren Annahme derart beseitigt worden, daß es überhaupt nicht mehr als annahmefähig gelten konnte. Denn zur Aufhebung des notariellen Angebots im Wege der Einigung bedurfte es entsprechend dem Grundsatze, daß auch zur Aufhebung eines formbedürftigen Vertrags ein formloser Vertrag genügt, der Form des § 313 nicht. Wenn auf S. 394 des Urteils erwogen worden, daß das notarielle Verkaufsangebot nicht formlos habe abgeändert werden können, so ist das an sich zwar zutreffend. Indessen auf diese Frage kam es im gegebenen Falle überhaupt nicht an, da der notarielle Antrag mit seinem ursprünglichen Inhalte nach dem Willen der Parteien überhaupt nicht mehr Geltung haben sollte, und sonach nicht seine bloße Abänderung in Frage stand. Nach dem bezeichneten Urteile wäre schließlich der Vertrag auf der Grundlage eines Angebots zustande gekommen, das mit diesem Inhalte abredegemäß gar nicht mehr bestehen sollte, und das der Käufer also auch nicht mehr annehmen konnte, auch nicht annehmen wollte.

Keine Formbedürftigkeit. Hat der Eigentümer von dem ihm im Vertrage eingeräumten Kündigungsrechte (betreffs der Parzellierungsvollmacht) Gebrauch gemacht, demnächst aber die Kündigung zurückgenommen und die Vertragsbeendigung weiter hinausgerückt, so bedarf es der Form für diese Erklärungen nicht, weil sie nicht Bestandteil des Vertrags wurde, und der Eigentümer schon auf Grund des Vertrags berechtigt war, die Vertragsdauer so lange währen zu lassen, wie er es nunmehr tat (RG 31. 5. 15 V 36/19). Die Aufhebung eines förmlichen Kaufvertrags sowie der Rücktritt bedürfen der Form nicht (RG 65, 392, 66, 432). Voraussetzung ist hierbei aber, daß die nachträgliche Abrede die Aufhebung schlechthin zum Inhalte hat und nicht etwa einen neuen Vertrag an die Stelle des alten setzen will, da diese Abrede nichtig wäre und somit auch nicht die Aufhebungswirkung haben könnte (RG 16. 2. 18 V 320/17). Keine Vertragsabänderung liegt vor, wenn der Verkäufer dem Käufer die Kaufschuld nachträglich stundet oder erläßt; oder wenn der Käufer nachträglich angewiesen wird, den Preis an einen Dritten zu zahlen (RG 28. 2. 14 V 387/13). — Ist im Vertrage die Bestimmung des Kaufpreises oder des Kaufgegenstandes gemäß § 315 einer Vertragspartei überlassen, dann ist deren die Bestimmung enthaltende Erklärung nicht formbedürftig, weil es sich hier nicht um eine Abänderung des Vertrags handelt (RG Gruch

57, 948). An sich fordert der § 313 auch, daß in der Urkunde ein bestimmter Erwerbsberechtigter angegeben ist (RG JW 06, 388[14]). Aber es muß genügen, wenn der Dritte nur bestimmbar ist oder wenn die Bestimmung des Käufers einem Dritten überlassen wird, und die Benennung des Dritten wird dann ebenfalls formlos erfolgen können. — **Vergleiche** in bezug auf die durch einen Grundstücksveräußerungsvertrag begründeten Rechtsverhältnisse sind nach dem Standpunkte des Reichsgerichts formfrei (RG Gruch 54, 910; Warn 1910 Nr 200). Der dafür angegebene Grund, daß Vergleiche grundsätzlich überhaupt formfrei seien und das Gesetz für Vergleiche auch im gegebenen Sonderfalle keine Ausnahme gemacht habe (Warn a. a. O.), ist jedoch nicht stichhaltig. Denn, hat das Gesetz betreffs des Vergleichs überhaupt keine eigentümlichen Formvorschriften gegeben, dann ist sein Standpunkt hier offensichtlich nur der, daß auch beim Vergleiche lediglich die allgemeinen Regeln von der Form gelten sollen, daher aber trifft das auch bei Vergleichen des in Rede stehenden Inhalts zu, und deswegen müssen auch hier die allgemeinen Grundsätze über die Formbedürftigkeit abändernder nachträglicher Abreden Platz greifen. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb etwas anderes gelten sollte, wenn die Abänderung gerade vergleichsweise erfolgt! Zutreffend ist daher die Entscheidung (RG 94, 151), daß § 313 auch dann Platz greift, wenn im Vergleiche die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung von neuem übernommen wird. Ein Vergleich, in dem sich der eine Teil zur Veräußerung eines Grundstücks oder zur Rückauflassung verpflichtet, während der andere Teil andere Leistungen übernimmt, bedarf daher ebenfalls der gesetzlichen Form, und es müssen in die förmliche Urkunde die sämtlichen Vergleichsabreden aufgenommen werden. — Für die Regeln von der Formbedürftigkeit abändernder nachträglicher Abreden ist kein Raum mehr, wenn sie erst nach vollzogener Auflassung getroffen werden, weil dann eine Verpflichtung zur Veräußerung überhaupt nicht mehr in Frage steht (RG Warn 1911 Nr 225).

3. Gerichtliche oder notarielle Beurkundung (§ 128). Vgl. über die formellen zwingenden Erfordernisse die §§ 175, 177 FGG, wonach das Protokoll vorzulesen und von den Vertragschließenden zu unterschreiben und zu genehmigen ist, und ein Protokoll festgestellt sein muß, daß es geschehen (RG Warn 1914 Nr 242). Vgl. ferner § 128 A 1. Wird der gerichtlichen oder notariellen Verhandlung der privatschriftliche Kaufvertrag als Anlage beigefügt, so muß, um § 313 zu genügen, nicht nur die Verhandlung, sondern gemäß § 176 Abs 2 FGG auch der beigefügte Vertrag verlesen werden, da er „einen Teil des Protokolls" bildet (RG 54, 195; 61, 148; 72, 415; 24. 6. 19 V 157/19). Anlagen unterliegen dem Formzwange jedoch nur dann, wenn ihr Inhalt zur Ergänzung der beurkundeten Erklärung dient; daher braucht eine vom Erklärenden überreichte Vollmacht nicht vorgelesen zu werden (RG 1914, 350[3]). Unterschrieben zu werden braucht nur das Protokoll, weil der Vermerk, daß das Protokoll verlesen und genehmigt worden, auch die Verlesung der Anlage mitumfaßt (RG 71, 318). Gegebenenfalls genügt es, wenn die Parteien ihre Erklärungen vor einem Gehilfen des Urkundsbeamten abgegeben und die von ihm protokollierten Erklärungen vor dem Urkundsbeamten selbst alsdann genehmigt und unterschrieben haben (RG 61, 95). Der gerichtliche Prozeßvergleich macht die Form entbehrlich (RG 48, 183; 1. 11. 05 V 129/05). — Das gleiche trifft zu, soweit eine Landesgesetzgebung von dem Vorbehalte des Art 109 EG für den Fall der Enteignung Gebrauch gemacht und für den Fall freiwilliger Abtretung des Grundeigentums eine Formerleichterung vorgesehen hat (RG 56, 190).

Die **Folge des Formmangels** ist nach § 125 regelmäßig die Nichtigkeit, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist, sobald sie sich nach dem gesamten Vorbringen der Parteien aus irgendeinem Grunde ergibt (RG 61, 264; 12. 6. 11 II 458/10, z. B., weil eine Abrede in dem förmlichen Vertrag nicht aufgenommen worden). Im übrigen vgl. § 125 A 1. Die Nichtigkeit des gesamten Vertrags schließt gegebenenfalls auch die Möglichkeit aus, den Grundstücksveräußerungsvertrag in Gemäßheit der von den beurkundeten Erklärungen abweichenden mündlichen Erklärungen (vermöge einer Geschäftsumgestaltung im Sinne des § 140) aufrechtzuerhalten. Wenn beispielsweise Nichtigkeit wegen zu hoher Angabe des Preises eintritt, besteht auch kein gültiger Vertrag in Höhe des wirklichen niedrigeren Preises (RG 78, 115). Ausgeschlossen ist aber nicht, daß der von den Parteien in Wirklichkeit vereinbarte mündliche Vertrag durch Auflassung und Eintragung geheilt wird (RG 1. 2. 13 V 412/12; 94, 149). Vgl. dazu auch § 117 A 2. Aus einem formlosen Vertrage entsteht auch nicht ein Anspruch auf Auflassung, der durch Vormerkung gesichert werden könnte (RG 55, 340), ebensowenig ein Anspruch auf Schadensersatz oder auf Gewährleistung (RG JW 06, 161[3]). — Inwiefern die Nichtigkeit des Vertrags auch die in ihm eingeschlossenen Nebengeschäfte, insbesondere derartige abstrakte Rechtsgeschäfte, mitergreift, vgl. § 139 A 2 Abs 2. Als Grundsatz muß gelten, daß die Nichtigkeit alle Nebengeschäfte mitumfaßt, die sich als Bestandteile des Grundstücksveräußerungsvertrags darstellen, so daß alle Rechtsgeschäfte zusammen eine Einheit oder ein zusammengesetztes Rechtsgeschäft (§ 139 A 1) darstellen; wie auch umgekehrt der Grundstücksveräußerungsvertrag der Nichtigkeit anheimfällt, wenn das mit ihm zu einer Einheit verbundene Nebengeschäft etwa wegen Formmangels nichtig ist (RG 97, 217).

4. Eine bedeutungsvolle Abweichung von der Regel der Unheilbarkeit der Nichtigkeit (§ 125 A 2) bildet der Satz, daß die Nichtigkeit auf dem Wege **der Auflassung und Eintragung heilbar** ist, und zwar mit der Wirkung von jetzt ab („wird“ gültig), ohne daß eine Rückziehung stattfindet (RG 75, 114), weshalb auch die Verjährung erst von jetzt ab beginnen kann (vgl. § 198 A 2). Die Auflassung muß auch eine rechtswirksame sein, und daher muß auch, wenn sie durch einen Bevollmächtigten vorgenommen wird, die Vollmacht ebenfalls rechtsbeständig sein, was dann nicht zuträfe, wenn sie in einem wegen Scheingeschäfts nichtigen Vertrage erteilt und von der Nichtigkeit ebenfalls betroffen worden wäre (RG 94, 147; vgl. jedoch A 3 Abs 2 a. E., ferner auch A 1 und § 167 A 2). Eine Heilung der Unwirksamkeit der Auflassung könnte gegebenenfalls nur durch Genehmigung der auftragslosen Geschäftsführung herbeigeführt werden (RG a. a. O.). Die Auflassung und die wirklich vollzogene (RG 54, 147) Eintragung müssen zusammentreffen, und zwar bei den sämtlichen veräußerten Grundstücksteilen (RG 56, 385; 60, 340; 78, 44). Beide müssen notwendig auch dasselbe Grundstück betreffen wie der Vertrag. Die Eintragung kann daher nicht Heilkraft haben, wenn sie infolge einer irrtümlich falschen Bezeichnung des Grundstücks im Vertrage auf einem andern Grundbuchblatt bewirkt worden ist, als dem für das zu veräußernde Grundstück angelegten, mag das Ergebnis auch auf Irrtum beruhen. Hat die falsche Bezeichnung des Grundstücks im Vertrage zur Folge gehabt, daß die Eintragung auf dem Grundbuchblatte des fälschlich benannten Grundstücks bewirkt worden ist, so kann dieser Mangel auch dadurch nicht beseitigt sein, daß der Wille der Parteien bei der Auflassung auf Veräußerung und Erwerb des wirklich gemeinten Grundstücks gerichtet war. Denn dadurch wäre wohl die unrichtige Bezeichnung in Ansehung der Parteierklärungen unschädlich gemacht worden, nicht aber wäre die nach § 313 Satz 2 erforderliche Eintragung erfolgt (RG 60, 338; 61, 264). Bei einem Tauschvertrage über Grundstücke ist erforderlich, daß die Auflassung und Eintragung hinsichtlich beider Grundstücke vollzogen worden sind (RG 56, 338; Warn 1912 Nr 247). — Die Heilung des Formmangels tritt auch dann ein, wenn die Auflassung und Eintragung unter Überspringung des ersten Käufers zugunsten des Nachmanns erfolgen, falls nur die Auflassung im Einverständnisse der als Veräußerer und Erwerber beteiligten Personen zur Erfüllung der sämtlichen Veräußerungsgeschäfte vorgenommen wird (RG 71, 402; 82, 346). Erforderlich ist hierbei nicht, daß derjenige, der schließlich die Auflassung erhält, der Rechtsnachfolger des ersten Käufers ist, er kann vielmehr auch ein beliebiger Dritter sein, falls nur der Verkäufer und der erste Käufer nach ihrem Vertrage darüber einverstanden waren, daß der erstere das Grundstück demnächst an einen Dritten verkaufen, diesem alsdann auch die Auflassung erteilen und von ihm anderseits auch den Kaufpreis erhalten sollte; in solchen Fällen genügt es auch zur Heilung des ersten Kaufvertrags, wenn lediglich der erste Käufer und der Verkäufer darüber einverstanden waren, daß auch ihr Vertrag durch die dem Dritten erteilte Auflassung erfüllt werden solle (RG 85, 272). Durch Auflassung und Eintragung werden auch die etwaigen aufeinanderfolgenden Verträge mit Zwischenpersonen gültig, soweit die Verträge auf die Verpflichtung zur Übereignung des nämlichen Grundstücks gerichtet sind (RG Warn 08 Nr 448).

In anderer Weise, insbesondere auch durch eine andere Art der Vertragserfüllung, als durch Auflassung und Eintragung kann die Nichtigkeit nicht geheilt werden (RG 64, 89). So auch nicht dadurch, daß gemäß § 12 des PrGes. v. 7. 7. 91, betreffend Beförderung der Errichtung von Rentengütern, auf Grund Ersuchens der Generalkommission die Umschreibung des Eigentums erfolgt (RG 82, 416). Über die Erfordernisse der Bestätigung vgl. § 141. Hat der Verkäufer arglistig geduldet, daß der Käufer das Grundstück bebaut, so beseitigt auch das nicht die Wirkungen der Nichtigkeit des Veräußerungsvertrags; der Verkäufer wird nach § 951 Eigentümer der Gebäude und kann Rückgabe des nicht aufgelassenen Grundstücks verlangen (RG JW 04, 139[3]). Die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung versagt, wenn die Parteien zur Zeit der ersteren in Streit über mündliche Zusicherungen waren (RG 20. 1. 04 V 304/03). Sonst erstreckt sie sich auf den gesamten Vertrag, einschließlich derjenigen mündlichen Nebenabreden, welche bei der Auflassung noch Vertragsinhalt und also Bestandteil des Veräußerungsvertrags waren (RG 52, 4; 61, 264; 65, 392; JW 09, 191[5] u. 1910, 936[7]; Warn 1914 Nr 279). Entscheidend ist in jener Hinsicht nur der Zeitpunkt der Auflassung, dagegen nicht auch noch der Zeitpunkt der Eintragung, da die Parteien durch die Auflassung dinglich gebunden werden und zu einem nachträglichen einseitigen Widerrufe ihrer Erklärungen nicht mehr berechtigt sind (RG Gruch 51, 926; 1. 2. 13 V 412/12). Es besteht keine Vermutung, daß die in der notariellen oder gerichtlichen Urkunde nicht enthaltenen (formlosen) Vereinbarungen auch noch zur Zeit der Auflassung gewollt waren; wer die Fortdauer behauptet, trägt daher die Beweislast (RG Warn 09 Nr 350). Vgl. des näheren darüber § 125 A 6. Wenn mehrere, verschiedenartige Verkaufsofferten gemacht sind, so kommt der Vertrag lediglich auf Grund derjenigen zustande, die bei der Auflassung als maßgebend erachtet worden ist (RG JW 07, 246[8]).

Geheilt wird endlich durch die Auflassung und Eintragung **nur der Mangel der in § 313**

vorgeschriebenen Form, dagegen nicht auch ein etwaiger anderer Formmangel, wie beispielsweise der Mangel der Beidrückung des Siegels nach § 88 Abs 4 Nr 7 der PrLGO v. 3. 7. 91 (RG 73, 208, betreffend die Formvorschrift der preuß. Landgemeindeordnung), oder ein etwaiger dem Geschäfte anhaftender materieller Mangel, wie ein Willensfehler (Warn 09 Nr 194 und 1911 Nr 12, betreffend formlose Schenkung). Ist durch Landesgesetz für gewisse Fälle (Art 12 PrAG.BGB) nur Schriftform vorgesehen, dann findet Abs 2 des § 313 auch hier Anwendung (RG 29. 1. 16 V 357/15). Der § 313 Abs 2 ist auch nicht auf den Fall des § 566 Satz 2 zu erstrecken, da diese Bestimmung wesentlich nur zum Schutze des Nachfolgers des Vermieters bei eintretendem Eigentumswechsel dienen soll (§ 571). Wohl aber ist ein Formmangel, der deswegen besteht, weil in der an sich formgerechten Urkunde der Kaufpreis zu niedrig oder zu hoch angegeben worden (§ 117 A 2 a. E.), hinsichtlich des mündlich geschlossenen Vertrags heilbar, falls nur die Parteien ernstlich den Vertragswillen überhaupt gehabt hatten und auch willens waren, die Auflösung auf Grund des mündlich abgeschlossenen Vertrags vorzunehmen. Vgl. A 3 Abs 2. Denn der bezeichnete Mangel begründet allein die Nichtigkeit des beurkundeten Vertrags. — Ein privatschriftlicher Vertrag wird zufolge der Heilung stempelpflichtig (RG 60, 398). — Erleichterte Form gewährt für Preußen das AG.BGB in Art 12. Die erleichterte Form kommt nicht zu bei einer gütlichen Einigung über die Grundabtretung zum Betriebe des Bergwerks (RG 56, 190).

5. **Gesetzeskollision.** Der § 313 hat nicht rückwirkende Kraft. Aber ein Vertrag, der vor dem 1. Januar 1900 nicht durch Unterschrift beider Teile fertig zum Abschlusse gekommen, kann auch nicht demnächst durch Nachholung der andern Unterschrift oder durch schriftliches Anerkenntnis gültig gemacht werden (RG JW 02, 37[38]; 24. 6. 05 V 631/04). Der § 313 greift auch dann Platz, wenn der betreffende Vertrag in der Zeit seit dem 1. Januar 1900 bis zur Anlegung des Grundstücks abgeschlossen worden ist, da der Art 189 EG sich nicht auch auf die schuldrechtlichen Grundgeschäfte bezieht (RG 64, 39; 79, 78). Auf Veräußerungsverträge, die ausländische Grundstücke betreffen, findet § 313 auch dann nicht Anwendung, wenn sie im Inlande zwischen Inländern abgeschlossen worden (RG 63, 18), dagegen greift er Platz bei Grundstücksveräußerungsverträgen, die in Schutzgebieten abgeschlossen werden (RG 72, 272). Ob das Formerfordernis des § 313 besteht, richtet sich grundsätzlich nach dem Rechte des Ortes des Vertragsabschlusses (Art 11 Abs 1 EG), und dieser Grundsatz greift gegebenenfalls auch dann durch, wenn das betroffene Grundstück innerhalb eines Rechtsgebiets des Deutschen Reiches belegen ist, in dem bis zur Anlegung des Grundbuchs die Form des § 313 nicht verlangt wird und nur die Form dieses Gebiets gewahrt ist (RG 64, 38; 79, 78; der Kaufvertrag betraf ein im Großherzogtum Hessen befindliches Grundstück).

§ 314

Verpflichtet sich jemand zur Veräußerung oder Belastung einer Sache, so erstreckt sich die Verpflichtung im Zweifel auch auf das Zubehör der Sache[1]).

E I 790 II 265; M 3 65.

1. Die Bestimmung gilt für Verträge aller Art des im Gesetze bezeichneten Inhalts ohne Rücksicht auf den Verpflichtungsgrund (Kauf, Schenkung usw.). Der Grundsatz, der nur eine schuldrechtliche Verpflichtung zur **Mitveräußerung oder auch Belastung auch des Zubehörs** ausspricht, ist um deswillen von besonderer Wichtigkeit, weil dem Gesetze die Auffassung, daß das Zubehör das rechtliche Schicksal der Hauptsache ohne weiteres teilt, fremd ist. Vgl. über den Miterwerb von Grundstückszubehör bei Erwerb eines Grundstücks § 926. Daß der Veräußerer Eigentümer des Zubehörs war, ist kein Erfordernis für die Anwendung des § 314. Entscheidend für den Umfang der Verpflichtung ist der Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses. Bei der Veräußerung eines Gewinnanteilscheins kann der Gewinnanteilscheinbogen als Zubehör des Stammpapiers angesehen werden (RG 77, 335). — Über den Begriff Veräußerung vgl. Vorbem 7 vor § 104, über den Begriff Zubehör § 97.

§ 315

[1]) Soll die Leistung durch einen der Vertragschließenden bestimmt werden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist[2]).

Die Bestimmung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile[3]).

Soll die Bestimmung nach billigem Ermessen erfolgen, so ist die getroffene Bestimmung für den anderen Teil nur verbindlich, wenn sie der Billigkeit entspricht[3]). Entspricht sie nicht der Billigkeit, so wird die Be-

stimmung durch Urteil getroffen; das gleiche gilt, wenn die Bestimmung verzögert wird[4])[5]).

E I 353 II 266; M 2 192; P 1 464.

1. Im allgemeinen gehört zur rechtsgültigen Entstehung eines Schuldverhältnisses auch die Bestimmtheit der Leistung (§ 241 A 1 a. E.). Eine in das willkürliche Ermessen gestellte Bestimmung macht den Vertrag nichtig (RG 40, 199; Warn 1913, 221). Richtiger indes ist zu sagen, daß eine solche Unbestimmtheit schon das Zustandekommen des Vertrags hindert. Aber es genügt schon die **Bestimmbarkeit** der Leistung, und zwar auch eine nur nach billigem Ermessen mögliche Bestimmbarkeit (RG JW 1912, 73[13]; Gruch 56, 917), sofern solche durch die Bezugnahme auf ein bestimmtes Ereignis, z. B. auf den Tageskurs, gesichert ist. Jedenfalls verlangt die Bestimmbarkeit, daß ein gewisser Maßstab für die zu treffende Bestimmung erkennbar ist, und es darf nicht alles der Willkür überlassen sein. Fälle dieser Art behandeln die §§ 315ff., die zur Voraussetzung haben, daß die Leistung **durch einen Vertragsteil** (§ 315) oder durch einen Dritten (§ 317), sei es im Hauptgegenstande, sei es in den Nebenpunkten, beispielsweise hinsichtlich der Leistungszeit (RG 64, 116; JW 1912, 73[11]) bestimmt werden soll. Die im Mangel der zeitlichen Beschränkung einer vertraglich übernommenen Verpflichtung beruhende Unbestimmtheit kann durch Ermessen der Beteiligten und, falls eine Einigung nicht erzielbar, durch richterliche Bestimmung ergänzt werden (RG 64, 116; Warn 1913 Nr 221). — Für die Bestimmbarkeit reicht es nicht aus, wenn etwa vereinbart worden, daß kein Vertragsteil sein Grundstück ohne die Genehmigung des andern verkaufen dürfe, ohne daß ein Anhalt dafür gegeben wäre, unter welchen Bedingungen die Genehmigung versagt werden könne (RG 1. 3. 13 V 401/12). Dagegen fehlt es nicht an der erforderlichen Bestimmbarkeit bei einer Vereinbarung, wonach sich der eine Teil verpflichtet, im Falle der Gründung einer Aktiengesellschaft unter Einbringung eines ihm gehörigen Hotels sich an dieser Gesellschaft in der vorgesehenen Weise zu beteiligen; nur muß die Gründung eine einwandfreie sein (RG 85, 289). Eine hinreichende Bestimmbarkeit ist auch vorhanden, wenn bei Vertragsanträgen oder Kaufverträgen vereinbart ist, daß der Vertragsgegner oder der Antragsgegner berechtigt sein solle, eine andere Person als den Käufer zu benennen; der Vertrag kommt alsdann mit dem Vertragsgegner oder dem Antragsgegner selbst zustande, und diese haben nur das Recht, einen andern in den Vertrag durch Abtretung des Vertragsrechts eintreten zu lassen (RG 20, 37; 24, 66; 38, 168; Gruch 48, 238). Vgl. auch § 145 A 1. — Auch für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung genügt die Bestimmbarkeit des Kaufgegenstandes (RG 12. 11. 13 V 216/13; 28. 2. 14 V 437/13).

Der § 315 umfaßt nur den Fall, daß die Bestimmung der Leistung einer Partei überlassen wird, nicht aber auch den, daß die Bestimmung nachträglicher Einigung vorbehalten bleibt; in solchem Falle ist die Leistung nach billigem Ermessen gemäß § 316 zu bestimmen, wenn eine Einigung nicht erzielt wird (RG Warn 1914 Nr 325). Entsprechend ist § 315 anzuwenden (RG 64, 116), wenn die Leistungszeit einer Partei überlassen wird; alsdann kann die Partei auch die Nachfrist selbständig bestimmen, ohne daß die Zeit der Leistungspflicht zuvor durch das Gericht festgestellt wird (RG 90, 29, wo der Annahme des Urteils RG 64, 114, daß unter den vorausgesetzten Umständen der Richter die Leistungszeit bestimmt haben müsse, bevor der Berechtigte von den Rechtsbehelfen aus § 326 Gebrauch machen könne, entgegengetreten wird).

2. Nur **im Zweifel** ist als Vertragswille anzunehmen, daß der zur Bestimmung berechtigte Teil sie nach dem sachlichen Maßstabe des billigen Ermessens zu treffen hat (arbitrium boni viri). Grundsätzlich ist daher nicht ausgeschlossen, daß einem Teile **der Vertragschließenden** — dem Berechtigten oder Verpflichteten — die Bestimmung nach freiem Ermessen abredegemäß überlassen wird (RG 64, 116). Aber dann wäre zum Schutze des andern Teiles gegen Mißbrauch immer noch der allgemeine Grundsatz des § 242 zu berücksichtigen (RG JW 1912, 346[11]). — Einen Fall freier Willkür gibt das HGB beim Spezifikationskaufe (§ 375).

3. Die **Bestimmung** wird bewirkt durch einseitige, formlose (RG Gruch 57, 950), empfangsbedürftige Erklärung **gegenüber dem andern Teile** (§§ 130—132), die auch bloß durch schlüssige Handlungen erfolgen kann (RG JW 1912, 346[11]). Eine Verpflichtung zur Abgabe der Erklärung sieht das Gesetz nicht vor, wie der andere Teil auch kein Mittel hat, den Bestimmungsberechtigten zur Erklärung (in angemessener Frist) zu veranlassen. Nach seiner Schlußbestimmung droht das Gesetz dem Berechtigten für den **Fall der Verzögerung** nur den Verlust des Bestimmungsrechts an (während nach § 375 HGB das Bestimmungsrecht gegebenenfalls auf den andern Teil übergeht). Auch hier soll über die Frage, ob Verzögerung vorliegt, die richterliche Bestimmung eintreten. Dabei kommt es nur auf die Tatsache der Verzögerung, nicht aber auf Verzug im eigentlichen Sinne (§ 284) an, da

überhaupt eine Erklärungspflicht nicht besteht. Ob eine ungebührliche Verzögerung vorliegt, entscheidet sich nach den Umständen des Falles (RG JW 1912, 386[6]).

4. Nach Abs 3 ist die vom Berechtigten getroffene Bestimmung **wirkungslos**, falls sie nach billigem Ermessen zu treffen war, aber **der Billigkeit nicht entspricht**. Darüber zu entscheiden ist Sache des Gerichts, dessen Urteil gegebenenfalls die Leistung selbst (rechtsbegründend) zu bestimmen hat. Ist z. B. auf Abruf des Käufers in Teilleistungen zu liefern, so entspricht es nicht billigem Ermessen, wenn der Berechtigte, nach längerer Unterlassung des Abrufs, die rückständigen Beträge auf einmal abruft (RG JW 00, 606[9]). Ein Fall der richterlichen Bestimmung ist auch dann gegeben, wenn die Parteien sich darüber einig sind, daß eine Stundung vereinbart ist, und Streit nur über die Dauer der Stundung besteht (RG Warn 1910 Nr 11).

5. Die Billigkeit seiner Bestimmung sowie sein Bestimmungsrecht hat der Berechtigte zu **beweisen**. Danach hat er auch dann, wenn er einen angemessenen Preis fordert und der Gegner behauptet, es sei ein geringerer Preis abgemacht, die Unrichtigkeit dieser Behauptung nachzuweisen (RG 57, 46).

§ 316

Ist der Umfang der für eine Leistung versprochenen Gegenleistung nicht bestimmt, so steht die Bestimmung im Zweifel demjenigen Teile zu, welcher die Gegenleistung zu fordern hat[1]).

E I 354 II 267; M 2 192; P 1 465.

1. Voraussetzung dieser sich selbst auf gegenseitige Verträge einschränkenden Vorschrift ist, daß es sich um eine **Gegenleistung** handelt, die der Art nach bestimmt (z. B. Geldleistung), **im Umfange** aber mangels einer ausdrücklichen wie stillschweigenden Abrede (RG JW 02 Beil 253[162]) noch **unbestimmt ist** („angemessener" Preis). In diesem Falle hat, wenn nichts anderes vorgesehen worden, der Forderungsberechtigte das Recht zur Bestimmung des Umfangs der Gegenleistung, und zwar, ohne daß das besonders verabredet worden (RG JW 09, 15[3]), beispielsweise also der Verkäufer, der zu einem angemessenen Preise verkauft hatte, zur Bestimmung des Kaufpreises. Die Bestimmung muß aber billigem Ermessen entsprechen, und verlangt der Berechtigte eine übermäßige Leistung, dann muß auch hier die Bestimmung durch das Gericht eintreten; dies gilt auch dann, wenn die Vertragsparteien die Bestimmung späterer Einigung vorbehalten haben, eine Einigung aber nicht erreicht wird (RG 60, 177, mit bezug auf einen Verlagsvertrag). Vgl. dazu auch § 315 Abs 3. Haben die Vertragschließenden sich über gewisse Punkte noch eine Einigung vorbehalten, dann hindert das nicht das Zustandekommen des Vertrags gemäß § 154 Abs 1 Satz 1. Vgl. § 154 A 1. — Über die Beweislast s. § 315 A 5.

Für die Fälle des Dienstvertrags, des Werkvertrags und des Mäklervertrags gelten die Sonderbestimmungen der §§ 612, 637, 652, wonach im Zweifel eine angemessene Vergütung zu gewähren ist.

§ 317

Ist die Bestimmung der Leistung einem Dritten überlassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie nach billigem Ermessen zu treffen ist[1]).

Soll die Bestimmung durch mehrere Dritte erfolgen, so ist im Zweifel Übereinstimmung aller erforderlich; soll eine Summe bestimmt werden, so ist, wenn verschiedene Summen bestimmt werden, im Zweifel die Durchschnittssumme maßgebend[2]).

E I 355, 357 II 268; M 2 193; P 1 467.

1. **Bestimmung der Leistung durch einen Dritten.** Abs 1 entspricht dem Abs 1 des § 315. Auch die Person des bestimmungsberechtigten Dritten muß an sich gewiß oder wenigstens bestimmbar sein. Falls es an einer zureichenden Einigung der Parteien noch fehlt, liegt der Fall des § 154 vor. Vgl. die dortigen Ausführungen. Zur Anwendbarkeit des Paragraphen gehört, daß der Dritte die Bestimmung gerade für den vorliegenden Fall zu treffen hat. Daher greifen die §§ 317—319 nicht Platz, wenn das maßgebend sein soll, was von dem Dritten (beispielsweise einer Notierungskommission) in andern Fällen angenommen worden war (RG JW 04, 289[9]; Gruch 51, 503). Alsdann handelt es sich vielmehr um die Bestimmbarkeit der Leistung nach einem Ereignisse (s. § 315 A 1). — Vereinbaren die Parteien (während eines Prozesses), daß ein Sachverständiger auf Grund der beiderseitigen Handlungsbücher feststellen soll, welcher Partei alles in allem ein Guthaben zusteht und daß anderweite Beweiserhebungen ausgeschlossen sein sollen, so handelt es sich um einen zulässigen **Schieds-**

gutachtervertrag, auf den die §§ 317ff. entsprechend anwendbar sind, insbesondere auch § 319 (RG 46, 57).

2. Die **mehreren zur Bestimmung berufenen Personen** stellen, wenn nicht ein anderes verabredet worden ist, eine Einheit dar (RG 87, 195), so daß grundsätzlich nur eine von allen übereinstimmend abgegebene Erklärung berücksichtigt werden darf und beim Mangel einer Einigung die Vorschrift des § 319 Abs 1 Platz greifen muß. Nur wenn es sich um die **Bestimmung einer Summe** handelt, soll im Zweifel der sich als Durchschnitt ergebende Betrag als bestimmt gelten.

§ 318

Die einem Dritten überlassene Bestimmung der Leistung erfolgt durch Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden[1]).

Die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung steht nur den Vertragschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Teil. Die Anfechtung muß unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrunde Kenntnis erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn dreißig Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen worden ist[2]).

E I 356 II 269; M 2 194; P 1 471.

1. **Erklärung gegenüber einem der Vertragschließenden.** Sie ist empfangsbedürftig und unwiderruflich. Welchem von jenen, steht im Belieben des Dritten. Abs 1 entspricht der Bestimmung des Abs 2 § 315.

2. Danach ist die **Erklärung des Dritten** unter den Voraussetzungen der §§ 119 u. 123 **anfechtbar;** dies jedoch mit der Maßgabe, daß nicht der die Erklärung abgebende Dritte, vielmehr ausschließlich die Vertragsparteien als Anfechtungsberechtigte wie als Anfechtungsgegner in Betracht kommen (RG Warn 1913 Nr 350). Eine Abweichung vom Falle des § 123 besteht ferner insofern, als die für ihn in § 124 vorgesehene einjährige Anfechtungsfrist fortfällt und durchweg die Bestimmung des § 121 entsprechend zur Anwendung gebracht ist. — Grundsätzlich ist nicht ausgeschlossen, den Dritten nach Beseitigung seiner ursprünglichen Erklärung durch Anfechtung zur nochmaligen Bestimmung zuzulassen, da seine Erklärung infolge der wirksamen Anfechtung als „von Anfang an" nicht abgegeben zu gelten hat (§ 142). Ein Anwendungsfall des § 318 Abs 2 wird hauptsächlich dann gegeben sein wenn der Dritte die Entscheidung nach freiem Belieben treffen konnte und getroffen hat (§ 319 Abs 2), da den Fall, daß er sie nach billigem Ermessen treffen sollte, der § 319 besonders regelt.

§ 319

Soll der Dritte die Leistung nach billigem Ermessen bestimmen, so ist die getroffene Bestimmung für die Vertragschließenden nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist[1]). Die Bestimmung erfolgt in diesem Falle durch Urteil; das gleiche gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert[2]).

Soll der Dritte die Bestimmung nach freiem Belieben treffen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert[3]).

E I 355 II 270; M 2 193; P 1 468.

1. **Offenbar unbillige Bestimmung des Dritten,** falls sie, was Tatfrage ist (RG Gruch 51, 910), nach **billigem Ermessen** zu treffen war. Ersatz durch richterliches Urteil. Abs 1 Satz 1 entspricht dem § 315 Abs 3 Satz 1, nur daß vorliegend die Erklärung des Dritten für beide Vertragsteile unverbindlich ist und daß die Unverbindlichkeit nur bei „offenbar" unbilliger Bestimmung eintreten soll, wobei es darauf nicht ankommt, ob den Schiedsmännern persönlich ein Vorwurf zu machen ist (RG 25. 3. 04 VII 520/03). Offenbar unbillig ist eine Bestimmung dann, wenn sie den Maßstab von Treu und Glauben in grober Weise verletzt und sich ihre Unrichtigkeit dem Blick eines sachkundigen und unbefangenen Beurteilers sofort aufdrängen muß, wenn auch erst nach einer Beweisaufnahme (RG Warn 1911 Nr 319; 1913 Nr 356 u. 357). Zugrunde zu legen ist der zur Zeit der Erstattung des Gutachtens vorhanden gewesene erkennbare tatsächliche Zustand, und nur, wenn damals bei unparteiischer und sachgemäßer Prüfung einem Sachverständigen hätte auffallen müssen, daß dem erstatteten Gutachten wesentliche Mängel anhafteten, ist dieses für offenbar unbillig zu er-

achten, aber nicht schon deshalb, weil sich hinterher nach der jetzigen Sachlage herausstellt, daß das Gutachten ein objektiv unrichtiges und sachwidriges war (RG 69, 168). Neue Tatsachen zum Beweise der Unbilligkeit sind nicht unbeschränkt zulässig; die „offenbare" Unbilligkeit muß vielmehr aus der Bestimmung des Dritten selbst unter Zugrundelegung der damaligen Verhältnisse ohne weiteres erhellen, wenn auch nur erkennbar für einen Sachverständigen (RG 96, 62). Flüchtigkeit und Oberflächlichkeit sind nicht mit offenbarer Unbilligkeit gleichbedeutend (RG JW 08, 711[3]; 09, 325[30]). Zum Nachweise offenbarer Unbilligkeit einer Schätzung genügt nicht der Nachweis des Unterschiedes zwischen dem erstatteten und einem zu treffenden Gutachten, erforderlich ist vielmehr die ausführliche Darlegung, inwiefern der Schätzer sachwidrig und in einer das Interesse des Anfechtenden offenbar verletzenden Weise verfahren sei (RG Warn 09 Nr 395). Auch Schadensabschätzungen und Schiedsgutachten in Versicherungsangelegenheiten können unter entsprechender Anwendung des § 319 angefochten werden; aber offenbare Unbilligkeit ist gegebenenfalls nicht schon deswegen anzunehmen, weil eine Versicherungsgesellschaft zum Mitgliede der Schiedskommission oder zum Obmann ihren bereits zuvor angegangenen Vertrauensarzt berufen hat (RG 69, 167). Es steht im Belieben jeder Partei, die an sich angreifbare Erklärung schlechthin gelten zu lassen oder auf gerichtliche Entscheidung anzutragen (vgl. § 315 Abs 3 Satz 2 und A 3 das.). „Billiges Ermessen" und „sachverständiges Ermessen" haben inhaltlich gleiche Bedeutung (RG 13. 11. 07 I 67/07). Vgl. auch RG Warn 1910 Nr 320.

2. Die **Bestimmung durch Urteil** ist weiter für den Fall zugelassen, daß sich das von den Parteien zur Bestimmung der Leistung gewählte Mittel als überhaupt untauglich erweist, weil der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder nicht treffen will, oder weil er sie verzögert (s. darüber § 315 A 3). — Der § 319 ist auch dann anwendbar, wenn ein Dritter nicht zur Bestimmung der Leistung, sondern zur Bestimmung eines andern Streitpunktes bestellt ist, dessen Regelung zur Bestimmtheit des Vertragsinhalts gehört (RG Gruch 60, 156).

3. Soll der Dritte die Bestimmung **nach freiem Belieben** treffen, also auch ohne an den Maßstab von Billigkeit gebunden zu sein, so hat die Vereitlung dieses Mittels durch das im Gesetze vorausgesetzte Verhalten des Dritten die Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge, als wäre eine Bedingung für seine Wirksamkeit ausgefallen. Daneben besteht das Recht der Anfechtung gemäß § 318 unter dessen Voraussetzungen.

Zweiter Titel

Gegenseitiger Vertrag

§ 320

[1]) **Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung[3]) verweigern[2]), es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist[4]). Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden[5]). Die Vorschrift des § 273 Abs 3 findet keine Anwendung[6]).**

Ist von der einen Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde[7—9]).

E I 362—364; M 2 200; P 1 626.

1. Der § 320 behandelt den **gegenseitigen Vertrag** nach der materiellen, § 322 nach der prozessualen Seite hin. Seine Eigentümlichkeit besteht darin, daß jeder Teil notwendig schon kraft des Schuldverhältnisses sowohl berechtigt wie verpflichtet, mithin zugleich Gläubiger wie Schuldner ist, und daß die beiderseits versprochenen Leistungen, als Leistung und Gegenleistung, wechselseitig gegeneinander ausgetauscht werden (RG 10. 6. 10 III 349/09) — so beim Kaufe Preis und Sache, beim Dienstvertrage Dienst und Vergütung — und daß mithin jede Partei für ihre Leistung einen Ersatz in der Gegenleistung findet (RG 65, 547). Dabei beruht das Gegenseitigkeitsverhältnis weniger auf der objektiven Grundlage als auf dem Willen der Parteien, so daß es auch nicht darauf entscheidend ankommt, ob die beiderseitigen Leistungen dem Werte nacheinander entsprechen und ob nicht vielmehr gegebenenfalls auch ein erhebliches Mißverhältnis in dieser Hinsicht besteht (RG 81, 365). Auch das ist kein Erfordernis, daß die Leistung gerade dem andern Teile gegenüber zu bewirken sei, da die auszutauschende Leistung unmittelbar zugunsten eines Dritten bedungen sein kann; so beispiels-

weise durch gegenseitige Übernahme von Leistungen an einen Dritten für den Fall der Heirat (RG Warn 1911 Nr 171); ferner, wenn der Käufer die Eigentumsverschaffung zugunsten eines Dritten sich ausbedingt (RG Warn 1917 Nr 269). Notwendig ist jedoch, daß sich das gegenseitige Verhältnis überhaupt als ein Schuldverhältnis darstellt, und daß die Gegenseitigkeit sich nicht in anderer Weise als der angegebenen äußert, wie es beim wechselseitigen Testament (§ 2269) oder beim gegenseitigen Erbvertrage der Fall ist (RG 67, 65). Es liegt ein gegenseitiger Vertrag auch niemals vor, wenn nach dem Schuldverhältnisse an und für sich nur eine Partei berechtigt, die andere dagegen nur verpflichtet ist, ungeachtet dessen, daß nachträglich infolge Hinzutritts weiterer Vorgänge auch die verpflichtete Partei aus dem nämlichen Verhältnisse einen Anspruch, eine Gegenklage (die sog. actio contraria) erlangen kann. Denn auch unter diesen Umständen träfe immer nicht zu (vgl. die §§ 670, 693, 606, betreffend Auftrag, Verwahrung, Leihe), daß die Leistungen der Parteien gegen einander ausgetauscht würden, oder daß schon von vornherein die eine um der andern willen versprochen worden wäre. Anderseits kann es auch bei Vorhandensein eines echten gegenseitigen Schuldverhältnisses vorkommen, daß die hierüber geltenden Grundsätze teilweise unanwendbar sind, nämlich insoweit, als ein Teil der zugesagten Leistungen sich nicht mehr als Gegenleistung, sondern als eine selbständige, durch Nebenertrag begründete Verpflichtung darstellt (wie beispielsweise die von einem Handlungsgehilfen im Dienstvertrage für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses versprochene Konkurrenzenthaltung, RG 54, 125). — Auch das grundsätzlich einseitige Darlehn wird nicht dadurch zu einem gegenseitigen Vertrage, daß der Darlehnsnehmer sich etwa zur Bestellung einer Sicherheit verpflichtet (RG Warn 1912 Nr 207; JW 1914, 76[8]). Denn dies Versprechen stellt sich immer noch nicht als das einer Gegenleistung für das Darlehn dar. Anders, wenn es sich bei einem Darlehn um ein partiarisches Geschäft (mit Gewinnbeteiligung für den Darlehnsgeber) handelt (RG JW 1912, 462[9]). In einem Gegenseitigkeitsverhältnisse stehen auch nicht einerseits die Verpflichtung eines Buchhalters zur Herausgabe der Bücher nach Beendigung des Dienstverhältnisses und anderseits sein Recht auf Gewährung der Vergütung (RG SeuffA 65 Nr 470). Bei einem Gesellschaftsvertrage stehen im Gegenseitigkeitsverhältnisse zwar nur die Verpflichtungen der einzelnen Gesellschafter zur Leistung der Beiträge an die Gesellschaft. Aber dieser Tatbestand reicht zur Annahme eines gegenseitigen Vertrags aus (RG 78, 305). Denn nach richtiger Ansicht sind die Gesellschafter zur Leistung der Beiträge an die Gesellschaft gegeneinander verpflichtet, und daher steht auch dem einzelnen Gesellschafter, der von einem Mitgesellschafter auf Leistung des Beitrags in Anspruch genommen wird, diesem gegenüber, falls auch er seiner Beitragspflicht nicht genügt hat, das Verweigerungsrecht im Umfange des Abs 1 Satz 2 zu. In RG 76, 276ff. ist allerdings angenommen (vgl. anderseits RG 78, 305), daß der Anspruch auf Leistung der Beiträge, wiewohl der Vertrag gemäß § 705 ein gegenseitiger sei, nicht dem einzelnen Gesellschafter, sondern der Gesellschaft zustehe, weil schon der Anspruch auf die Leistung zum Gesellschaftsvermögen gehöre. Aber wie ist es, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind? Soll alsdann doch die Gesellschaft als solche gegen den einen mit der Beitragsleistung im Rückstande gebliebenen Gesellschafter klagen dürfen? Das Leistungsverweigerungsrecht im Sinne des § 320 ist niemals auch auf den Fall auszudehnen, daß ein Gesellschafter anderen Verpflichtungen als der zur Beitragsleistung nicht nachkommt, denn insoweit besteht kein gegenseitiges Verhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaftern (RG JW 1911, 808[11]). Fordert ein Gesellschafter seinen Anteil am Gesellschaftserwerbe, so kann ihm der Einwand des nicht erfüllten Vertrags nicht entgegengesetzt werden (RG 26, 256, für preuß. Recht; ferner RG JW 1911, 808[11]; 13. 7. 15 V 72/15), weil insoweit ein Gegenseitigkeitsverhältnis nicht in Frage kommt. — Schließlich ist zu bemerken, daß sich die Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmungen nicht auf die vorbildlichen Vertragsarten, wo Sache gegen Preis oder Handlung gegen Vergütung ausgetauscht werden, beschränkt, daß sie vielmehr auch sonst gegeben sein kann, wenn eine Leistung, mag sie begriffsmäßig auch nur ein einseitiges Versprechen voraussetzen — wie die Übernahme einer Bürgschaft —, im besonderen Falle gegen eine Gegenleistung zugesagt ist (RG 66, 425). Auch ein Vertrag zwischen einem Gemeinschuldner und einem andern, inhalts dessen dieser sich gegen eine Vergütung verpflichtet, für das Zustandekommen eines Zwangsvergleichs tätig zu sein, unterliegt den Bestimmungen der §§ 320ff. (RG Gruch 53, 932). Desgleichen kann auch in einer Schenkung unter einer Auflage unter Umständen ein gegenseitiger Vertrag gefunden werden, namentlich dann, wenn der Wert der Zuwendung und anderseits der Wert der Auflage einander gleichstehen (RG SeuffA 71 Nr 136). Ferner in dem Versprechen eines Darlehens gegen Bestellung einer Hypothek, sofern es sich hierbei um eine Kapitalsanlage für den Darleiher gehandelt hat (RG JW 09, 309[4]; 1912, 463). Weiter in dem Falle, daß sich der Gläubiger zur Sicherung seines Anspruchs eine Vormerkung auf dem Grundstücke des Schuldners eintragen läßt und dieser die Eintragung bewilligt (vgl. RG 56, 251).

2. Die **Einrede der Leistungsverweigerung.** Aus der Natur des gegenseitigen Vertrags — dem sog. synallagmatischen Verhältnisse — ergibt sich als wesentlichste, innerlich notwendige Folge der Rechtsgedanke, daß nur eine solche Art der Rechtsausübung berechtigt sein kann, die dem Austauschgrundsatze entspricht und die somit dem Umstande Rechnung trägt, daß der eine Anspruch durch den andern bedingt ist. Hierbei ist aber an und für sich eine doppelte Vorstellung möglich: Entweder kann man sich schon die Entstehung der beiderseitigen Ansprüche als gegenseitig bedingt denken; oder man kann davon ausgehen, daß jeder der beiderseitigen Ansprüche je für sich selbständig und unbedingt entsteht, und daß allein das Recht zu ihrer Geltendmachung von dem Gegenanspruche betroffen ist (welcher Unterschied insbesondere im Versäumnisverfahren bedeutsam zutage tritt). Im ersteren Falle genügte zur vollen Begründung des Forderungsrechts nicht schon der Nachweis des Schuldverhältnisses an sich, es müßte vielmehr noch der Nachweis hinzukommen, daß der Fordernde seinerseits schon geleistet oder mindestens die eigene Leistung bereits angeboten habe (§ 71 I 5 ALR). Geht dagegen das beiderseitige Forderungsrecht schon aus dem bloßen Schuldverhältnisse unbedingt wirksam hervor, dann muß zu seinem Nachweis auch schon die Berufung auf das Vorhandensein dieses Verhältnisses genügen, während es anderseits dem andern Teile nur überlassen bliebe, im Wege des Einwandes, zu behaupten, daß auch der Fordernde noch nicht geleistet habe und daher ebenfalls leisten müsse, wenn er fordern wolle. Diese letztere Auffassung, daß der Anspruch auch bei gegenseitigen Verträgen schon auf Grund des Schuldverhältnisses wirksam zur Entstehung gelangt, entspricht nun bereits dem allgemeinen Grundsatze des § 241, nach welchem der Gläubiger „kraft des Schuldverhältnisses" zu fordern berechtigt ist, und das Gesetz hat auch in § 320 keinen Anlaß gefunden, von dem allgemeinen Grundsatze abzusehen, hat sich ihm vielmehr hier offensichtlich angeschlossen. Zu erkennen gegeben hat es seine Stellungnahme unzweifelhaft einmal durch die materielle Bestimmung des Satz 1 Abs 1 in § 320, ferner aber auch durch die prozessuale Vorschrift des § 322. An der ersteren Stelle ist, falls der eine Teil fordert, ohne selbst geleistet zu haben, dem andern Teile lediglich die Befugnis eingeräumt, die „ihm obliegende" (daher aber schon jetzt als geschuldet angenommene) Leistung „bis zur Bewirkung der Gegenleistung" zu verweigern, und dementsprechend sieht auch der § 322 vor, daß die Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts gegebenenfalls nicht zur Abweisung der Klage, sondern nur zur Verurteilung zur Leistung Zug um Zug führen soll. Der Rechtsbehelf aus § 320 Satz 1 hat mithin lediglich die Natur einer **aufschiebenden Einrede** im Sinne der §§ 202, 273, 770 (§ 202 A 2). Sie soll auch nur dazu dienen, die Gegenleistung zu sichern und darf nicht darüber hinaus gemißbraucht werden, um den Gegner zur Übernahme von neuen lästigen Vertragsbedingungen zu zwingen; ein solcher Mißbrauch enthält einen Verstoß gegen Treu und Glauben im Sinne des § 320 Abs 2 (**RG** 24. 3. 11 II 387/10). Die Einrede ist auch nur insoweit zulässig, als sich die Leistungen vertragsmäßig gegenüberstehen; es muß also das Vertragsverhältnis auch noch bestehen, und das träfe beispielsweise dann nicht zu, wenn ein Angestellter sich für den Fall des Dienstaustritts des Eintritts in ein Konkurrenzgeschäft bei Vermeidung einer Vertragsstrafe zu enthalten verpflichtet hat und der Geschäftsherr demnächst wegen der Zuwiderhandlung die Vertragsstrafe fordert (**RG** 54, 125). Eine naturgemäß notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit der Einrede ist im übrigen, daß die anderseits geschuldete Leistung überhaupt noch möglich ist; daher ist aber die Verweigerung auch insoweit unstatthaft, als die Gegenleistung (teilweise) unmöglich geworden ist (**RG** 58, 176; 69, 383; Warn 08 Nr 611; 1918 Nr 135). Über die Zulässigkeit der Einrede bei einheitlichen auf Teillieferungen gerichteten Verträgen vgl. **RG** 68, 22. Hiernach hat der Verpflichtete, der einen Teil der Lieferungen bereits empfangen hat, wegen der dieserhalb bereits schuldig gewordenen Gegenleistung die Einrede aus § 320 auch wegen der vom Vertragsgegner hinsichtlich der weiteren Lieferungen zuvor begangenen Vertragsverletzung. Ein Rechtssatz, wonach der eine Vertragsteil wegen eines bloß illoyalen Verhaltens des Gegners und der dadurch herbeigeführten Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zur Erfüllung seinerseits nicht mehr verpflichtet wäre und die Leistung verweigern könnte, ist bei denjenigen Verträgen, die nicht ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis voraussetzen, namentlich also auch beim Kaufe im allgemeinen nicht anzuerkennen (**RG** Gruch 55, 629). Erhebt der Verpflichtete die Einrede nicht, dann darf sie nicht von Amts wegen ergänzt werden, es ist vielmehr gegebenenfalls der Klageanspruch unbedingt zuzusprechen. — Gegeben ist im übrigen die Einrede sowohl dann, wenn der andere Teil die Leistung überhaupt noch nicht bewirkt hat, wie auch dann, wenn er sie zwar angeboten hat, jedoch nicht so, wie sie verlangt werden könnte (das Nähere A 7). In welcher **Form** der Beklagte die Einrede **geltend macht,** ist unwesentlich. Es muß deshalb genügen, wenn er die Abweisung der Klage wegen (angeblicher) Nichtleistung des Klägers begehrt (a. A. Oertmann A 1). Nur ist dabei freilich vorauszusetzen, daß der Beklagte überhaupt noch auf dem Vertragsstandpunkte beharrt und nicht etwa die Berechtigung des Klageanspruchs oder dessen Erfüllbarkeit überhaupt hat verneinen wollen. So kann bei

einem Werkvertrage der Besteller, der das Werk wegen vorhandener Mängel endgültig ablehnt, nicht zugleich die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützen (RG 58, 173; 51, 369; 69, 381). Das Recht auf die Einrede verliert die Vertragspartei auch dadurch nicht, daß sie den Anspruch auf die Gegenleistung an einen Dritten abgetreten hat (RG 51, 170; 88, 254; Warn 1915 Nr 260; Gruch 55, 640), und der Verpflichtete kann von der Einrede auch dem Rechtsnachfolger des Vertragsgegners gegenüber (dem Zessionar) Gebrauch machen (RG JW 1916, 1115[3]). Die Einrede kann auch bei entsprechender Anwendung des § 320 gegeben sein; so wenn für die Forderung aus einem Werkvertrage gemäß § 648 eine Sicherheitsvormerkung eingetragen worden ist und der Gläubiger demnächst Zahlung verlangt, der Schuldner kann alsdann Zug um Zug die Löschungsbewilligung verlangen (RG 56, 252). — Das Weigerungsrecht aus Satz 1 zeigt zwar verwandte Züge mit dem Zurückbehaltungsrecht aus § 273. Aber während diesem der Rechtsgedanke zugrunde liegt, daß der Gläubiger, der fordert, ohne seinerseits zu leisten, wider Treu und Glauben handelt (§ 273 A 5), folgt das Weigerungsrecht notwendig aus der inneren Natur des Schuldverhältnisses, und so erklärt es sich auch, daß hier — im Gegensatze zu § 273 — die Befugnis ausgeschlossen ist, die Einrede durch Bestellung einer Sicherheit abzuwenden (RG 25. 10. 19 V 190/19). Das Weigerungsrecht tritt bei gegenseitigen Verträgen an die Stelle des Zurückbehaltungsrechts (RG JW 06, 333[8]; RG 68, 22). — Über den Einfluß des § 17 KO auf gegenseitige Verträge vgl. RG 73, 58.

3. **Die Gegenleistung** umfaßt zunächst die eigentliche, vertragsmäßig geschuldete Leistung, und zwar grundsätzlich die volle Leistung, so daß regelmäßig die eigene Leistung verweigert werden kann, bis die anderseits geschuldete Leistung sowohl dem Umfange (RG 57, 399) wie der Beschaffenheit nach (quantitativ wie qualitativ) der vertragsmäßigen Verpflichtung gemäß völlig und gehörig bewirkt worden ist, oder Zug um Zug bewirkt wird (vgl. dazu über den Ausnahmefall A 7). Die Gegenleistung erstreckt sich weiter aber auch auf den Betrag, um den sich die Schuld des Verpflichteten infolge von Umständen vergrößert hat, die er vertreten muß (§§ 275, 285, 286). Denn zur vollen Erledigung der Vertragspflicht und anderseits zur vollen Befriedigung des Gegners gehört es unzweifelhaft, daß diesem gegebenenfalls auch sein durch das vertragswidrige Verhalten des Schuldners begründeter Schaden ersetzt wird. Namentlich steht hier derjenige Schaden in Frage, der dem Berechtigten durch den Verzug des Verpflichteten entstanden, und der ihm sonach noch neben der Leistung des Geschuldeten gemäß § 286 (vgl. §§ 286 A 2 u. 326 A 1) zu ersetzen ist (was in RG JW 1911, 362[11] u. 21. 11. 12 V 240/12 unentschieden geblieben). Wenn etwa der Käufer eines Grundstücks die Umsatzsteuer übernommen, demnächst aber die Entgegennahme der Auflassung verzögert hat, und inzwischen die Steuer erhöht worden ist, und deswegen der Käufer auch für diese Erhöhung haftet (vgl. § 449 A 1), wird der Verkäufer seine Leistung verweigern können, bis der Käufer sich zum mindesten zur Entrichtung der gegenwärtig geltenden vollen Steuer verpflichtet hat. — Wenn die Ansicht vertreten ist (Oertmann § 320 A 4), daß der Berechtigte von der Einrede der Leistungsverweigerung auch dann Gebrauch machen könne, wenn die ihm geschuldete Leistung durch die Schuld des Verpflichteten unmöglich geworden und daher an ihre Stelle der Anspruch auf Schadensersatz getreten sei, so könnte für diese Anschauungsweise höchstens dann Raum sein, falls man davon ausgeht, daß der Berechtigte auch in solchem Falle zu der ihm obliegenden Leistung gemäß § 325 verpflichtet bleibt (Austauschtheorie). Folgt man aber der diesseits vertretenen Auffassung, daß sich der Anspruch des Berechtigten im Falle des § 325 in die rein einseitige Forderung auf eine Geldleistung umsetzt (Differenztheorie; vgl. § 325 A 2), dann ist hier für die Erfüllungsverweigerung überhaupt kein Raum mehr. Vgl. auch Anm 2 und die dort angeführten Urteile RG 58, 167; 69, 383; Warn 08 Nr 611 und 1918 Nr 135.

4. Durch die Übernahme der **Verpflichtung zur Vorleistung** wird die Natur des Rechtsgeschäfts als eines gegenseitigen Vertrags nicht geändert. Die Abrede hat jedoch von selbst zur Folge, daß diejenige Vertragspartei, die sich, früher als die andere zu leisten, verpflichtet, des Rechtes der Leistungsverweigerung einstweilen entbehrt (RG Gruch 63, 219). Das Versprechen der Vorleistung enthält somit zugleich einen Verzicht auf diese Einrede. Es kann auf sie im übrigen auch ausdrücklich verzichtet werden, und in allen Fällen eines solchen (ausdrücklichen oder stillschweigenden) Verzichts gewinnt die Forderung des andern Teiles die Kraft eines einseitigen Anspruchs. Beansprucht werden kann jedoch die Vorleistung allemal nur dann, wenn der Berechtigte ebenfalls fähig und bereit ist, demnächst auch seinerseits zu leisten (RG Warn 08 Nr 297). Daher erlischt die Vorleistungspflicht, wenn der andere Teil bestimmt und endgültig erklärt, daß er die ihm obliegende Leistung überhaupt nicht machen werde, oder nicht machen könne, und der Vorleistungspflichtige kann alsdann von den Rechtsbehelfen aus § 326 Gebrauch machen (RG 18. 11. 15 V 224/15). Die Vorleistungspflicht hat ferner für den Verpflichteten auch den Nachteil zur Folge, daß er die Leistung von dem andern Teile vor Bewirkung seiner Leistung überhaupt nicht verlangen kann, und daß sonach, solange die Vorleistungspflicht besteht, auch ein Verzug des andern

Teiles ausgeschlossen ist (§ 284 A 2). Erst dann ändert sich die Sachlage, wenn inzwischen auch die Leistungspflicht des berechtigten Teiles eingetreten ist, etwa weil inzwischen auch der für ihn bestimmte Leistungstermin erschienen war (RG 21. 11. 12 V 240/12), oder wenn bei einem Teillieferungsvertrage der Käufer die bereits empfangenen Lieferungen nicht bezahlt hat (RG 66, 426). Unter solchen Umständen kann sich der Berechtigte auf die ursprüngliche Vorleistungspflicht des Gegners nach Treu und Glauben nicht mehr berufen, vielmehr ist jetzt Zug um Zug zu leisten (RG 21. 11. 12 V 240/12), wie überhaupt die Berufung auf die Vorleistungspflicht des Gegners unstatthaft ist, wenn sie gegen Treu und Glauben verstieße (RG Gruch 63, 219).

5. Vorausgesetzt ist, daß **mehrere Personen** je anteilig (§ 420) forderungsberechtigt sind. Auch hier entspricht es der ganzen Ausgestaltung des gegenseitigen Vertrags, daß der von einem der Forderungsberechtigten anteilig in Anspruch genommene Gegner auch die Teilleistung bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigern darf. Um dieser Einrede zu begegnen, wäre es gegebenenfalls Sache des einzelnen Klägers, auch die Verpflichtungen seiner mitberechtigten Vertragsgenossen zu erfüllen.

6. Ein Gegenrecht auf Beseitigung der Einrede der Leistungsverweigerung durch **Sicherheitsleistung** ist hier, abweichend von § 273, **versagt**. Vgl. A 2 a. E. Wohl aber kann die bereits geleistete Sicherheit als ein nach § 320 Abs 2 zu berücksichtigender Umstand in Betracht kommen (RG JW 1916, 1189[1]).

7. **Nur teilweise Leistung** der einen Vertragspartei schließt an sich das Recht der andern Partei zur Leistungsverweigerung und zwar betreffs der gesamten Leistung (RG JW 1915, 1003[9]) nicht aus. Das Gesetz beschränkt das Recht jedoch unter der in Abs 2 gegebenen Voraussetzung, indem es, unter Anwendung des allgemeinen Grundsatzes aus § 242 (RG 68, 22; 66, 333; 76, 153) vorsieht, daß derjenige, welcher einen Teil der Gegenleistung bereits empfangen hat, von seinem Weigerungsrechte insoweit, d. h. zu dem Betrage, nicht Gebrauch machen darf, als das gegen Treu und Glauben verstieße (Prot 1, 633; vgl. A 5 bei § 273; RG 56, 151; 68, 22; 76, 153). Ein solcher Verstoß würde im übrigen auch vorliegen, wenn die Einrede der Leistungsverweigerung lediglich dazu benutzt würde, den Gegner zur Übernahme einer lästigen Verpflichtung zu bestimmen (RG 24. 3. 11 II 387/10). Entscheidend ist gegebenenfalls die Schwere und Tragweite der Vertragsverletzung (RG 68, 22, für den Fall eines Teillieferungsvertrags). Demgemäß kommt es auch nicht lediglich auf die verhältnismäßige Geringfügigkeit des rückständigen Teiles an (RG Warn 1913 Nr 405). Denn die Vorschrift gilt sowohl für den Fall, daß dem **Umfange** nach, wie für den, daß nach **Beschaffenheit** der Leistung nicht vollständig, und daher nur teilweise erfüllt worden ist: Einrede des **nicht gehörig erfüllten Vertrags.** Denn unter einer unvollständigen Leistung ist auch eine mangelhafte zu verstehen (RG 52, 355; 56, 253; 57, 400). So braucht der Käufer die Kaufsache nicht anzunehmen und kann seinerseits die Leistung verweigern, wenn ihm die Kaufsache nicht in der vertragsmäßigen (oder einer den gesetzlichen Anforderungen genügenden) Beschaffenheit angeboten wird (RG JW 1912, 461[7]). (Nur im Falle des § 326 gilt die einmal angenommene, wenn auch mangelhafte Erfüllung dennoch als Erfüllung — § 326 A 5; RG Warn 1912 Nr 204.) Das Verweigerungsrecht wegen mangelhafter Beschaffenheit versagt jedoch unbedingt, wenn etwa vereinbart ist, daß alle Meinungsverschiedenheiten über die Beschaffenheit der Ware durch Arbitrage zu regeln seien, weil dann auch die mangelhafte Ware als Erfüllung angenommen werden muß und nur Minderung des Preises verlangt werden kann, es sei denn, daß es sich um Beanstandungen handelt, die überhaupt nicht unter die Arbitrage fallen (RG 73, 257). Überhaupt aber findet auch die Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrags ihre Grenze an dem Grundsatze von Treu und Glauben, und sie versagt grundsätzlich wegen Sachmängel nach bereits erfolgter Übergabe und Auflassung (RG 66, 333). Dem Buchhalter, der vom Geschäftsherrn auf Herausgabe der Geschäftsbücher und auf Auskunft in Anspruch genommen wird, steht demgegenüber die Einrede der Leistungsverweigerung wegen rückständigen Dienstlohns nicht zu (RG SeuffA 65 Nr 233). — Bei der Frage, ob der **rückständige Teil** als **geringfügig** zu erachten, sind die gesamten Umstände zu berücksichtigen; z. B. bei einem Kaufe das Verhältnis zwischen dem Umfange des Geleisteten und anderseits der noch rückständigen Leistung unter Berücksichtigung auch der Schwierigkeiten, die der vollen Leistung entgegenstehen, sowie des Grundes, weshalb die volle Leistung unterblieben ist (RG Gruch 51, 931; JW 1915, 1189[1]; Warn 1913 Nr 405, wonach beispielsweise auch die Dauer des Rückstands oder ein berechtigtes Mißtrauen in die Bereitschaft des Gegners zur vollen Erfüllung mit maßgebend sein können). Die Klage auf Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Auflassung des Grundstücks darf nicht abgewiesen werden, falls trotz der zugesicherten Hypothekenfreiheit nur noch eine geringfügige Rente eingetragen steht (RG 56, 151). Dagegen enthält es keinen Verstoß wider Treu und Glauben, wenn etwa der Mieter wegen vorhandener Baumängel Beträge selbst über die Mietzinsminderung hinaus zurückbehält (insbesondere mit Rücksicht auf einen erlittenen Schaden; RG 4. 2. 08 III 384/07). Ebensowenig, wenn der

Käufer die Zahlung des Preises auf Grund der Tatsache verweigert, daß die verkauften Baumstämme nicht abredegemäß richtig gelagert sind (RG 4. 10. 07 II 178/07). — Die Vorschrift des Abs 2 findet auch im Falle des Rücktritts wegen Verzugs gemäß § 326 Anwendung (RG 76, 150).

Leistungsverweigerung und Wandlung. Unter Umständen kann das Unvermögen des Schuldners, die bedungenen Eigenschaften zu gewähren, den ganzen Vertragszweck derart vereiteln, daß dieserhalb die Grundsätze von der (teilweisen) Unmöglichkeit der Leistung (§ 275 A 4 und § 306 A 2 Abs 2) Platz greifen müssen. Wie aber, wenn die Beseitigung der Mängel überhaupt nicht möglich, oder wenn sie zwar möglich ist, der etwaige Käufer sie aber nicht abzuwarten braucht (RG 87, 337; Warn 1912 Nr 18 u. 299); oder wenn der Verkäufer die Nachbesserung, zu der für ihn keine Verpflichtung besteht, auch nicht vornehmen will (RG 61, 92; JW 1916, 255[3]); wenn ferner der Kauf durch den Verkäufer noch nicht erfüllt wäre, und man aus diesem Grunde dem Käufer das Recht zur Wandlung versagen wollte (RG 53, 731; Warn 09 Nr 200; 1917 Nr 83; JW 1911, 539[12]); wenn endlich aber auch eine Anfechtung wegen Irrtums nach den Umständen ausgeschlossen wäre (namentlich sofern beim Spezieskaufe die Sache erst nach dem Vertragsabschlusse, aber noch vor dem Gefahrübergange fehlerhaft geworden wäre), soll dann der Käufer dauernd auf die Einrede der Leistungsverweigerung beschränkt und der Vertrag dauernd bestehen bleiben? Ein solches Ergebnis könnte nicht befriedigen. Auch diese Erwägungen zeigen vielmehr, daß gerade die Beschränkung des Wandlungsrechts auf den Fall bereits erfolgter Übergabe oder Auflassung, wie sie das Reichsgericht will, unter Umständen zu einem ganz unleidlichen Ergebnisse führen kann. Das Gesetz selbst kennt diese Beschränkung auch gar nicht. In § 462 bezeichnet es die Wandlung lediglich als eine Rückgängigmachung „des Kaufes", d. h. des Vertrags, und in § 467 zieht es betreffs der Folgen der Wandlung die Bestimmungen vom Rücktritte vom Vertrage heran. Aus § 636 endlich ist unzweifelhaft zu ersehen, daß das Gesetz die Wandlung beim Werkvertrage auch dann schon zulassen will, wenn das Werk noch nicht hergestellt ist, von bereits erfolgter Erfüllung mithin noch gar keine Rede sein kann. In RG Warn 1911 Nr 321 und 1912 Nr 204 hat der 5. ZS daher auch bereits erwogen, ob nicht wenigstens dann, wenn es sich um unbehebbare Mängel handle, die Wandlung auch bereits vor der Übergabe und Auflassung als möglich anzunehmen sei; er hat dabei zugleich angenommen, daß, wenn der Verpflichtete die Beseitigung der Mängel verweigere, der Käufer berechtigt sein müßte, schon vor dem angegebenen Zeitpunkte „entsprechend der Wandlung" vom Vertrage abzugehen. In Wirklichkeit stellt nun diese Befugnis nichts anderes als das Wandlungsrecht selbst dar. Das Ergebnis ist also, daß das Vorhandensein von Mängeln, die überhaupt nicht zu beseitigen sind, oder deren Beseitigung der Käufer sich nicht gefallen zu lassen braucht, den Genannten ohne weiteres berechtigt, sowohl von dem Leistungsverweigerungsrechte wie von der Wandlung Gebrauch zu machen.

8. **Beweislast.** Die Einrede aus Abs 1 Satz 1 ist ausgeschlossen, sobald die Gegenleistung als Erfüllung bereits angenommen worden ist. Behauptet der Käufer, daß die gewährte und von ihm als Erfüllung angenommene Kaufsache mit Mängeln behaftet ist, so bleibt er auf die Rechtsbehelfe aus der Gewährleistung (§ 459) gewiesen (RG 66, 332). Dementsprechend regelt sich auch die Beweislast anders, je nachdem die Leistung als Erfüllung bereits angenommen worden ist, oder die Annahme abgelehnt und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erhoben wird. Im letzteren Falle hat der die Gegenleistung Fordernde das Angebot einer vertragsmäßigen Leistung, im ersteren Falle gemäß § 363 der Empfänger der Leistung deren Mangelhaftigkeit zu beweisen.

9. Über die Anwendung des § 320 beim Kaufe vgl. § 440 (RG 56, 153); über das Recht des Konkursverwalters bei gegenseitigen Verträgen § 17 KO.

§ 321

[1]) Wer aus einem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, kann, wenn nach dem Abschlusse des Vertrags in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet wird[2]), die ihm obliegende Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird[3]).

E II 272; P 1 631.

1. Die Lage eines **Vorleistungspflichtigen** (vgl. § 320 A 4) wird ungebührlich verschlechtert, wenn die Vermögensverhältnisse des andern Teiles nach dem Abschlusse des Vertrags eine wesentliche Verschlimmerung erfahren. Zum Schutze gegen eine hieraus drohende Benachteiligung gibt das Gesetz auch dem zur Vorleistung Verpflichteten ausnahmsweise — vgl.

§ 320 A 4 — das Weigerungsrecht, und zwar unter ausnahmsweiser Anwendung der sonst grundsätzlich nicht anerkannten (vgl. § 119 A 2 Abs 3) Regel von der Veränderung der Umstände; vgl. noch § 242 A 1 Abs 2 (RG Warn 1911 Nr 223). — Sonderbestimmung betreffs des Darlehenversprechens in § 610.

2. In Betracht kommt nur eine derartige **nachträgliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse**, daß durch sie der **Anspruch auf die Gegenleistung gefährdet „wird“**. Ein solches Ergebnis ist indes auch dann nicht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn die Vermögensverhältnisse auch schon zur Zeit des Vertragsschlusses mißliche waren (RG 12. 11. 04 I 292/04). Ob eine wesentliche Verschlechterung anzunehmen, ist nach dem allgemeinen Maßstabe der Verkehrsanschauung zu beurteilen; es reicht auch schon die erschwerte Verwendbarkeit oder Flüssigmachung der Ausstände aus (RG Warn 08 Nr 298). Maßgebend ist der Zustand in dem Zeitpunkte, in dem die Vorleistung fällig und gefordert wurde. (Die genannte Entscheidung und RG 54, 358). Die Konkurseröffnung begründet unbedingt eine derartige wesentliche Vermögensverschlechterung (RG 12. 11. 04 I 292/04). Ereignisse, die, wie ein Krieg, nur die allgemeine Geschäftslage übel beeinflussen, reichen zur Anwendung des § 321 nicht aus (RG Warn 1916 Nr 5). Falls der Gegenanspruch dinglich gesichert ist (durch Pfand oder Hypothek), ist für die Einrede so lange kein Raum, als die Sachsicherheit ausreicht (RG 53, 244, im Falle einer hypothekarisch gesicherten Forderung).

3. Das **Verweigerungsrecht** aus § 321 bedarf zu seiner Ausübung nicht einer vorgängigen Ankündigung (RG 51, 170). Es besteht auch unter der Voraussetzung fort, daß die Vermögensverhältnisse des andern Teiles sich wieder bessern, der Berechtigte hiervon jedoch keine Kenntnis erhalten hat (RG SeuffA 52 Nr 116). Der Berechtigte muß also die inzwischen wieder eingetretene Besserung seiner Verhältnisse dem Vorleistungspflichtigen anzeigen, widrigenfalls dieser die Einrede au § 321 fortbehält (RG Gruch 52, 412). — Die Wirkung des Weigerungsrechts beschränkt sich auf das Recht der Einrede, ohne eine Umwandlung des Schuldverhältnisses selbst herbeizuführen. Insbesondere bleibt die Vorleistungspflicht an sich bestehen, und es kann der andere Teil nicht anders in Verzug gesetzt werden, als dadurch, daß der Vorleistungspflichtige sich zur Leistung bereit erweist (RG JW 04, 201[11]). Dieser erlangt auch nicht das Recht, nunmehr auf Leistung Zug um Zug oder auf Bestellung einer Sicherheit zu klagen (RG 53, 62; 54, 358; Gruch 55, 898); ebensowenig erlangt er infolge einer Verschlechterung der Vermögenslage des Schuldners (RG 50, 257) das Recht zum Rücktritte wegen veränderter Umstände. So gibt auch im Falle der Erteilung eines Kreditbriefs der Umstand allein, daß die gewährte Deckung unzulänglich wird, kein Recht zum Widerrufe; es kann ebensowenig ohne weiteres als Vertragswille unterstellt werden, daß die „Akkreditierung“ nur so lange währen sollte, als die Deckung ausreiche (RG 64, 111). Die Einrede kann auch dem Zessionar des Verpflichteten gegenüber geltend gemacht werden (RG 51, 170). **Durch Bewirkung der Gegenleistung oder einer Sicherheitsleistung** hört die Gefährdung auf. Die Sicherheitsleistung durch Bürgen ist hier — im Gegensatze zu § 273 Abs 3 — nicht ausgeschlossen. Sonach wird aber auch anzunehmen sein, daß das in Frage stehende Weigerungsrecht von vornherein ausgeschlossen ist, falls für die Forderung ein (sicherer) Bürge gestellt war, wie die Einrede auch versagt, wenn eine hinreichende Realsicherheit gewährt war (RG 53, 244).

Beweislast. Der Vorleistungspflichtige, der von der Einrede aus § 321 Gebrauch machen will, hat die nachträgliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse zu beweisen; dem Gegner steht der Gegenbeweis frei, daß seine Lage schon zur Zeit des Vertragsabschlusses eine gleich schlechte war, und ferner der Einwand, daß die Lage sich inzwischen wieder gebessert hatte und diese Tatsache dem Gegner auch bereits bekannt geworden war.

§ 322

Erhebt aus einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil Klage auf die ihm geschuldete Leistung, so hat die Geltendmachung des dem anderen Teile zustehenden Rechtes, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern, nur die Wirkung, daß der andere Teil zur Erfüllung Zug um Zug zu verurteilen ist[1]).

Hat der klagende Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen[2]).

Auf die Zwangsvollstreckung findet die Vorschrift des § 274 Abs 2 Anwendung[3]).

E I 364—366; M 2 203; P 1 631.

1. Abs. 1 enthält den prozessualen Grundsatz, daß die **Geltendmachung des Verweigerungsrechts** im Sinne des § 320 nicht zur Abweisung der Klage, sondern nur zur **Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug** führt (vgl. § 274 A 1). Von Amts wegen ist die Erhebung der Einrede nicht zu unterstellen (vgl. § 320 A 2). In welcher Form die Einrede erhoben wird, ist unwesentlich (RG JW 03 Beil 22[45]). Abs 1 findet auch dann Anwendung, wenn aus einem noch von keiner Seite erfüllten Tauschvertrage nur auf Zahlung der bedungenen Zugabe geklagt wird (RG 51, 367). Ob sich der Beklagte bereits im Annahmeverzuge befindet, ist bei Abs 1 unwesentlich.

2. Abs 2 hat nur den Sonderfall im Auge, daß der **Kläger vorleistungspflichtig** ist und der Beklagte sich im Annahmeverzuge befindet. Alsdann soll eine auf „Leistung nach Empfang der Gegenleistung" gerichtete Klage berechtigt sein, wiewohl der Kläger seiner Vorleistungspflicht noch nicht nachgekommen ist (RG SeuffA 59 Nr 149). Der Gläubiger kann in solchem Falle die **Zwangsvollstreckung** ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung betreiben (RG SeuffA 59 Nr 264).

3. Hinsichtlich Abs 3 vgl. § 274 A 6. Abs 3 umfaßt alle Fälle des § 322, also auch den, daß der Beklagte gemäß Abs 2 nur zur Leistung nach Empfang der Gegenleistung verurteilt ist. Der obsiegende Kläger kann also auch diesfalls, sofern sich der verurteilte Beklagte im Annahmeverzuge befindet, die Zwangsvollstreckung ohne Bewirkung seiner Leistung betreiben und es dem Beklagten überlassen, nunmehr die Gegenleistung anzunehmen. Vgl. dazu die §§ 756, 726 ZPO.

4. Beweislast. Zur Klagebegründung gehört nicht die Behauptung, daß der Kläger bereits erfüllt habe, oder daß der Beklagte sich schon im Annahmeverzuge befinde; erhebt aber der Beklagte die Einrede des nicht erfüllten oder nicht gehörig erfüllten Vertrags, dann muß der Kläger die Erfüllung oder sein gehöriges Angebot beweisen, und nur dann, wenn der Beklagte die Leistung des Klägers bereits als Erfüllung angenommen hat, fällt dem Beklagten wiederum der Beweis zu, daß die Leistung in Wirklichkeit, sei es dem Umfange, sei es der Beschaffenheit nach eine unvollständige war. Vgl. §§ 363, 442.

§ 323

[1]) Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung[2]); bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473[3]).

Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt[4]).

Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden[5])[6]).

E I 368; M 2 205; P 1 638.

1. Die §§ 323—325 behandeln den **Einfluß der nachträglichen Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen.** Auch hier wird unterschieden, ob die Unmöglichkeit nach den Grundsätzen der §§ 275—279 zu vertreten oder nicht zu vertreten ist; ob sie also durch einen zu vertretenden Umstand (§ 275 A 3) oder, im Gegensatze dazu, durch Zufall herbeigeführt worden ist. Während nun bei sonstigen Schuldverhältnissen nur die Haftbarkeit des einen Teiles, des Schuldners, in Betracht kommen kann, mußte bei gegenseitigen Verträgen (vgl. § 320 A 1) naturgemäß berücksichtigt werden, zunächst, daß jeder Teil wie Gläubiger so auch Schuldner ist, und ferner, daß sich hier auch die Haftbarkeit jedes Teiles in zweifacher Richtung zu äußern vermag, je nachdem er nämlich die Unmöglichkeit seiner Leistung oder diejenige des andern zu vertreten hat. Während sich endlich die Wirkung der nicht vertretbaren (zufälligen) nachträglichen Unmöglichkeit sonst darauf beschränkt, daß der Schuldner „von der Leistung frei wird", die Gefahr des Zufalls mithin aber ausschließlich dem Gläubiger aufgebürdet wird, entsteht bei einem gegenseitigen Vertrage die Frage, wie das zufällige Unmöglichwerden der einen Leistung zugleich auch den Anspruch auf die andere Leistung beeinflußt. Allen diesen Fragen tragen die Sonderbestimmungen der §§ 323—325 Rechnung. — Über den Begriff Unmöglichkeit vgl. § 275 A 3, ins-

besondere auch RG 57, 119. Wenn die §§ 323ff. der subjektiven Unmöglichkeit, des „Unvermögens" im Sinne des § 275, auch nicht ausdrücklich gedenken, so greifen ihre Grundsätze doch auch hier Platz (RG 6. 11. 07 I 27/07). Über die Vereitelung einer bloßen Voraussetzung oder der Zweckbestimmung vgl. § 119 A 2 Abs 3. Die Bestimmungen über die nachträgliche Unmöglichkeit sind nicht zwingend, sie können vielmehr durch Abrede abgeändert werden (RG 18. 1. 18 V 297/17). — Die §§ 323—325 sind trotz der Sonderbestimmungen der §§ 535—538 auch in Miet- und Pachtsachen **anwendbar** (RG 62, 225; 89, 207; desgl. bei Dienstverträgen (RG 92, 177). Ist eine mit besonderen Einrichtungen versehene Anlage vermietet worden, die dieserhalb nur zu einem bestimmten entsprechenden Zwecke brauchbar ist, so wird der Mieter von der Zahlungspflicht frei, wenn die Verwendung der Anlage durch außergewöhnliche Ereignisse (Krieg) unmöglich wird (RG 94, 267). Nur insoweit ist die Anwendbarkeit des § 323 überhaupt ausgeschlossen, als der § 552 eingreift, wonach der Mieter von der Entrichtung der Miete nicht befreit wird, wenn er an der Ausübung des Gebrauchsrechts durch einen in seiner Person liegenden Umstand gehindert ist (RG 79, 95). — Inwieweit die Bestimmungen der §§ 323ff. durch § 17 KO beeinflußt werden, vgl. RG 73, 62. Über die Beweislast vgl. § 282.

2. Der § 323 behandelt den Fall, daß **weder der eine noch der andere Teil die Unmöglichkeit zu vertreten hat,** daß vielmehr die eine der geschuldeten Leistungen nachträglich (d. h. nach Abschluß des Vertrags; RG JW 05, 171[12]) durch Zufall unmöglich geworden ist. In diesem Falle sollen gemäß Abs 1 beide Teile ohne weiteres (§ 275 A 4) „von der Leistung frei werden". Denn auch diejenige Partei, deren Leistung unmöglich und die damit von ihr freigeworden ist, verliert ihren Anspruch auf die an sich möglich gebliebene Gegenleistung. Der Zufall wirkt hier also für wie gegen beide Teile. — Dem Falle des § 323 steht auch der gleich, daß die Leistung des einen Teiles infolge zweier Umstände unmöglich wird, und jeder Vertragsteil den einen von ihnen zu vertreten hat, weil alsdann eine Ausgleichung des Verschuldens eintritt (RG JW 1910, 936[8]). Im übrigen vgl. noch § 275 A 3.

3. Entsteht nachträglich nur **teilweise Unmöglichkeit** (§ 275 A 3), so kann folgerichtig beiderseits auch nur eine teilweise Befreiung eintreten; denn, soweit die betreffende Leistung noch möglich, ist sie zu bewirken. Aber ebenso braucht auch die Gegenleistung nur teilweise gewährt zu werden, und zwar mindert sie sich nach der Schlußbestimmung des Abs 1, gemäß den hier herangezogenen Grundsätzen der §§ 472, 473 nach eben dem Verhältnisse, in welchem sich der Wert der noch möglichen Leistung zu dem Werte verhält, den diese Leistung zur Zeit des Vertragsschlusses im ganzen gehabt hatte. — Zu beachten ist insbesondere auch hier, daß teilweise Möglichkeit im Sinne des Gesetzes überhaupt nicht vorliegt, sofern sich die (teilweise) Leistung nicht nur nach der Menge, sondern auch ihrer Beschaffenheit nach als etwas anderes darstellen würde als die vertragsmäßig geschuldete. Vgl. § 266 A 1. — Die Unmöglichkeit der dem Verkäufer obliegenden Versendung kann von solcher Tragweite sein, daß sie der Unmöglichkeit der geschuldeten Leistung überhaupt gleichzustellen ist und der Käufer daher gegebenenfalls von Zahlung des ganzen Kaufpreises entbunden ist (RG 88, 37).

4. Wie bereits bei § 275 A 1 dargestellt ist, und zwar unter besonderer Berücksichtigung des § 281, so bringt die nachträgliche Unmöglichkeit nicht grundsätzlich das Schuldverhältnis zum Erlöschen, befreit vielmehr nur „von der Leistung". Dieser Rechtsgedanke ist auch bei gegenseitigen Verträgen entsprechend verwertet worden, und zwar unter gleichzeitiger Berücksichtigung nur teilweiser Unmöglichkeit. Demnach soll auch hier, falls der eine Teil einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch für den geschuldeten Leistungsgegenstand erlangt hat, dem andern Teile das Recht zustehen, an Stelle der bedungenen und nachträglich unmöglich gewordenen Leistung Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs zu verlangen. Jetzt **behält aber der erstere Teil** ebensowohl **den Anspruch auf die Gegenleistung.** Für den Fall sodann, daß die Ersatzleistung nicht den vollen Wert der vertraglich geschuldeten Leistung deckt, mindert sich auch die Gegenleistung nach eben dem Verhältnisse, in welchem die Ersatzleistung weniger wert ist als die geschuldete Leistung. Die Ersatzleistung zu fordern, ist indessen nur ein Recht, keine Verpflichtung der Partei, und will sie davon absehen, dann regelt sich das Verhältnis lediglich nach Abs 1. — Unter entsprechender Anwendung des § 323 kann auch derjenige, dem eine ausschließliche Lizenz verliehen ist, wegen seiner Gegenleistung einen Ausgleich verlangen, wenn anderweite Benutzungsrechte bestehen, für die der Lizenzgeber, wie regelmäßig der Fall, nicht haftet (RG 78, 363).

5. **Rückforderung der nicht geschuldeten Gegenleistung.** Der Abs 3 ist für den Fall berechnet, daß die eine Vertragspartei die Gegenleistung, sei es ganz, sei es zum Teil, bereits empfangen hat, daß sich demnächst aber der von ihr geltend gemachte Anspruch um deswillen als unbegründet herausstellt, weil ihre eigene Leistung unmöglich geworden ist, und dabei auch eine Ersatzleistung im Sinne des Abs 2 nicht in Frage kommt. Unter diesen Umständen hat die Partei einen Vorteil erlangt, für den der Grund fortgefallen ist, so daß die Ausgleichung nach §§ 812ff. zu erfolgen hat.

6. Über die **Beweislast** § 275 A 6. Der Berechtigte, der von seiner Leistungspflicht frei geworden sein will, weil seine eigene Leistung unmöglich geworden sei, braucht nur diese Tatsache zu beweisen, nicht aber auch, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten brauche. Das Gegenteil hiervon zu beweisen, um für sich den Fall des § 324 geltend zu machen, ist Sache des Gegners.

§ 324

[1]) **Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.**

Das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist[2]).

E I 368; M 2 208; P 1 638.

1. Vorausgesetzt ist hier, daß die **Unmöglichkeit der einen Leistung zu vertreten** ist (vgl. § 275 A 1 und § 323 A 2), und zwar nicht von dem sie schuldenden Teile (vgl. § 325), sondern **von dem Forderungsberechtigten.** Dessen Haftung äußert sich hier daher sachgemäß dahin, daß er trotz der Unmöglichkeit der ihm geschuldeten Leistung die ihm obliegende Gegenleistung nach dem Vertrage gewähren muß. „Sein Anspruch gilt als ihm erfüllt", und der Vertrag bleibt bestehen (RG Warn 1918 Nr 160; hier war die dem Kläger obliegende Leistung aus einem von ihm nicht zu vertretenden Umstande, aber während des Annahme- und Leistungsverzugs des Beklagten unmöglich geworden, so daß zugunsten des Klägers § 300 Abs 2 Anwendung fand). Der andere Teil dagegen, dessen Leistung unmöglich geworden, ist befreit. Hat er jedoch infolge des Umstandes, der seine Leistung vereitelt hat, für den zu leisten gewesenen Gegenstand einen Ersatz erlangt, so muß er das Empfangene seinem Gegner herausgeben oder gegebenenfalls seinen Ersatzanspruch abtreten (RG Warn 1918 Nr 160 unter entsprechender Anwendung des in § 281 enthaltenen Grundsatzes).

Die Regelung in Gemäßheit des § 324 Satz 1 darf jedoch nicht zu einer unbilligen Bereicherung des nicht haftbaren Teiles führen, und daher sieht das Gesetz in Abs 2 vor, daß der von seiner Leistung Befreite **sich anrechnen lassen muß,** was er infolge der Befreiung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erworben oder zu erwerben böswillig unterlassen, d. h. in der Absicht verabsäumt hat, den andern zu schädigen, oder aber wenigstens in der Absicht, die Möglichkeit, untätig zu bleiben, wider Treu und Glauben für sich auszunützen (RG 22. 12. 05 VII 8/05; vgl. hinsichtlich des Dienstvertrags § 615). Die Anrechnung geltend zu machen, ist Sache des Einwandes. Es handelt sich dabei nur um eine Kürzung des Anspruchs, aber nicht um eine Aufrechnung im Sinne des § 387, da der Leistungspflichtige keinen selbständigen Anspruch auf Gewährung des ersparten Betrags erlangt (RG JW 1910, 1002[10]). — Außer dem Vertragsanspruche auf Erfüllung kann dem von seiner Leistung Befreiten überdies noch eine Forderung auf Schadensersatz zustehen, wenn ihm der andere Teil die Leistung durch eine unerlaubte Handlung unmöglich gemacht hat. Kauft A von B eine Sache unter der Abrede, daß sie nach 6 Monaten zu liefern sei und B bis dahin zu ihrem Gebrauche berechtigt sein solle, zerstört er demnächst aber die Sache, um etwa vom Kaufe loszukommen, noch vor Ablauf der Lieferungsfrist, so bleibt er zur Zahlung des Preises verpflichtet, außerdem aber haftet er auf Höhe der Einbuße, die B wegen der Vereitelung des Gebrauchs der Sache erlitten hat. Haben beide Teile die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet, dann ist in Gemäßheit der Regeln des § 254 abzuwägen, ob die nachträgliche Unmöglichkeit anteilsweise von beiden Teilen oder nur von einem Teile zu vertreten ist (RG 71, 189; 94, 141).

Aus welchem Beweggrunde der eine Teil die Leistung des andern unmöglich gemacht hat, ist unwesentlich, selbst wenn er aus Rücksicht auf das öffentliche Wohl gehandelt hätte (RG JW 06, 55[7]). Eine Haftung für das Unmöglichwerden der Leistung muß jedoch dann ausgeschlossen sein, wenn der Verpflichtete zu seinem Verhalten berechtigt war, da es unter diesen Umständen an dem Merkmale der objektiven Rechtswidrigkeit fehlte (RG JW 1910, 805[15]). Daher wäre beispielsweise § 324 Abs 1 unanwendbar, falls der Käufer eines Grundstücks dessen zwangsweise Versteigerung durch Nichtzahlung des Kaufpreises verursacht hätte, sofern er die Entgegennahme der Auflassung zu weigern wegen Mangelhaftigkeit des Grundstücks berechtigt war (RG 59, 150). Dagegen ist die Haftung eines Käufers, der die Versteigerung der Kaufsache dadurch verschuldet hatte, daß er seiner Verpflichtung, den Gläubi-

ger des Verkäufers zu befriedigen, nicht nachgekommen war, mit Recht angenommen worden (RG 66, 345; JW 1910, 805[15]). Ein gleiches träfe zu, wenn der Käufer den Verkäufer durch unberechtigte Vorenthaltung des Kaufpreises außerstand gesetzt hätte, die Hypothekenzinsen zu bezahlen und das Grundstück deshalb zur Versteigerung gekommen wäre (RG Warn 1909 Nr 396).

2. Falls der eine Teil hinsichtlich der ihm gebührenden Leistung sich im **Annahmeverzuge** befindet, haftet der andere Teil gemäß § 300 Abs 1 nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit. Wird ihm seine Leistung während der Dauer jenes Annahmeverzugs durch einen von ihm selbst nicht zu vertretenden Umstand — durch eigene nur einfache Fahrlässigkeit (§ 300 Abs 1), durch Verschulden des forderungsberechtigten Gegners oder Zufall — unmöglich gemacht, so sollen zu seinen Gunsten die Grundsätze des Abs 1 Anwendung finden (RG Warn 1918 Nr 160). Er behält also den Anspruch auf die Gegenleistung mit Einschluß seiner Anrechnungspflicht gemäß Satz 2.

Der **Beweis** dafür, daß derjenige Teil, dessen Leistung unmöglich geworden ist, Ersparungen gemacht hat, liegt dem Gegner ob (RG JW 09, 455[8]; Gruch 51, 947; 53, 917).

§ 325

Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Vertrage zurücktreten[1]). Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrags für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen[2]).

Das gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt wird oder wenn sie zu dieser Zeit teilweise nicht bewirkt ist[3])[4]).

E I 369; M 2 209; P 1 639.

1. Vorausgesetzt ist hier im Gegensatze zu § 324, daß die nachträgliche Unmöglichkeit der einen Leistung von **demjenigen Teile zu vertreten ist, der sie schuldet.** In diesem Falle soll der andere Teil berechtigt sein, wahlweise (§ 262 A 1) entweder gemäß § 280 Abs 1 Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, oder endlich die im § 323 behandelten Rechte geltend zu machen. Ist die nachträgliche Unmöglichkeit teils von dem einen Teile, teils von dem andern zu vertreten, dann greift entweder § 324 oder § 325 Platz, und das entscheidet sich gemäß dem auch hier anwendbaren § 254 danach, wessen Verschulden als das die Gesetzesanwendung bestimmende anzusehen ist; dagegen ist es ausgeschlossen, den Fall beiderseitigen Verschuldens unter dem Gesichtspunkte teilweiser Unmöglichkeit nach § 325 Abs 1 Satz 2 zu behandeln (RG 71, 189; 94, 141). Über die Vertretbarkeit der Unmöglichkeit vgl. § 275 A 2, 3 und § 324 A 1. Der Unmöglichkeit ist auch hier das Unvermögen (§ 275 Abs 2) gleichgesetzt (RG Warn 1910 Nr 323). Vertretbare Unmöglichkeit im Sinne des § 325 liegt beispielsweise auch dann vor, wenn der Verpflichtete sein Unternehmen, betreffs dessen er einem andern für die Tätigkeit beim Betriebe Provision versprochen hat, einstellt und so dem andern den Erwerb von Provisionsansprüchen unmöglich macht (RG Gruch 1912, 919). Über die Beweislast vgl. § 282.

Von besonderer Wichtigkeit ist die Frage, in welcher Weise der Anspruch auf **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** bei gegenseitigen Verträgen geltend zu machen ist. Sie kehrt im Falle des § 326 wieder und soll daher schon hier erschöpfend beantwortet werden. — Nach dem Inhalte eines Schuldverhältnisses sind die beiderseitigen Leistungen gegeneinander auszutauschen (§ 320 A 1). So entsteht die Frage, ob sich dieser Grundsatz auch noch bei Geltendmachung des Anspruchs auf Schadensersatz durchsetzt. Nach der einen Ansicht ist das zu bejahen (Austauschtheorie), nach der andern ist der Anspruch auf Schadensersatz ein einseitiger, während der Umstand, daß auch der Ersatzberechtigte zur Leistung verpflichtet war, nur für die Ermittlung des Schadensumfangs von Bedeutung bleibt (Differenztheorie). Wenn A und B einen Tauschvertrag über zwei Pferde abschließen, A sich zur Gewährung seines Pferdes willkürlich außerstand setzt und infolgedessen B Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, so könnte er dies nach der Austauschtheorie nur in der Weise

durchführen, daß er die ihm obliegende Gegenleistung bewirkte; nach der Differenztheorie dagegen würde er von seiner Leistungspflicht überhaupt entbunden sein und schlechthin denjenigen Betrag ersetzt verlangen können, der ihm entgangen ist, weil der Tauschvertrag beiderseits nicht zur Erfüllung gekommen ist. (Vgl. das Nähere über die verschiedenen Theorien bei Oertmann zu § 325.) Die Differenztheorie verdient den Vorzug. Schon die Fassung des Gesetzes führt grundsätzlich zu ihr, sofern man hinter „Nichterfüllung" ergänzt „des Vertrags" und nicht „der Leistung". Denn von Nichterfüllung „des Vertrags" kann überhaupt nur im Hinblick auf die beiderseitigen Leistungen gesprochen werden. Vor allem aber ist auch hier die besondere Natur des gegenseitigen Vertrags entscheidend. Schon hiernach erscheint die Auffassung als die gegebene, daß, wenn die Leistung des einen Teiles infolge eines von ihm zu vertretenden Umstands fortfällt, **der andere Teil nicht verpflichtet sein kann,** trotzdem seinerseits zu leisten, und zwar möglicherweise auch dann, wenn dies unter den veränderten Umständen gerade gegen sein Interesse verstieße. Anderseits könnte der untreue Vertragsteil, der sich mutwillig zur Leistung außerstand gesetzt hätte, daraus sogar einen besonderen Vorteil ziehen, beispielsweise, wenn er in dem zuvor angegebenen Falle das dem andern Teile tauschweise versprochene Pferd unter besonders günstigen Umständen weiterverkauft hätte. Wenn dagegen erwogen wird (Oertmann 1c, d), das Interesse des Berechtigten sei schon durch sein Rücktrittsrecht genügend gewahrt, so schlägt das nicht durch, weil die vertragstreue Partei durch den Vertrag auch einen besonderen Vorteil angestrebt haben kann, dessen Erlangung im Falle des Rücktritts ausgeschlossen, also durch das Verschulden des andern Teiles vereitelt worden wäre. Aber auch die Erwägung ist abwegig, daß das Rücktrittsrecht bei Befolgung der Differenztheorie überhaupt keinen Sinn hätte. Denn das genannte Recht behält seine Bedeutung immer noch für den Fall, daß die betreffende Vertragspartei nach den Umständen des Falles einen Schadensersatzanspruch überhaupt nicht zu begründen vermag und daher nur noch das anerkennenswerte Interesse hat, das ganze Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen. Der Rücktritt schafft alsdann causa finita, und die Partei vermag nunmehr das, was sie etwa schon gewährt hat, zurückzufordern. Unzutreffend erscheint ferner auch der Hinweis auf die „grundsätzliche Selbständigkeit" der beiderseitigen Verpflichtungen (Oertmann A 3). Gemäß § 320 kann nämlich gerade, weil der Grundsatz des Austausches besteht, jeder Teil seine Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, und verfolgt man diesen Grundsatz weiter, so führt das gerade zu dem Ergebnisse, daß, falls die eine Leistung unmöglich geworden ist, auch der andere Teil von seiner Leistungspflicht entbunden sein muß, was § 323 für den Fall zufälliger Unmöglichkeit ausdrücklich ausspricht, und es läßt sich schlechterdings nicht annehmen, daß etwas anderes gelten sollte, wenn die eine Leistung nicht durch Zufall, sondern durch einen vertretbaren Umstand unmöglich geworden ist. Demgemäß hat sich auch das Reichsgericht der Differenztheorie ausdrücklich angeschlossen (**RG** 50, 262ff.; 57, 106; 58, 177; 60, 347; 61, 348; 66, 67; JW 1919, 308[9]). Vgl. auch **RG** 83, 281. Freilich betreffen alle diese Entscheidungen den § 326 Satz 2. Das gleiche muß aber entsprechend auch für den Fall des § 325 gelten. Im Sinne der bezeichneten Lehre berechnet sich sonach der Schaden aus der Vergleichung einerseits des Werts, den die geschuldete aber unmöglich gewordene Leistung für den Ersatzberechtigten hatte (vgl. § 249 A 1), und anderseits des Werts seiner eigenen Leistung, so daß sich als Schadensbetrag der Unterschied des Vermögensstandes im Falle der Erfüllung und im Falle der Nichterfüllung der beiderseitigen Leistungen ergibt.

Die Frage, ob der Ersatzberechtigte, wenn nicht verpflichtet, **so doch berechtigt ist,** seinen Anspruch in der Art geltend zu machen, daß er die ihm obliegende Leistung anbietet und Ersatz nur für die ausgebliebene, ihm geschuldete Leistung fordert, ist (im Gegensatze zur Ansicht der früheren Auflage) zu bejahen. Es kann eine derartige Regelung gerade in dem billig zu berücksichtigenden Interesse des Berechtigten liegen. Vgl. das Urteil **RG** 96, 20, wo mit Recht angenommen ist, daß der zur Wandelung Berechtigte, falls der Verpflichtete nach Vollziehung der Wandelung die Rückgabe der ihm gewährten Sache unmöglich gemacht hat, befugt ist, die seinerseits empfangene Sache zurückzugeben und Entschädigung wegen Vereitelung der Rückgewährung seiner Leistung zu verlangen. Man könnte doch dem Wandelungsberechtigten unmöglich zumuten, daß er die mangelhaft empfangene Sache, etwa ein mit Schwamm behaftetes Haus, behält. Damit wäre ja der ganze Wandlungszweck vereitelt. Allerdings kann die Regelung zufolge der Wandlung, bei der nur der eine Teil einen Anspruch hat, nicht schlechthin dem Verhältnisse bei gegenseitigen Verträgen gleichgestellt werden, obschon bei ihr die beiderseitigen Leistungen grundsätzlich (wie beim gegenseitigen Vertrage) Zug um Zug zurückzugewähren sind (**RG** 66, 69; 93, 49).

Den **Schadensnachweis** kann der Berechtigte in jeder beliebigen Weise führen. Beim **Kaufe insbesondere.** Der Verkäufer kann als „abstrakten Schaden" den Unterschied zwischen dem marktgängigen Preise und dem Vertragspreise und beim Fehlen eines Marktpreises den Preis, zu dem die Sache „nach dem natürlichen Verlaufe der Dinge" verkäuflich wäre, erstattet verlangen (**RG** 60, 346; 68, 165; JW 17, 353[3]). Als Zeitpunkt für

die Schadensberechnung kann der Verkäufer hierbei nach seiner Wahl den Zeitpunkt der Fälligkeit oder denjenigen Zeitpunkt wählen, in dem die Leistung des Schuldners infolge seines Verschuldens unmöglich geworden ist (RG 90, 423; SeuffA 61 Nr 4), oder auch wenn die Unmöglichkeit während des Verzugs des Schuldners eingetreten ist, den Zeitpunkt, in dem der Schuldner in Verzug geriet (RG 96, 160). Zu beachten ist indes, daß die Wahl des Zeitpunkts sich nicht wegen Verstoßes gegen Treu und Glauben als Mißbrauch darstellen darf (RG 90, 424; 91 S. 31 u. 103). Der Verkäufer darf daher auch nicht den Marktpreis eines Zeitpunktes zugrunde legen, wonach er einen übermäßigen Gewinn erhalten würde (RG 49, 400; Warn 1918 Nr 89). — Der Verkäufer kann ferner vom abstrakten Schaden absehen und statt dessen den sich für ihn aus den besondern Umständen des Falles ergebenden „konkreten Schaden" geltend machen (RG 89, 283; 90, 161; JW 1917, 355[3]). Beim Verkaufe einer nach Maß, Zahl und Gewicht bestimmten Menge einer vom Verkäufer selbst hergestellten Ware kann dieser auch den Unterschied zwischen dem Herstellungspreise und dem Verkaufspreise erstattet verlangen, und der Käufer kann regelmäßig nicht einwenden, daß der Verkäufer die Ware anderweit hätte verkaufen können (RG JW 1919, 495[5]). Hatte der Verkäufer die vom Käufer nicht abgenommene Ware zur Zeit des Kaufabschlusses bereits angeschafft und fordert er demnächst Schadensersatz wegen Nichterfüllung in der Weise, daß er seinen Anschaffungspreis dem vereinbarten Verkaufspreise gegenüberstellt, dann ist für eine Vorteilsausgleichung insofern Raum, als der Verkäufer die ihm nicht abgenommene Ware behält. Der Verkäufer kann hier daher nicht Ersatz des Unterschiedes zwischen dem Anschaffungspreise und dem höheren Verkaufspreise, sondern nur den Unterschied zwischen dem Verkaufspreise und demjenigen Preise fordern, für den er die Ware zur Erfüllungszeit nach dem Marktpreise hätte anschaffen können (RG 89, 282; Gruch 63, 220). — Zur Feststellung des konkreten Schadens kann aber der Verkäufer auch den freihändigen **Selbsthilfeverkauf** vornehmen, ohne an die Vorschriften des § 373 HGB gebunden zu sein (RG 28. 4. 05 II 381/04). Ein solcher Verkauf geht nicht auf Rechnung des Käufers, ist aber der Schadensberechnung zugrunde zu legen, sofern der Verkäufer nicht gegen Treu und Glauben verstoßen und auch das Interesse des Käufers nicht außer acht gelassen hat (RG 61, 281). Der Käufer anderseits kann (braucht es aber in der Regel nicht, RG SeuffA 65 Nr 388) den **Deckungskauf** vornehmen, und zwar unter Umständen ebenfalls schon vor Ablauf der Lieferungsfrist. Der Deckungskauf geht alsdann aber auf seine Gefahr, falls der Verkäufer noch rechtzeitig erfüllt. Den Gewinn aus dem Weiterverkauf der Ware braucht der Käufer sich nicht anrechnen zu lassen (RG 52, 150; 68, 17). Der Deckungskauf ist unter Beobachtung von Treu und Glauben nach den Gepflogenheiten des Verkehrs vorzunehmen; insbesondere darf der Käufer mit der Vornahme nicht ungebührlich warten; ist das befolgt, dann hat der Verkäufer keinen Anlaß zur Beschwerde (RG Warn 1919 Nr 133). Fordert der Käufer, der den Deckungskauf unterlassen hat, Ersatz zwischen dem Kaufpreise und dem Preise, der zur anderweiten Anschaffung erforderlich gewesen wäre, so kann er damit nicht zugleich den Gewinn erstattet verlangen, den er im Falle der Vertragserfüllung durch eine gesteigerte Produktion erzielt haben würde (RG Warn 1918 Nr 151; JW 1917, 355[3]). — Fordert der Werkbesteller gemäß §§ 635, 326 Schadensersatz, dann kann er, wie bei der Wandlung, Zurückerstattung seiner Leistung fordern, während der andere Teil seinen Anspruch verliert (RG JW 1912, 686[9]). — Gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 325 ist auch der **Einwand des Mitverschuldens aus § 254 zulässig,** und zwar mit der Wirkung, daß zu prüfen ist, ob und inwieweit der einzelne Beteiligte trotz des Mitverschuldens des andern für sein Verschulden und die sich daraus ergebenden Folgen verantwortlich ist und die dadurch erwachsenen Nachteile selbst zu tragen hat; dagegen ist die Folgerung, daß, wenn die Unmöglichkeit teils von dem einen Teile, teils vom andern verschuldet worden ist, das teilweise Verschulden der teilweisen Unmöglichkeit gleichzustellen sei, rechtlich unhaltbar (RG 56, 267; 71, 227; 94, 140; JW 1919, 308[9]).

Der **Rücktritt vom Vertrage** erfolgt durch eine einseitige, empfangsbedürftige, unwiderrufliche Erklärung. Die Rücktrittserklärung schließt den Erfüllungs- wie den Ersatzanspruch aus (RG 61, 130), so daß sich die gegenseitigen Rechte auf den Anspruch auf Wiederherstellung des früheren Zustandes beschränken (RG JW 02 Beil 251[158]). Der Käufer kann das eingezahlte Kaufgeld nebst Zinsen seit der Zahlung zurückfordern (RG 52, 92; vgl. auch § 326 A 1). Die Erklärung, daß Schadensersatz verlangt werde, hindert anderseits nicht den späteren Rücktritt vom Vertrage. Vgl. § 326 A 1 Abs 3 a. E.

2. Bei nur **teilweiser Unmöglichkeit** — falls also eine Teilerfüllung auch im Rechtssinne noch möglich geblieben (§ 266 u. § 275 A 4) — soll die forderungsberechtigte Partei befugt sein, auch die möglich gebliebene Teilleistung wegen mangelnden Interesses an der bloß teilweisen Erfüllung des Vertrags, mithin (vgl. dagegen § 280 Abs 2) an der beiderseitigen Teilerfüllung (RG 50, 138; 67, 125; JW 09, 71[4]) abzulehnen und von den in Abs 1 vorgesehenen Rechtsbehelfen derart Gebrauch zu machen, als wäre ihr gesamter Anspruch durch nachträgliche vertretbare Unmöglichkeit der Leistung vereitelt worden (vgl. SeuffA 64 Nr 260). Der Berechtigte kann daher auch dann vom gesamten Vertrage zurücktreten,

wenn dieser in wesentlichen Teilen zwar erfüllt ist, der Berechtigte aber an dieser bereits bewirkten Teilerfüllung wegen Unmöglichkeit der vollen Erfüllung kein Interesse hat (RG Gruch 53, 945, wo die Anwendbarkeit dieser Grundsätze auch bei einem gemischten Vertrage — § 305 A 3 — angenommen ist). Will die Partei dagegen, was ebenfalls in ihrem Belieben steht, eine möglich gebliebene Teilleistung annehmen, so greift entsprechend der Grundsatz des § 323 Abs 1 Platz, und es bleibt danach die Partei in verhältnismäßigem Umfange (§ 323 A 3) ebenfalls zur Leistung verpflichtet, so daß sie das Recht zum Rücktritte oder auf Schadensersatz nur in dem Verhältnisse geltend machen kann, als die ihr geschuldete Leistung unmöglich geworden ist (RG 73, 61). Bei einem einheitlichen Vertrage, der grundsätzlich auch nur einheitlich stehen und fallen soll, ist jedoch auch bei nur teilweiser Nichterfüllbarkeit regelmäßig auch das Rücktrittsrecht nur hinsichtlich des gesamten Vertrags gegeben, ohne Rücksicht darauf, ob der Berechtigte an der bloßen Teilerfüllung Interesse hat oder nicht (RG 67, 104; 79, 311; Warn 09 Nr 288; Gruch 53, 948). Geht die Verpflichtung auf ein Unterlassen, beispielsweise die des Zwischenhändlers darauf, nicht unter einem bestimmten Preise weiterzuverkaufen, so begründet die Zuwiderhandlung in den einzelnen Fällen teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung, und das Rücktrittsrecht des andern Teiles ist alsdann nach § 325 Abs 1 Satz 2 zu beurteilen (RG Warn 1912 Nr 377). Vgl. dazu noch § 326 A 4; ferner über teilweise Unmöglichkeit noch § 275 A 4.

3. Abs 2 bringt die Grundsätze des Abs 1 auch für den Fall der nur zu unterstellenden Unmöglichkeit (vgl. § 283 A 1) zur Anwendung, falls die Leistung nicht **bis zum Ablaufe derjenigen Frist** ganz oder teilweise bewirkt worden ist, welche dem Leistungspflichtigen nach dessen rechtskräftiger Verurteilung gestellt wurde (vgl. die näheren Ausführungen zu § 283).

4. In § 325 ist sowenig wie in § 326 der sog. **positiven Vertragsverletzungen** Erwähnung geschehen. Daß der Schuldner auch für sie haftet, ist bereits bei § 276 A 6 hervorgehoben worden, wo auch die Frage nach der Beweislast erörtert wurde. Hier fragt sich aber, ob dem Berechtigten gegebenenfalls auch die besondern Rechtsbehelfe der §§ 325 u. 326 zur Seite stehen. Die Frage ist nach der in Wissenschaft und Rechtsprechung vorherrschenden Ansicht zu bejahen. Die Bestimmungen der §§ 325, 326 lassen sich auf den Rechtsgedanken zurückführen, daß, wenn der eine Teil sich durch die Vereitlung der Leistung überhaupt als vertragsuntreu erwiesen hat, dem Gegner neben dem Rechte zum Rücktritte auch der Anspruch auf Schadensersatz auf Grund des Vertrags zusteht, und dieser Gesichtspunkt muß zur Anerkennung eines Anspruchs auf Schadensersatz auch dann führen, wenn sich die Vertragsuntreue des andern Teils in der (positiven) Art der Erfüllung betätigt hat, und sonach die Erreichung des Vertragszwecks durch fehlerhafte Leistung gehindert worden ist (RG 54, 98; 67, 7; 57, 115; 63, 297; vgl. übrigens auch die allgemeine Bestimmung des § 283). Es fallen unter die positiven Vertragsverletzungen alle solche vom Schuldner zu vertretenden **positiven Zuwiderhandlung gegen die Vertragspflichten, welche den Vertragszweck derartig gefährden,** daß dem vertragstreuen Teile bei Berücksichtigung der Umstände des Falles nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Vertrags nicht zugemutet werden kann, und es können darunter auch schon endgültige Verweigerungen der Erfüllung gehören, selbst wenn sie vor der Fälligkeit erfolgt sind (RG 93, 285). Die gegebenen Rechtsbehelfe kann jedoch wegen positiver Vertragsverletzungen immer nur derjenige gebrauchen, der selbst sich als vertragstreu bewährt hat (RG 67, 319). — Ob die Leistungsart eine so fehlerhafte ist, daß sie den Vertragszweck überhaupt vereitelt, ist Tatfrage. Beim Kaufe, der auf eine Sachleistung geht, berechtigt nicht schon ein bloß illoyales Verhalten des Käufers ohne erhebliche Vertragsverletzung zum Rücktritte (RG Gruch 55, 629). Bei Rechtsverhältnissen dagegen, die ein persönliches Vertrauensverhältnis voraussetzen, kann sich schon die Zerstörung oder erhebliche Erschütterung dieses Vertrauens, beispielsweise durch Beleidigungen, als eine positive Vertragsverletzung darstellen, die zur Verweigerung der Leistung berechtigt (RG Warn 1910 Nr 422). Auch eine arglistige Täuschung über die Beschaffenheit der gelieferten Ware enthält eine positive Vertragsverletzung (RG 23. 10. 06 II 97/06). Desgleichen die bestimmte Erklärung einer Vertragspartei, daß sie sich vom Vertrage lossage, die Erfüllung verweigere, „den Vertrag annulliere" (RG 57, 105). Eine solche Annullierung liegt schon in der einseitigen Aufstellung willkürlicher, wesentlich erschwerender oder gar unmöglicher Bedingungen (RG Gruch 54, 631). Bei Gesellschaftsverhältnissen ist die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 325, 326 im Falle positiver Vertragsverletzungen durch § 723 ausgeschlossen (RG 30. 6. 09 I 367/08; JW 1911, 808[11]); ferner durch die §§ 628 BGB und 92 HGB, falls der Verpflichtete dem Gegner durch vertragswidriges Verhalten das Recht zur Kündigung gibt (RG JW 1911, 106[40]). Bei einer **dauernden Verpflichtung,** die auf fortgesetztes Tun oder Unterlassen geht, kann das Vertragsinteresse auch schon durch eine einmalige fehlerhafte Leistung in Frage gestellt sein, so, wenn der Verkäufer seiner Verpflichtung, innerhalb eines bestimmten Absatzgebiets oder zu einem bestimmten niedrigen Preise Waren nur dem andern Teile zu liefern, auch nur einmal entgegengehandelt hat (RG 54, 286; 67, 7; Gruch 54, 911); oder wenn der Käufer die Verpflichtung, Ware allein ins Ausland zu verkaufen, nur in einem Falle verletzt (RG JW 06, 171[17]),

oder wenn der Käufer fremde (schlechte) Ware als die des Verkäufers ausgibt und so dessen Interesse schädigt (RG JW 06, 299³). Hauptsächlich sind jedoch bedeutsam die Fälle wiederholter Vertragsverletzungen (z. B. durch wiederholte vertragswidrige Verwendung von Lieferungen, RG 54, 103; oder durch wiederholte schlechte Lieferung, RG JW 08, 7⁷; bei einem Bierabnahmevertrage); endlich bei den **Teillieferungsgeschäften**, die vorliegen, falls durch einen einheitlichen Vertrag Lieferung in Teilbeträgen abgemacht wird (Sukzessivlieferungsverträge). In diesen Fällen kann der Käufer grundsätzlich jede einzelne Lieferung für sich als eine selbständige Leistung behandeln und demgemäß auch bloß in Ansehung ihrer die ihm wegen fehlerhafter Erfüllung überhaupt zustehenden Rechte gebrauchen (RG 58, 419; 61, 128; 65, 49). Er kann aber auch wegen fehlerhafter Lieferung mehrerer und selbst nur eines Teilbetrags vom ganzen Vertrage zurücktreten (desgleichen Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern), wenn anzunehmen ist, daß auch die künftigen Leistungen vertragswidrig ausfallen würden (RG 54, 98; 65, 55; 67, 7; 76, 152; Warn 1917 Nr 239). Des Rechts auf weitere Vertragserfüllung kann anderseits jedoch bei Teillieferungsverträgen der Käufer, der auf Abruf gekauft hat, dadurch überhaupt verlustig gehen, daß er den Abruf unter Treu und Glauben verzögert (RG 91, 345; Warn 1918 Nr 161). Dagegen besteht, wenn nicht ein einheitlicher Teillieferungsvertrag, sondern eine Mehrheit von selbständigen Verträgen vorliegt, nicht das Recht, von dem einen Vertrage wegen Verletzung des andern zurückzutreten (RG JW 1911, 216¹⁶). — Entsprechend finden diese Grundsätze auch im Falle des Verzugs nach § 326 Abs 1 Anwendung. — Liegt jedoch die Schuld an der Mangelhaftigkeit der bisherigen Lieferungen mehr an dem Käufer — an seinem unberechtigten Drängen auf übermäßige Beschleunigung oder an ungenügenden Angaben über die zu liefernde Ware —, so kann er die in Rede stehenden Rechtsbehelfe nicht geltend machen (RG 23. 12. 07 II 402/07). — Handelt es sich um einen sog. **zusammengesetzten Vertrag** (z. B. Kauf einer Gastwirtschaft, verbunden mit einer Bierabnahmevereinbarung; § 305 A 3), so können die Rechtsbehelfe im Zweifel nur in Ansehung des ganzen Vertrags ausgeübt werden (vgl. § 139 A 2, § 305 A 2, § 325 A 2; RG 67, 101; JW 08, 3²; Gruch 53, 945).

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob eine Vertragspartei, die beim Vertrage stehenbleibt und wegen mangelnder Leistung Gewährleistungsansprüche geltend macht, daneben noch Ansprüche auf Schadensersatz wegen positiver Vertragsverletzung geltend machen darf. Das ist zu verneinen, da nach der Bestimmung des § 463 der Anspruch auf Schadensersatz nur „statt" der Wandlung oder Minderung verlangt werden kann. Indes können, sofern der Partei durch die fehlerhafte Erfüllung ein Schaden entstanden ist, der auf einer andern Grundlage beruht als der Gewährleistungsanspruch, ohne Frage beide Ansprüche nebeneinander bestehen, so insbesondere der aus der „verzögerten" Erfüllung entstehende, gemäß §§ 284, 286.

§ 326

Ist bei einem gegenseitigen Vertrage der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten[1]), wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist[2]); der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen[3]). Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs 1 Satz 2 entsprechende Anwendung[4]).

Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Abs 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf[5])[6]).

E I 369; M 2 209; P 1 642.

1. Das Gesetz regelt hier **die besondern Folgen des Leistungsverzugs bei gegenseitigen Verträgen.** Die Bestimmung greift auch bei gemischten gegenseitigen Verträgen (§ 305 A 2) Platz, auch wenn äußerlich eine Mehrheit von Verträgen vorliegt und nicht an diesen allen dieselben Personen teilgenommen haben (RG 62, 186; 67, 104; 79, 436; vgl. § 305 A 2), so daß dort namentlich auch für das Rücktrittsrecht ausschließlich der § 326 in Frage kommt. Vgl. A 4 a. E. Anderseits ist § 326 nur bei gegenseitigen Verträgen verwendbar, und daher nicht, sofern es sich infolge einer Wandlung um Rückgängigmachung des Kaufs handelt und der Käufer hierbei in Verzug gerät, hier ist nur für § 286 Abs 2 Raum (RG 93, 48). Auch wenn es sich um Leistungen im Sinne eines Werkvertrags handelt, ist § 326 unanwendbar, weil

dieser Fall in den §§ 634, 636 besonders geregelt ist (RG Gruch 53, 943). Vgl. noch A 6 a. E. Ist die Leistung nachträglich unmöglich geworden, und zwar ohne daß der Schuldner zuvor schon in Verzug gekommen war, dann kann nicht mehr § 326, sondern nur noch § 325 in Frage kommen, da der Schuldner zur Bewirkung einer unmöglichen Leistung nicht verpflichtet sein kann (RG 97, 9). Ist die Unmöglichkeit erst nach dem Verzuge eingetreten, dann hat der Schuldner sie zu vertreten, und es greift der § 326 Platz. Unter **Verzug** versteht der § 326 lediglich den Schuldnerverzug (vgl. darüber die Ausführungen zu den §§ 284 ff.). Auch muß es sich um eine Hauptleistung handeln. Daß sich als eine solche beim Kaufe, wiewohl die Hauptverbindlichkeit des Käufers regelmäßig nur auf Zahlung des Preises geht (RG 53, 161; 67, 105), auch seine Abnahmepflicht darstellen kann, ist bereits in § 284 A 1 ausgeführt worden. Die Verpflichtung zur Entgegennahme der Auflassung kann eine Hauptleistung zum mindesten dann bilden, wenn Hypotheken in Anrechnung auf das Kaufgeld übernommen sind (RG 69, 103/7; 11. 5. 18 V 36/18). Desgleichen die Verpflichtung zur Abnahme eines ganzen Geschäfts, zumal wenn damit die Feststellung der Preise verbunden ist (RG JW 1910, 750[7]). Die Abrede, daß der Käufer die Ware am Abnahmeorte zu untersuchen und im Falle der Beanstandung unverzüglich die sachverständige Begutachtung herbeizuführen, das Ergebnis auch telegraphisch mitzuteilen hat, gestattet die Anwendung des § 326 (RG 92, 270). Auch der Abruf der Hauptsache kann im Einzelfalle eine Hauptleistung darstellen, und zugleich kann dabei eine kalendermäßige Bestimmung der Zeit für diese Leistung darin liegen, daß das Geschäft nach dem Parteiwillen innerhalb eines kalendermäßig bestimmten Zeitraums abgewickelt sein muß (RG 15. 11. 10 II 8/10). — Unberührt von § 326 bleibt die allgemeine Bestimmung des § 286, deren Anwendbarkeit im Gegensatze zum Falle des § 326 gerade als Regel voraussetzt, daß es zur Erfüllung des Vertrags kommt. Vgl. § 286 A 1 a. E. und RG 70, 129 über das Verhältnis zwischen § 286 u. § 326 Abs 1. Der Verzugsschaden aus § 286 und der wegen Nichterfüllung aus § 326 können regelmäßig nicht nebeneinander geltend gemacht werden; ist aber eine Vertragsstrafe wegen verzögerter Erfüllung bereits verwirkt, dann wird dieser Anspruch nicht dadurch beseitigt, daß dem Verpflichteten alsdann noch eine Nachfrist gewährt wird und er auch jetzt nicht erfüllt und demgemäß noch aus § 326 haftbar wird (RG 94, 206). — Verzug liegt nicht vor, wenn oder solange der Verpflichtete die Leistung zu verweigern berechtigt ist (§ 285 A 1). Bei Verträgen, die nicht ein persönliches Vertrauensverhältnis voraussetzen, insbesondere also beim Kaufe, entsteht aber das Leistungsverweigerungsrecht nicht etwa schon deswegen, weil der andere Vertragsteil durch sein illoyales Verhalten das persönliche Vertrauensverhältnis zerstört; der Verkehr erfordert vielmehr in erster Linie die Aufrechterhaltung und Durchführung der Verträge (RG Gruch 55, 629). Eine Zuvielforderung macht die Mahnung und Fristsetzung dann nicht unwirksam, wenn auch eine Mahnung in Höhe des geschuldeten Betrags ergebnislos geblieben wäre (RG SeuffA 59 Nr 288). — Von den Rechtsbehelfen aus § 326 kann nur der Gebrauch machen, der sich selbst auf den Standpunkt vertragstreuer Erfüllung gestellt hat (RG JW 1913, 918[3]).

Die besondere **Folge des Verzugs** ist **nach § 326** die, daß der andere Teil das Recht hat, nach seiner Wahl entweder **a) Schadensersatz wegen Nichterfüllung** zu fordern oder **b) vom Vertrage zurückzutreten.** — Über den Inhalt dieser Befugnisse und ihre Tragweite ist zunächst auf die Ausführungen bei § 325 A 1 u. 4 zu verweisen. Im übrigen ist noch zu sagen: Ausdrücklich ist die Vorschrift des § 326 nur auf den Fall abgestellt, daß die eine Vertragspartei mit ihrer ganzen, nämlich „der ihr obliegenden Leistung" in Verzug kommt. Denkbar ist aber auch ein Teilverzug, und zwar dann, wenn es sich um eine teilbare Leistung handelt und erst eine solche selbständige Teilleistung fällig geworden war. In solchen Fällen könnte der Berechtigte grundsätzlich von den Befugnissen aus § 326 auch nur in Ansehung dieses Teils, nicht aber hinsichtlich des gesamten Vertrags Gebrauch machen (siehe indes weiter unten betreffs der Teillieferungsverträge). Das Rücktrittsrecht insbesondere darf regelmäßig überhaupt nur betreffs des ganzen Vertrags ausgeübt werden, da ein einheitlicher Vertrag sich nicht zerreißen läßt (RG 67, 104; Warn 1918 Nr 288), und im Zweifel die gesamten Abreden einen einheitlichen Vertrag darstellen (RG 57, 165; 71, 388; 72, 218). Steht jedoch eine teilbare Leistung in Frage, oder enthält der Vertrag mehrere selbständige voneinander trennbare Teile, dann ist entsprechend auch ein nur teilweiser Rücktritt zulässig (RG 67, 109; 79, 311) In Gemäßheit des § 320 Abs 2 ist der Rücktritt aber im Falle des § 326 überhaupt unstatthaft, wenn der Schuldner nur noch mit einer verhältnismäßig so geringfügigen Teilleistung im Rückstande ist, daß der Rücktritt einen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242) darstellen würde (RG 76, 150; Warn 1915 Nr 228). — Hinsichtlich der Eigentümlichkeiten bei Teillieferungsverträgen sei hier zuvörderst auf § 325 A 4 verwiesen und dazu nur noch bemerkt: Der Verkäufer kann wegen Verzugs des Käufers mit Zahlung des Preises für die bereits (vertragsmäßig) gelieferten Raten hinsichtlich des noch nicht erfüllten Teiles des Vertrags zurücktreten (RG Warn 08 Nr 137; vgl. auch RG 58, 419 u. 61, 128). Verlangt der Käufer nach § 480 an Stelle einer mangelhaft gelieferten Rate Lieferung einer mangelfreien und kommt der Verkäufer

mit dieser in Verzug, so stehen dem Käufer aus diesem Verzuge ebenfalls die Rechte aus § 326 in bezug auf den ganzen Vertrag zu (RG 8. 11. 04 II 239/04; Gruch 63, 116). In der anstandslosen Annahme bisheriger Teillieferungen kann die Genehmigung ihrer Beschaffenheit auch für künftige Lieferungen gefunden werden (RG Warn 1919 Nr 154). Über Teillieferungsverträge auf Abruf vgl. auch § 433 A 5. Leistet der Käufer bei einem Teillieferungsvertrage eine geschuldete Teilzahlung nicht, so bedeutet das noch keine positive Vertragsverletzung; der Verkäufer hat vielmehr nur das Recht, wegen des Teilverzuges die Rechte aus § 326 betreffs des ganzen noch ausstehenden Teiles der Lieferungen geltend zu machen (RG Warn 1917 Nr 50). — Darüber, daß dem Berechtigten die Rechtsbehelfe des § 326 auch bei **positiven Vertragsverletzungen** zustehen, vgl. § 325 A 4; RG JW 1912, 387[7]. Als eine positive Vertragsverletzung ist es auch anzusehen, wenn der Verkäufer dem Käufer etwas anderes liefert als den geschuldeten Gegenstand (RG Warn 1913 Nr 279). Die Anwendung des § 326 zugunsten des Verkäufers ist ausgeschlossen, wenn dieser die dem Käufer noch nicht übereignete Kaufsache vor Fälligkeit des Kaufpreises weiterveräußert, oder er müßte die Leistung dem Käufer demnächst wieder anbieten (RG 63, 103).

Die Fälligkeit der Forderung und der Verzug sind grundsätzlich Voraussetzung für den Gebrauch der in § 326 gegebenen Rechtsbehelfe, insbesondere für die Fristsetzung (RG 69, 305; 93, 180; auch beim Handelskauf, RG 57, 106), und vor der Fälligkeit kann Verzug niemals eintreten (RG LZ 1919, 591[5]). Aber unter Umständen kann der Berechtigte **auch ohne Verzug** schon **vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern,** nämlich dann, wenn der Verpflichtete bereits vor der Leistungszeit durch sein Verhalten (positive Vertragsverletzung) in zweifelloser Weise (etwa durch die strikt erklärte Erfüllungsverweigerung oder durch fortgesetzte unbegründete Einwendungen) zu erkennen gegeben hat, daß er nicht leisten wolle und nicht leisten werde (RG 93, 286; 57, 113; 67, 317; 93, 285; 95, 342; Warn 1910 Nr 50; 1918 Nr 73, 137, 167; Gruch 54, 911). In dem Falle haftet jedoch der Schuldner nicht für die durch Zufall eingetretene Unmöglichkeit der Leistung oder doch nur dann gemäß § 287 Satz 2, wenn der Zufall erst nach eingetretener Fälligkeit sich ereignet hat (RG Warn 1919 Nr 87). Über Inverzugsetzung bei Teillieferungsverträgen vgl. § 284 A 2.

Der Anspruch auf Schadensersatz entsteht mit dem Ablaufe der gesetzten Frist oder, wenn die Fristsetzung wegen der Leistungsverweigerung des Schuldners (vgl. den voraufgehenden Absatz und den weiter folgenden Absatz) unterbleiben kann, schon mit der Erklärung des Gläubigers, daß er Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordere. **Für die Berechnung des abstrakten Schadens** (vgl. § 325 A 1 Abs 3) ist im Falle des Verzugs des Schuldners in erster Linie dieser Zeitpunkt, sonst aber auch der **Zeitpunkt** des Fristablaufs oder endlich derjenige Zeitpunkt maßgebend, in welchem der Schadensersatzanspruch entstanden ist. Niemals darf jedoch die Wahl des Zeitpunkts Treu und Glauben widerstreben. Tritt noch während des Verzugs des Schuldners Unmöglichkeit der Leistung ein, dann kann der Gläubiger auch diesen Zeitpunkt für die Schadensberechnung wählen (vgl RG 90, 424; 91, 31; 96, 158; Warn 1919 Nr 156). Verlangt der Käufer als Schadensersatz wegen Nichterfüllung Ersatz des entgangenen Gewinns nach der abstrakten Berechnung, dann ist der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Käufer im Falle der Erfüllung die Ware zwecks Weiterveräußerung zur Verfügung gehabt haben würde, und es muß zu der Zeit also auch noch der Erfüllungsanspruch bestanden haben; letzteres ist dagegen nicht erforderlich, wenn der Käufer den Deckungskauf vorgenommen hat und den dabei erlittenen Schaden ersetzt verlangt (RG 91, 103). — Ist die Bestimmung des Zeitpunkts der Leistung dem Schuldner überlassen, dann kann der Gläubiger von den Befugnissen aus § 326 erst dann Gebrauch machen, wenn er gemäß § 315 den Richter um Bestimmung der Leistungszeit angegangen hat (RG 64, 114). Für Handelssachen ist dieser Grundsatz jedoch als unanwendbar erklärt und mit Recht angenommen worden, daß es hier dem Verkehrsbedürfnisse entspricht, die Möglichkeit der Verzugsfolgen nur davon abhängig zu machen, daß der Richter lediglich nachprüft, ob der Schuldner von seinem Ermessen in der richtigen Weise Gebrauch gemacht hat (RG 90, 30). Dieser Standpunkt dürfte überhaupt der richtige sein. Ob der Schuldner fristgerecht geleistet hat, ist nach Treu und Glauben und nach dem Zwecke der Fristsetzung zu entscheiden (RG JW 1916, 1628[3]). — Schadensersatz wegen Nichterfüllung infolge von verweigerter Abnahme und Zahlung kann der Verkäufer von Sachen, die erst noch geliefert werden sollten, unter Umständen fordern, auch ohne daß er die Sachen bereits hergestellt hatte; aber Bedingung ist dann, daß die Herstellung und Lieferung innerhalb angemessener Frist möglich war (RG 17. 4. 18 V 462/17). Der Verkäufer einer nur nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmten Menge einer von ihm selbst hergestellten Ware kann als Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht nur den Unterschied zwischen dem Vertragspreise und dem niedrigeren Marktpreise, sondern ebensowohl den Unterschied zwischen Vertrags- und Herstellungspreis fordern (RG JW 1919, 445[5]). — Siehe ferner auch über den „**Schadensnachweis**" § 325 A 1 Abs 3.

Nachfrist. Während der Berechtigte im Falle des § 325 von den bezeichneten Befugnissen (dort A 1) ohne weiteres Gebrauch machen kann, sieht Satz 1 Abs 1 des § 326 vor, daß

die Partei im Falle des Verzugs der Regel nach (vgl. A 1 a. E. und A 5) dem Gegner erst eine **angemessene Nachfrist gesetzt** und dabei zugleich (RG JW 1910, 183) die **Nichtannahme der Leistung angedroht haben muß** (RG JW 08, 676[4]; 1910, 183; 1913, 856; Warn 1914 Nr 42), und zwar kann die Fristsetzung der Regel nach erst nach eingetretenem Verzuge wirksam erfolgen (RG 93, 180); s. jedoch oben Abs 3. Über Angemessenheit der Frist sowie über die Natur der Erklärung vgl. § 250 A 1, 2, ferner RG 56, 231; 62, 66. Einen Maßstab für die Fristbemessung ergeben die gesamten Tatumstände, daneben auch die §§ 187ff., sowie der Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 (RG Warn 1911 Nr 66). Dabei sind die Interessen beider Teile, vornehmlich auch die des Gläubigers, zu berücksichtigen (RG 89, 125); doch hat der Schuldner keinen Anspruch darauf, daß ihm eine Frist bewilligt wird, die ausreicht, die Leistung erst jetzt noch zu ermöglichen (RG Warn 1911 Nr 67); denn die Nachfrist soll nur den säumigen Schuldner instandsetzen, die bereits angefangene Erfüllung zu vollenden, nicht aber mit ihr erst jetzt zu beginnen (RG 89, 125), und dazu genügt auch, daß der Schuldner bis zum Ablaufe der Frist denjenigen Erfolg herbeiführt (beispielsweise durch Überweisung des Schuldbetrags durch Postanweisung und Anzeige hiervon), auf den es der Sache nach gemäß § 242 ankommt (RG Gruch 61, 123). Stellt der Berechtigte eine unangemessene Frist, dann wird dadurch ohne weiteres eine angemessene Frist in Lauf gesetzt (RG 62, 68; 68, 332; JW 1912, 141[16]), und zwar selbst dann, wenn dies dem Willen der Parteien nicht entspräche. Eine unangemessene Fristsetzung ist jedoch wirkungslos, wenn der Berechtigte zu erkennen gegeben hat, daß er die Leistung, selbst wenn sie innerhalb angemessener Frist erfolgen sollte, dennoch keineswegs annehmen werde (RG 91, 207; JW 1911, 755[10]). Die Bemessung der Frist ist im Streitfalle Sache des Gerichts (RG 69, 305). Die Fristsetzung zur Auflassung muß einen bestimmten Termin angeben; es genügt aber auch, wenn der die Frist Bestimmende sich bereit erklärt, den Termin mit dem Gegner zu vereinbaren und an diesem Termin zu erscheinen (RG 69, 106; JW 1913, 487[7]). Im allgemeinen ist eine Fristbemessung nach Tagen nicht erforderlich; es kann nach den gegebenen Umständen auch die Aufforderung zur unverzüglichen Leistung (also ohne schuldhaftes Verzögern) ausreichen (RG 75, 357). — Die **Erklärung** im Sinne des Satz 1 muß bestimmt sein, unbedingt abgegeben werden, ist unwiderruflich (RG 53, 161), auch insoweit, als bei der Fristsetzung zugleich der Leistungsort bestimmt wurde (RG 69, 106; JW 1911, 535[6]). Sie muß unzweifelhaft erkennen lassen, daß die Partei für den Fall des erfolglosen Ablaufs der Frist von den Befugnissen aus § 326 Gebrauch machen will (RG JW 1910, 183; die Nachholung der Androhung würde erst eine neue Fristsetzung bedeuten), braucht aber nicht schon die Wahl zwischen den in Satz 2 bezeichneten Befugnissen auszusprechen (RG 5. 12. 11 II 242/11), kann es aber (RG 61, 131). Auch kann die Fristsetzung mit der Mahnung verbunden werden (RG 50, 262; JW 1910, 332[7]; Warn 1917 Nr 13). Die Aufforderung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, die Ware binnen bestimmter Frist abzunehmen, widrigenfalls die Ware für Rechnung des Käufers öffentlich versteigert werden solle, würde eine Erklärung nicht im Sinne des § 326, sondern gegebenenfalls des § 373 HGB darstellen, da der Verkäufer gerade die Vollziehung des Vertrags androhen würde (RG Warn 1912 Nr 100). Jedoch genügt die Drohung, „bei Nichteinhaltung der Frist vom Vertrage abzugehen" (RG Warn 09 Nr 196). Ist die Leistungsfrist auf „zirka Ende eines Monats" vereinbart, dann kann die Nachfrist auf Ende des nächsten Monats gesetzt werden (RG 69, 304). Es wird eine mangelhafte Fristsetzung behufs Vornahme der Auflassung geheilt, wenn der Schuldner demnächst den Auflassungstermin selbst bestimmt (RG Warn 1910 Nr 424). — Mit dem fruchtlosen Ablaufe der Frist treten die angedrohten Rechtsfolgen ohne weiteres und zwingend ein, und der Schuldner kann, wenn der Gläubiger die Rechtsfolge geltend macht, die Einrede der Arglist nur unter ganz besondern Umständen erheben, so etwa, wenn es sich nur um eine ganz geringfügige und dazu durch besondere unverschuldete Verhältnisse verursachte Fristüberschreitung handelt (RG 92, 211; Warn 1913 Nr 228; JW 1915, 1004[10]). — Die Befugnis des Berechtigten zur Ausübung seiner Rechte aus § 326 ist an sich unbefristet; nur darf er nicht die Erklärung arglistig oder in einer wider Treu und Glauben verstoßenden Weise hinausgeschoben haben (RG 2. 7. 12 II 174/12, betreffend Teillieferungsverträge). — **Die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz** wegen Nichterfüllung steht im Belieben des Berechtigten; doch mit der Maßgabe, daß nicht beide Rechtsbehelfe nebeneinander ausgeübt werden können, und daß die Wahl des Rücktritts jedweden Anspruch aus dem Vertrage unbedingt ausschließt (RG 50, 266; 61, 130; 85, 282; JW 1910, 229[4]; 1911, 751[5]). Die Wahl des Ersatzanspruchs dagegen, die gerade noch ein Festhalten am Vertrage voraussetzt, läßt noch die Möglichkeit eines späteren Rücktritts offen (RG 85, 282; 91, 165; Warn 1916 Nr 100; 1919 Nr 95); gegebenenfalls liegt auch nicht unzulässige Klagänderung vor (RG Warn 1917 Nr 13), wie eine solche auch dann nicht anzunehmen ist, wenn der Berechtigte zuvörderst auf Erfüllung geklagt dann erst während des Prozesses die Nachfrist gesetzt hatte und nunmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert (RG 88, 405). Hat der Beklagte den Vertrag angefochten und die Erfüllung verweigert, dann kann der Kläger noch jetzt seinen Rücktritt

erklären (RG 7. 8. 07 V 227/07). Wenn beide Teile von den Rechten aus § 326 Gebrauch und unter Vorbehalt von Schadensersatzansprüchen eine bereits erfolgte Übergabe rückgängig machen, liegt darum noch nicht eine vertragsmäßige Einigung über die Nichterfüllung des Vertrags vor (RG 69, 103). Der Käufer geht des Anspruchs auf Schadensersatz nicht dadurch verlustig, daß er selbst in Verzug gewesen war, der Verkäufer aber beim Vertrage stehenbleiben will; der Käufer muß alsdann aber seinesteils dem Verkäufer für die Verzugsfolgen aufkommen.

Die **Setzung der Nachfrist ist entbehrlich,** abgesehen vom Falle des § 326 Abs 2, auch dann, wenn der andere Teil auf die Fristsetzung ausdrücklich verzichtet, oder wenn er die Erfüllung in so bestimmter Weise bereits ernsthaft verweigert hat, daß das gewissermaßen als sein letztes Wort gilt (RG Warn 1918 Nr 131) und daß eine Änderung seines Entschlusses als ausgeschlossen erscheinen muß (RG 51, 347; 53, 161; 57, 105; 90, 317; 66, 421; Gruch 54, 630); oder wenn er ungerechtfertigterweise erklärt, daß er vom Vertrage zurücktrete und ihn annulliere (RG 57, 113); oder wenn der Schuldner die Leistung von einer ungerechtfertigten Bedingung abhängig macht (RG Gruch 54, 631; JW 03 Beil 139[305]). In derartigen Fällen kann auch derjenige Teil, der an sich zur Vorleistung verpflichtet war, ohne weiteres von den Rechtsbehelfen aus § 326 Gebrauch machen (RG 18. 11. 15 V 224/15). Ob eine wirkliche Erfüllungsverweigerung vorliegt, ist strenge zu beurteilen. Es genügt nicht schon die einfache Ablehnung, insbesondere wegen Meinungsverschiedenheiten über den Inhalt des Vertrags (RG 67, 319; Warn 1911 Nr 364; JW 1919, 375[1]), oder wenn der Schuldner erklärt, die Vertragsaufhebung sei ihm lieber (RG JW 1912, 140[15]); es muß vielmehr nach wichtigen tatsächlichen Umständen als ausgeschlossen erscheinen, daß der in Verzug befindliche Vertragsteil auch im Falle der Nachfrist sich für die Erfüllungsverweigerung entschließen würde (RG 57, 113; 66, 419; vgl. Warn 1911 Nr 364 und 1913 Nr 192). So kann die bloße Erklärung, zur Zeit nicht zahlen zu können, mit der Bitte um Stundung nicht als eine Erfüllungsverweigerung erachtet werden (RG 66, 430). Ebensowenig die Erklärung eines bedingten Rücktritts (RG 7. 10. 04 II 8/04). Die vorstehenden Grundsätze greifen entsprechend auch im Falle einer vertraglich vorgesehenen Fristsetzung Platz (RG JW 07, 706[9]). Widerruft der Schuldner vor Eintritt der Fälligkeit seine anfängliche Erfüllungsweigerung, dann wird die Fristsetzung hierdurch wieder erforderlich. Wer selbst vertragsuntreu ist, kann, solange dieser Zustand währt, auch aus der Vertragsuntreue des Gegners keinerlei Rechte geltend machen (RG 67, 314; JW 1913, 196[6]). — Der Setzung einer Nachfrist bedarf es auch dann nicht, wenn sie mit dem Wesen des Rechtsgeschäfts so unvereinbar wäre, daß man einen stillschweigenden Verzicht auf Gewährung einer Nachfrist anzunehmen hätte (RG 71, 308, betreffend ein überseeisches Abladegeschäft; JW 1917, 538[4], betreffend ein festländisches Abladegeschäft).

2. Bewirkt der in Verzug befindliche Teil die **volle Leistung rechtzeitig, d. h. bis zum Ablaufe der Frist,** so ist der Verzug geheilt und der Berechtigte kann von den Rechtsbehelfen aus § 326 keinen Gebrauch machen. Aber die Voraussetzung hierfür ist nicht erfüllt, wenn bis zum Ablaufe der Frist auch nur noch ein Teil der Leistung aussteht, gleichgültig, ob die Teilleistung vor oder nach der Fristsetzung bewirkt worden ist (RG 50, 140; Gruch 53, 944; RG JW 05, 17[10]); selbst wenn gegebenenfalls der Schuldner nach versäumter Nachfrist die Arbeiten nunmehr in kurzer Zeit noch anfertigen kann und will (RG Warn 09 Nr 196). Das Recht, sich von den Folgen des fruchtlosen Fristablaufs insoweit durch den Nachweis der Nichtverschuldung zu befreien (wie im Falle des Verzugs nach § 285), steht dem Schuldner regelmäßig nicht zu (RG Warn 1910 Nr 424). Indes handelt es sich nur um eine ganz geringfügige und zudem durch unverschuldete Verhältnisse herbeigeführte Fristüberschreitung, dann wird man dem Schuldner, falls der Gläubiger trotzdem die Rechtsbehelfe aus § 326 verwenden wollte, die Einrede aus § 242 gewähren müssen (RG Warn 09 Nr 196; 1913 Nr 228).

3. Der Gläubiger **verliert,** falls er bei Setzung der Nachfrist die in Satz 1 vorausgesetzte Androhung erklärt, schon damit **den Anspruch auf Erfüllung** (vgl. § 283 A 1, ferner RG 52, 94; 57, 105), und nach Ablauf der Frist hat er sich darüber zu erklären, von welchem Rechtsbehelfe aus Satz 2 er Gebrauch machen will. Er kann die Wahl aber auch bereits vor dem Fristablaufe ausüben (RG JW 04, 536[3]). Auf Erfüllung und gleichzeitig auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu klagen, ist mit dem Grundsatze des § 306 unvereinbar (RG 57, 105). Einigen die Parteien sich nachträglich auf Vertragserfüllung, so schließt das zwar an sich den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus; der Berechtigte kann sich aber den Ersatzanspruch wegen verzögerter Erfüllung vorbehalten (RG JW 1910, 751[9]). Die Erklärung: „zurückzutreten und Schadensersatz zu verlangen", bedeutet im Zweifel Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs (RG JW 1911, 751[5]). Hat der Verkäufer auf Schadensersatz auch bereits geklagt, so verstößt es nicht gegen Treu und Glauben, wenn er auf den Einwand des Beklagten hin, daß der Verkäufer die Kaufsache zu früh angeboten habe, das Angebot während des Prozesses nunmehr wiederholt und daraufhin jetzt noch die Erfüllung fordert (RG 75, 350).

4. **Nur teilweise Leistung** nach der Fristsetzung und bis zu deren Ablauf. Grundsätzlich ist der Gläubiger, eine Teilleistung anzunehmen, überhaupt nicht verpflichtet (§ 266). Doch kann es unter Umständen Treu und Glauben widersprechen, wenn er die Annahme verweigert, obwohl nur — beispielsweise bei einem bestellten Werke — ganz Geringfügiges noch fehlt (RG Warn 09 Nr 196), und in solchem Falle geriete der Berechtigte in Annahmeverzug. Hat der Gläubiger eine Teilleistung einmal angenommen, dann kommt folgendes in Betracht: Die gesetzliche Voraussetzung, daß „die Leistung innerhalb der Nachfrist teilweise nicht bewirkt wird", trifft sowohl dann zu, wenn der Verpflichtete bis zur Nachfristsetzung überhaupt noch nichts geleistet hat und auch nach der Fristsetzung nur teilweise leistet, wie auch dann, wenn bis zur Nachfristsetzung eine teilweise Leistung bereits erfolgt und alsdann betreffs des noch fehlenden Restes die Fristsetzung erklärt war, demnächst aber die volle Erfüllung ausbleibt (RG 50, 138; Warn 1912 Nr 293). Verzug wegen eines nur unwesentlichen Teiles der Leistung gibt jedoch überhaupt kein Rücktrittsrecht (RG SeuffA 67 Nr 2). Im übrigen führt die **Anwendung des § 325 Abs 1 Satz 2** zu dem Ergebnisse, daß der Berechtigte auch wegen bloßen Ausbleibens der vollen Leistung nach der Fristsetzung grundsätzlich das Wahlrecht hat zwischen dem Anspruche auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und dem Rücktrittsrechte, indes unter nachstehender Maßgabe: **a)** Hinsichtlich des **Rücktrittsrechts** sieht das Gesetz folgende Unterscheidung vor: Vom ganzen Vertrage kann der Berechtigte nur dann zurücktreten, wenn er an der Teilleistung, und zwar der bereits empfangenen, nicht aber der noch rückständigen (RG Gruch 53, 943), kein Interesse hat (RG Warn 1912 Nr 377); hat er dagegen an der erhaltenen Leistung Interesse (und mithin ein fortdauerndes), dann kann er nur noch insoweit zurücktreten, als der Verpflichtete nach gesetzter Nachfrist noch im Rückstande geblieben ist. Allerdings steht diese Annahme mit dem Grundsatze in Widerspruch, daß ein einheitlicher Vertrag nur im ganzen stehen oder fallen kann (RG 67, 104; Warn 09 Nr 288; 1918, Nr 288). Aber sie entspricht dem Bedürfnisse des Verkehrs. Hat beispielsweise auf Grund eines einheitlichen Teilleistungsvertrags der Käufer einen Teil der Lieferungen bereits empfangen und auch für sich verwertet, oder hat bei einem Werkvertrage, der den Bau eines Hauses betrifft, der Verpflichtete einen Teil des Baues bereits hergestellt, dann wäre es doch schwerlich richtig, auch unter solchen Umständen nur den Rücktritt vom ganzen Vertrage für zulässig zu erachten, zumal wenn der Berechtigte gar nicht mehr imstande sein würde, das Empfangene zurückzugewähren. Unter solchen Umständen kann vielmehr nur noch ein Rücktritt im Umfange der ausgebliebenen Erfüllung in Frage kommen. **b)** Was sodann den **Anspruch auf Schadensersatz** anlangt, so ist auch hier zu unterscheiden: Hat der Berechtigte an der empfangenen Teilleistung ein bleibendes Interesse, dann kann er auch den Anspruch auf Schadensersatz nur insoweit geltend machen, als ihm Schaden daraus erwächst, daß der Vertrag nicht vollständig erfüllt ist; hat dagegen die Teilerfüllung, mag sie vor oder nach der Fristsetzung erfolgt sein, für den Berechtigten kein bleibendes Interesse, dann kann er Ersatz für den durch die Nichterfüllung des Vertrags überhaupt verursachten Schaden fordern (RG 50, 138; Gruch 53, 943; RG 8. 5. 12 V 11/12). Ob der Berechtigte an der Teilerfüllung Interesse hat oder nicht, ist gemäß dem in § 320 Abs 2 ausgesprochenen Grundsatze auch hier nach Treu und Glauben zu beurteilen (RG 76, 152; 64, 375; 53, 74). — Nur der Art nach mangelhafte Erfüllung gilt bei § 326 (im Gegensatze zu § 320 Abs 2 A 6) nicht als eine bloße Teilerfüllung, da auch eine mangelhafte Erfüllung immerhin Erfüllung ist (RG Warn 1912 Nr 204). Dem Berechtigten, der eine mangelhafte Leistung als Vertragserfüllung angenommen hat, stehen daher allein die Rechtsbehelfe auf Gewährleistung oder auf Schadensersatz zur Seite. — Zu beachten ist endlich hier, wie bei §§ 325 u. 326 überhaupt, daß sowohl bei der Frage nach dem Interesse wie nach dem Schaden niemals die geschuldete Leistung allein für sich in Betracht kommen kann, daß vielmehr das Interesse an der gegenseitigen und beiderseitigen Erfüllung ins Auge zu fassen ist. Vgl. § 325 A 2 u. 4. — Kann der Verkäufer einen Teil der verkauften Liegenschaften nicht auflassen, so darf der Verkäufer vom ganzen Vertrage nur zurücktreten, wenn sie ihm als ein Ganzes verkauft sind und er am Teilerwerbe kein Interesse hat (RG JW 05, 172[13]). Bei gemischten Verträgen (§ 305 A 3) bilden die einzelnen verschiedenartigen Leistungen zusammen eine Einheit, so daß auch die für den Fall des nur teilweisen Verzugs vorgesehenen Folgen auch dort Platz greifen, gleichviel mit welchem Teile der verschiedenen Leistungen der Verpflichtete im Rückstande geblieben ist (RG Gruch 53, 943). Vgl. A 1 oben.

5. Auch **ohne Fristsetzung** kann der Berechtigte schon grundsätzlich vom Vertrage abgehen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern, wenn er **wegen des Verzugs an der Erfüllung des Vertrags** (also der beiderseitigen Leistungen), nach den gesamten Umständen des Falles beurteilt (RG Gruch 60, 490), überhaupt **kein Interesse mehr hat.** Es muß aber sein Interesse eben infolge der Leistungsverzögerung und nicht schon zuvor fortgefallen sein (RG 70, 127). Ersteres würde z. B. zutreffen bei Saisonartikeln (RG 05, 136[11]). So ist beispielsweise für den Käufer von großen Kartoffellieferungen, der kein Lager hält, mit Eintritt

des Winters das Interesse an der Erfüllung fortgefallen (RG 29. 6. 06 II 19/06). Bei einem Teillieferungsvertrage zur Deckung der Bedürfnisse des Fabrikbetriebs während eines längeren Zeitraums ist, wenn der Käufer während des größten Teiles der Lieferungsfrist in Leistungsverzug gewesen, der Abs 2 auch wegen der noch nicht fälligen Raten anwendbar (RG 58, 421; 61, 130; 53, 166; 96, 129). Von der Vergünstigung aus Abs 2 kann der Berechtigte auch dann Gebrauch machen, wenn sein Interesse an der Erfüllung erst während des Laufs der zuvor gesetzten Nachfrist unvorhergesehen fortfällt (RG 89, 124). Das Recht aus § 326 Abs 2 besteht auch unabhängig davon, ob der Verpflichtete es voraussehen konnte, daß das Interesse des Berechtigten an der Erfüllung infolge des Verzugs fortfallen werde (RG 94, 326). Setzt endlich der Gläubiger eine Nachfrist, obwohl er sie nicht zu setzen brauchte, so verliert er seine Befugnisse aus § 326 Abs 2 nur dann, wenn anzunehmen, daß er durch die Satzung der Nachfrist diese Befugnisse hat aufgeben wollen (RG 89, 124). Eine ungünstige Gestaltung der Preisverhältnisse oder der Geschäftsaussichten gibt an sich noch nicht das Recht aus Abs 2.

6. Der § 326 enthält **nur Auslegungsvorschriften**; die Parteien können daher die dort gegebenen Rechte erweitern, beschränken oder durch andere ersetzen. — Die Rechte aus § 326 gehen auf den Zessionar über (RG 55, 402). — Für die Klage auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ist das Gericht des Erfüllungsorts (§ 269) zuständig (RG Warn 08 Nr 129). Ein besonderer Erfüllungsort, je nachdem etwa der durch den Abnahmeverzug entstandene Schaden und anderseits der entgangene Gewinn erstattet verlangt werden, läßt sich nicht begründen; denn maßgebend ist stets die Gesamtheit des aus der Nichterfüllung hervorgehenden Schadens (RG 55, 423). Wer Rechte aus § 326 herleitet, hat seine Voraussetzungen zu beweisen (RG JW 1910, 937[9]). **Unanwendbar** ist § 326 bei Dienstverträgen und Agenturverträgen, da hier die Sonderbestimmungen der §§ 626—628 bestehen (RG 92, 159; JW 1912, 73[12]). Bei Gesellschaftsverhältnissen ist im Verhältnisse der einzelnen Gesellschafter untereinander die Anwendbarkeit des § 326 durch die Sonderbestimmung des § 723 überhaupt ausgeschlossen (RG 78, 305; 81, 303; 89, 334). Dem Verkäufer, der erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, steht gemäß § 454 das Rücktrittsrecht nicht zu.

§ 327

Auf das in den §§ 325, 326 bestimmte Rücktrittsrecht finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 356 entsprechende Anwendung. Erfolgt der Rücktritt wegen eines Umstandes, den der andere Teil nicht zu vertreten hat, so haftet dieser nur nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung[1]).

E I 369; M 2 211; P 1 650.

1. Nach Satz 1 haben die Parteien einander die **empfangenen Leistungen zurückzugewähren.** Vgl. §§ 346 A 4 u. 348 A 1. Die Wirksamkeit der Rücktrittserklärung ist nicht davon abhängig, daß der Zurücktretende zugleich die Rückgabe des Empfangenen anbietet (RG 49, 38). Für den **Ausnahmefall** des Satz 2, der möglicherweise im Falle des § 325 Satz 2 gegeben sein könnte, falls nämlich der rechtskräftig Verurteilte nach der Festsetzung nicht leistet, greift § 818 unter besonderer Berücksichtigung des Abs 3 das. Platz.

Dritter Titel

Versprechen der Leistung an einen Dritten

§ 328

[1]) Durch Vertrag kann eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden, daß der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern[2]).

In Ermangelung einer besonderen Bestimmung ist aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben, ob das Recht des Dritten sofort oder nur unter gewissen Voraussetzungen entstehen[3]) und ob den Vertragschließenden die Befugnis vorbehalten sein soll, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern[4]).

E I 412—414 II 280; M 2 265; P 1 749.

1. Vertrag zugunsten eines Dritten. Nach § 241 ist kraft des Schuldverhältnisses der Gläubiger berechtigt, die geschuldete Leistung zu fordern, und bei Verträgen ist das regelmäßig nur die Vertragspartei selbst. Durch § 328 sind jedoch Verträge auch des Inhalts für zulässig erklärt, daß auch ein am Vertragsschlusse Unbeteiligter kraft des ohne seine Mitwirkung zustande gekommenen Schuldverhältnisses forderungsberechtigt wird. Bei einem derartigen Vertrage äußert sich das Schuldverhältnis nach zwei Richtungen hin: **a)** im Verhältnisse zwischen den beiden Vertragschließenden untereinander — also dem die Leistung Versprechenden und dem Versprechensempfänger; **b)** im Verhältnisse zwischen dem Versprechenden und dem Dritten (vgl. A 3). Demnach handelt es sich auch um zwei inhaltlich verschiedene Gläubigerrechte, nämlich gemäß § 335 um das des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten (wobei zwischen den beiden Vertragsteilen auch ein gegenseitiger Vertrag in Frage kommen kann; § 320 A 1) und um das des Dritten auf die geschuldete Leistung an ihn selbst. (Vgl. A 2 a. E.) Im Wesen der Sache liegt es dabei, daß durch die Erfüllung dem Dritten gegenüber zugleich der Anspruch des Versprechensempfängers befriedigt und mithin das Schuldverhältnis überhaupt zum Erlöschen gebracht wird. Eine Art von Gesamtschuldverhältnis (Staudinger, Vorbem vor § 328 A II 3) liegt jedoch nicht vor, weil die Forderungen des Versprechensempfängers und des Dritten je einen verschiedenen Inhalt haben. — Die nähere begriffliche Bestimmung des Vertrags zugunsten eines Dritten erscheint für das Rechtsbedürfnis bedeutungslos. Die gesetzliche Anerkennung der Möglichkeit solcher Verträge ist das Ergebnis der Rechtsentwicklung auf Grund der Anforderungen des Verkehrs (M 2, 265). Es soll eine Zuwendung aus dem Vermögen des Versprechenden an den Dritten in der Weise ermöglicht werden, daß die Übertragung des Vermögensgegenstandes zunächst an den Versprechensempfänger und demnächst von diesem an den Dritten vermieden wird (Prot 1, 755). Jedenfalls ist aber daran festzuhalten, daß beide Forderungsrechte dem nämlichen Schuldverhältnisse entspringen müssen, und daß insbesondere auch das Recht des Dritten ausschließlich in dem Versprechen des Schuldners seinen Grund hat. Hieraus ergibt sich aber einmal, daß auch der Inhalt wie der Rechtscharakter der Forderung des Dritten wie anderseits auch das Einrederecht des Schuldners dem Dritten gegenüber (vgl. § 330 BGB und § 435 HGB) sich lediglich nach dem vom Versprechenden mit dem Versprechensempfänger geschlossenen Vertrage richten können; ferner auch, daß mit der Gültigkeit dieses Vertrags zugleich das Recht des Dritten steht und fällt. Nichtigkeit des ersteren schließt daher ohne weiteres auch den Anspruch des Dritten aus, gleichgültig, ob die Nichtigkeit von Anfang an bestand oder ob sie erst später durch Anfechtung herbeigeführt wurde (vgl. § 334 A 2). Ist der Vertrag zugunsten des Dritten schriftlich abgeschlossen worden, so ist für das Verhältnis zwischen ihm und dem Dritten lediglich der schriftliche Vertrag maßgebend, dagegen nicht auch eine zwischen den Vertragschließenden nebenher mündlich getroffene, dem Dritten unbekannte Besprechung (**RG** 20. 9. 10 VII 389/09). — Ein Verhältnis zwischen dem Versprechensempfänger und dem Dritten wird durch den Vertrag nicht begründet. Dieses Verhältnis kann sich nur nach den sonstigen Beziehungen zwischen den beiden Genannten regeln. Danach allein entscheidet es sich insbesondere auch, ob der Versprechensempfänger gehalten ist, dem Dritten den ihm zugedachten und ihm demnächst zugegangenen Vorteil zu belassen, oder ob er ihm diesen wieder entziehen kann, beispielsweise nach §§ 812 ff. unter der Behauptung, daß er sich durch die Zuwendung an den Dritten von einer Schuld bei diesem habe befreien wollen, daß diese Schuld jedoch nicht bestanden habe oder auf andere Weise bereits getilgt worden sei.

Um einen Vertrag im Sinne des § 328 handelt es sich nicht, wenn der Dritte, an den abredegemäß geleistet werden soll, kein eigenes Recht erwerben, sondern nur als Leistungsstelle dienen soll (solutionis causa adjectus).

Anwendbar sind die Regeln der §§ 328 ff. nur bei Schuldverhältnissen. Die Übertragung der Grundsätze auf den dinglichen Vertrag der „Einigung" (Vorbem 1 vor § 145) ist unzulässig, weil die allgemeinen Regeln von den Schuldverhältnissen bei dem dinglichen Vertrage überhaupt nicht anwendbar sind (**RG** 66, 99). Streitig. Wenn bei einem Vertrage zugunsten eines Dritten eigentümlich ist, daß aus ihm Forderungen nach zwei Richtungen hin entstehen (vgl. oben Abs 1 unter a und b), so kann ein solches Ergebnis durch die dingliche Einigung niemals erzielt werden. Mit der Natur einer solchen Einigung als eines rein abstrakten Rechtsgeschäfts ist die Übernahme einer Verpflichtung überhaupt unvereinbar, mithin auch die Eingehung einer Verpflichtung, welche die Begründung eines dinglichen Rechtes zugunsten eines Dritten zum Gegenstande hätte. Gleichgültig ist es dabei, ob es sich um ein Recht an einer beweglichen Sache oder an einem Grundstücke handelt. Wenn A mit dem Eigentümer B vereinbart, daß dieser auf seinem Grundstücke für die Kinder des A eine Hypothek bestellen solle, und B hiernach diese Hypothek bestellt, dann erwerben die Kinder die Hypothek zwar ohne weiteres, aber nicht deswegen, weil die dingliche Einigung zu ihren Gunsten erfolgt wäre, sondern deswegen, weil sie durch den schuldrechtlichen, zwischen A und B zu ihren Gunsten abgeschlossenen Vertrag Gläubiger der Forderung geworden sind. Denn es ist nicht mög-

ich, daß die Hypothek einem andern zusteht als dem Forderungsberechtigten. Eine Eigentümerhypothek aber kann nicht entstanden sein, weil die Hypothekenschuld besteht, und zwar sogleich und nicht etwa erst bedingungsweise begründet worden ist. Bei der Briefhypothek müßte freilich noch der Erwerb des Hypothekenbriefs dazu gekommen sein (§ 1117 Abs 1). Gemäß § 1117 Abs 2 könnte dieser Erwerb jedoch in der Weise vor sich gehen, daß der Grundeigentümer mit dem Versprechensempfänger zugleich vereinbart, daß der Dritte berechtigt sein soll, sich die Urkunde vom Grundbuchamte aushändigen zu lassen, und insoweit ist die Anwendbarkeit des § 328 zweifelsohne zulässig. Eine Grundschuld läßt sich auf dem Wege des § 328 unmittelbar zugunsten eines Dritten überhaupt nicht begründen, sofern man daran festhält, daß die Einigung, also gegebenenfalls auch die zwischen dem Eigentümer und dem Erklärungsgegner, ein rein abstrakter Vertrag ist, der lediglich die unmittelbare Herbeiführung einer Rechtsänderung in bezug auf eine Sache zum Gegenstande hat (§ 873 A 7). Die bloße Einigung im Sinne des § 873 kann nicht zugleich eine schuldrechtliche Zuwendung an einen Dritten in sich schließen. Einigen sich A und der Eigentümer B dahin, daß für C eine Grundschuld eingetragen werden soll, dann erwirbt C auf Grund dieser Einigung nicht einen Leistungsanspruch, und erfolgt die Eintragung auf seinen Namen, dann erwirbt er die Grundschuld erst auf Grund seiner nachträglichen Einigung mit B. Wohl aber dürfte es möglich sein, ein dingliches Vorkaufsrecht oder eine Reallast (beispielsweise Altenteil) einem Dritten derart zuzuwenden, daß er das Recht schon mit der Eintragung erwirbt. Denn auch in diesen beiden Fällen würde es sich in erster Linie um die Begründung eines Anspruchs zugunsten des Dritten handeln, und die hinzukommende Eintragung würde nur zur Sicherung dieses Anspruchs dienen. — Bei beweglichen Sachen wird der Rechtserwerb eines Dritten gegebenenfalls durch das Rechtsgebilde des Besitzkonstituts vermittelt (vgl. § 868 A 1, 3).

2. Die Bestimmung, daß der **Dritte das Recht auf die Leistung unmittelbar erwirbt,** will besagen, daß der Genannte das entsprechende Gläubigerrecht ohne jede eigene Mitwirkung, allein infolge des zu seinen Gunsten abgegebenen und vom Erklärungsgegner angenommenen Versprechens selbständig erlangt. Es braucht ihm also weder die Annahme des Versprechens angetragen zu werden, noch braucht er überhaupt dem Vertrage beizutreten (**RG** 71, 324). Vgl. dazu noch § 333. Daher kann auch ein Geschäftsunfähiger durch einen zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrag die Forderung unmittelbar erwerben, nur daß das Ausschlagungsrecht gemäß § 333 seinem Vertreter offenbliebe. Ein wirkliches Vertragsverhältnis zwischen dem Versprechenden und dem Dritten entsteht durch die Forderungsberechtigung des letzteren zwar nicht; wohl aber ein vertragsähnliches, aus dem auch gegenseitige Pflichten hervorgehen können, so namentlich bei einer dauernden Geschäftsverbindung die Pflicht zur Bewährung der erforderlichen Sorgfalt (**RG** JW 1913, 426[3]). — Die Benennung des Dritten kann sich der Versprechensempfänger vorbehalten. Der Dritte erwirbt alsdann den Anspruch erst mit seiner Benennung. Die Person des Dritten braucht auch nur bestimmbar zu sein (§ 315 A 1), und sie ergibt sich alsdann aus den Umständen (beispielsweise bei einer Lebensversicherung „der Erbe" oder der Inhaber der Police).

3. **Der Parteiwille** und der **Geschäftszweck.** Nicht allemal, wenn in einem Vertrage die Leistung an einen Dritten bedungen worden ist, liegt um deswillen ein Vertrag zugunsten des Dritten im eigentlichen Sinne (A 1, 2) vor. Es kommt in dieser Hinsicht vielmehr lediglich auf die Parteiabsicht an, und über diese entscheidet in erster Linie die etwaige Abmachung. Liegt aber eine solche nicht vor, so soll der Parteiwille aus den Umständen, insbesondere nach dem Geschäftszwecke, ermittelt werden, wobei alle Umstände und die Verkehrssitte in Betracht zu ziehen sind (**RG** 56, 127; 64, 113; 65, 168; JW 1911, 1014[4]). Ist sodann auch wirklich ein Vertrag zugunsten eines Dritten gegeben, so ist es doch kein wesentliches Erfordernis — und daher auch kein Begriffsmerkmal eines Vertrags bezeichneter Art —, daß der Dritte das ihm zugedachte Recht sofort oder bedingungslos erwirbt. Es kann vielmehr der Rechtserwerb befristet oder bedingt sein, und ob das in einem gegebenen Falle zutrifft, ist gemäß Abs 2 wiederum nach den erörterten Auslegungsgrundsätzen zu entscheiden. (Über die Vermutung, die das Gesetz für Sonderfälle nach der einen Richtung wie nach der andern aufstellt, vgl. die §§ 330, 331). Ist der Erwerb befristet oder bedingt (möglicherweise durch eine in die Willkür des Dritten selbst gestellte Handlung, beispielsweise durch seine Heirat, **RG** Warn 1911 Nr 174), so fällt das Recht dem Dritten endgültig erst mit Eintritt des Termins oder der Bedingung zu. Der Anfall bleibt aber überhaupt aus, wenn die aufschiebende Bedingung ausfällt (§ 158 Abs 1). Ist endlich die Bedingung als auflösend gedacht, so erwirbt der Dritte das Recht zwar sofort, aber mit Eintritt der Bedingung wird der Anfall wieder unwirksam (§ 158 Abs 2). — Hinsichtlich des **Geschäftszwecks** kommen in Betracht sowohl der im gegebenen Falle etwa besonders vorgesehene Zweck, ferner aber auch der bei derartigen Geschäften nach den Gepflogenheiten des Verkehrs allgemein vorauszusetzende Zweck, so bei Geschäften, die gerade im Interesse des Dritten aus Fürsorge für ihn geschlossen zu werden pflegen (§ 330), ferner beim Frachtvertrage (§§ 435, 454 HGB). Einzelfälle: Durch die Einzahlung eines Sparkassenguthabens wird derjenige der Gläubiger, zu dessen Gunsten

die Einzahlung erfolgt, und der also der Darlehnsgeber sein soll, gleichgültig, auf wessen Namen das Buch ausgestellt ist (RG 60, 143; Warn 1912 Nr 197; 1916 Nr 75, wonach der Einzahlende im Zweifel auch dann berechtigt ist, wenn er die Einzahlung auf den Namen eines andern vorgenommen hat; vgl. § 164 A 3 a. E.). Befreiungsabreden und Herabminderungen dem Umfange nach, die der Spediteur dem Frachtführer in üblicher Weise zugesteht, binden auch den Eigentümer der Güter (RG 77, 317). Ein Darlehnsvorvertrag kann zugunsten eines Dritten derart geschlossen werden, daß dieser den Anspruch auf Auszahlung des Geldes erlangt und es daher nicht erst noch der Abtretung des Anspruchs bedarf (vgl. § 398 A 3). Ein Vertrag, durch welchen eine Gemeinde ihre Beamten gegen Unfall versichert, gibt jenen kein selbständiges Klagerecht (RG 60, 141). Falls die Gemeinde einem Elektrizitätswerke die Versorgung der Stadt mit Elektrizität überträgt, ist die Auslegung, daß die unmittelbare Berechtigung der einzelnen Gemeindemitglieder nicht gewollt sei, rechtlich unbedenklich (RG 29. 11. 07 III 187/07). Zuwendung des Anspruchs auf die für eine Dienstleistung zu gewährende Vergütung an einen Dritten (RG 81, 42; SeuffA 67 Nr 248). Durch vertragsmäßige Bestimmung des Verkäufers bei Teilung seines Grundstücks können zwischen den einzelnen Teilerwerbern wechselseitige Baubeschränkungen begründet werden (RG SeuffA 67 Nr 174). Verschafft eine Bank auf ihre Rechnung einem Dritten bei einer andern Bank Kredit, dann ist der Dritte im Zweifel nicht als unmittelbar berechtigt anzusehen (RG JW 1913, 426[3]). Das von einer Bank einem Kunden gegebene Versprechen, nach dessen Tode an einen Dritten eine bestimmte Summe zu zahlen, ist als Geschäft unter Lebenden zugunsten eines Dritten wirksam (RG 88, 137). Die seerechtliche Versicherung für fremde Rechnung ist in der Regel ein Vertrag zugunsten eines Dritten; die Versicherung für Rechnung dessen, „wen es angeht", ist es dagegen nicht, weil hier beim Vertragsabschlusse allen Beteiligten noch ungewiß ist, wer schließlich der Berechtigte sein wird, und ob nicht möglicherweise der Versicherungsnehmer selbst (RG 89, 24). Auch die Klausel „zahlbar an den Inhaber" in einem Lebensversicherungsvertrage begründet für den Versicherer nur das Recht, aber nicht die Verpflichtung, an den Inhaber zu zahlen (RG 66, 163). Im Giroverkehre erlangt die empfangende Bank ein unmittelbares Recht aus dem zwischen dem überweisenden Kunden und der von ihm angewiesenen Bank abgeschlossenen Überweisungsauftrage (RG 91, 118). Überweist jemand von seinem Bankguthaben der Bank gegenüber einen Betrag zugunsten seines Gläubigers, so kann ein Vertrag gemäß § 328 vorliegen (RG 84, 354). Gesellschafter können durch einen untereinander abgeschlossenen Vertrag, etwa auch in Form eines Beschlusses, zugunsten der Gesellschaft als solcher Rechte ausbedingen (RG 83, 219). Die Bestimmung in einem Versicherungsvertrage, daß bei Übergang des Betriebes auf einen andern dieser ohne weiteres in den Vertrag eintrete, dem Versicherer jedoch ein Kündigungsrecht zustehen solle, kann einen Fall des § 328 ergeben, so daß sich der Eintritt des Dritten in das Versicherungsverhältnis auch ohne Mitteilung des Übergangs vollziehen könnte (RG Warn 1914 Nr 280). Vereinbart der Versicherungsnehmer im Vertrage den Gerichtsstand, so wirkt das auch für mitversicherte Dritte (RG Warn 08 Nr 361). Die Übernahme einer Bürgschaft gegenüber einem Wechselinhaber und zugunsten seiner Rechtsnachfolger stellt sich für die letzteren als ein Vertrag gemäß § 328 dar, so daß die Rechtsnachfolger das Bürgschaftsrecht mittels des Indossaments unmittelbar erwerben (RG Warn 1915 Nr 9). Der vom Ehemann und Vater mit dem Halter eines Kraftfahrzeugs abgeschlossene Beförderungsvertrag gilt zugleich als Vertrag zugunsten der Frau und des Kindes (RG 87, 64). Aus einem zwischen A und B abgeschlossenen Beförderungsvertrage des Inhalts, daß B einen Dritten (Arzt) abholen soll, erwirbt der Dritte kein eigenes Recht (RG 87, 292; vgl. dazu betreffs eines Schadensersatzanspruchs des A gegen B § 249 A 3). Durch die Unterbringung eines Mitgliedes der Ortskrankenkasse in eine einem Dritten gehörende Krankenanstalt erwirbt das Mitglied ein eigenes Recht auf sachgemäße Behandlung (RG JW 1915, 916[4]). Dem Arzte, der vom Vater eines Kindes zu dessen Behandlung zugezogen wird, steht nur der Vater als Vertragsgegner gegenüber (RG 85, 183). Anders, wenn der Vater das Kind einer gemeinnützigen Anstalt übergibt, die sich gegen Entgelt zur Behandlung und Pflege des Kindes verpflichtet; hier ist anzunehmen, daß der Vater dem Kinde zur Wahrnehmung dessen Interesses eigene Vertragsrechte verschaffen will und verschafft (RG Warn 1919 Nr 14). Im Zweifel ist anzunehmen, daß der Mieter die Absicht hat, daß er seinen Angehörigen hinsichtlich der Mängel der Wohnung die gleichen Rechte zuwenden will, die ihm selbst zustehen (RG 91, 24). Über die Anwendbarkeit des § 328 bei Tarifverträgen vgl. § 137 A 2 a. E.

Auf die Beförderung durch die Post finden die Vorschriften über den Frachtvertrag nach § 452 HGB keine Anwendung. Im Urteile RG 43, 98 ist angenommen, daß der Adressat eines Geldbriefs einen selbständigen Anspruch auf Auslieferung gegen die Post nicht erwirbt. Der Grund, auf den sich die Entscheidung stützt, daß der Absender die Sendung gemäß § 35 der PostO vom 11. 6. 92 bis zur Ablieferung an den Adressaten zurücknehmen könne, dürfte nicht mehr genügen. Denn im Sinne des Abs 2 des § 328 wird

das Vorhandensein eines Vertrags zugunsten eines Dritten nicht dadurch ausgeschlossen, daß den Vertragschließenden (oder einem von ihnen) das Widerrufsrecht vorbehalten ist. Durchschlagend bleibt jedoch der weitere Grund, der Hinweis nämlich auf die Bestimmung des § 6 des PostG vom 28. 10. 71. Denn haftet danach die Post ausschließlich dem Absender, so ist damit nicht vereinbar, daß auch dem Adressaten ein Recht auf die Ablieferung zusteht. Im Sinne des § 35 der PostO erwirbt der letztere ein Recht erst an der ihm durch die Post für den Absender angebotenen und von ihm angenommenen Sendung. In RG 68, 286 scheint gleichfalls der Standpunkt vertreten, daß der Adressat Ansprüche gegen die Post nur auf Grund einer Abtretung des Absenders geltend machen kann. Ebensowenig steht dem Adressaten im Falle einer Postanweisung ein selbständiger Anspruch auf Auszahlung des Gelds zu. Nach § 19 der PostO „übermittelt" die Post lediglich die Geldbeträge. Danach liegt es aber nicht in ihrem Willen, sich dem Adressaten gegenüber zu verpflichten. A. M. Oertmann A 3 und Staudinger A 3.

4. Die Vertragschließenden können sich auch **die Befugnis vorbehalten, das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung aufzuheben oder zu ändern.** Sollte der Dritte das Recht sofort und bedingungslos erwerben, dann kann ihm das gemäß § 328 angewachsene Recht durch die Vertragschließenden nicht wieder entzogen werden. Diesem Ergebnisse können jene nach § 328 Abs 2 vorbeugen. Ihr Vorbehalt berechtigt die Parteien, den Vertrag willkürlich nachträglich wieder aufzuheben oder zu ändern, insbesondere auch lediglich die zugunsten des Dritten getroffene Bestimmung wieder zu beseitigen. Der Widerruf wirkt gegebenenfalls sonach wie eine Bedingung, und es kann der Eintritt des Rechtserwerbs ausdrücklich davon abhängig gemacht sein, daß der Widerruf nicht erfolgt, wie das Erlöschen der Wirksamkeit davon, daß nachträglich der Widerruf erfolgt. Hat sich der Versprechensempfänger des Widerrufsrechts im Vertrage ein für allemal begeben, so kann dies dahin gedeutet werden, daß der Dritte das Recht unbedingt und sofort erwerben soll. Hat sich der Versprechensempfänger die Befugnis zum Widerrufe nicht einseitig vorbehalten, so kann der Widerruf nur von beiden Vertragsparteien zusammen erklärt werden, weil der Widerruf eine Vertragsänderung in sich schließt (RG 66, 162). Dieser Gesichtspunkt ist auch dann maßgebend, wenn an Stelle des im Vertrage bezeichneten Dritten ein anderer als der Bedachte bestimmt werden soll. Über das etwaige Recht des Widerrufs bei einem Kreditbriefe vgl. RG 64, 108. Nach § 166 des VersVG soll bei der Lebensversicherung in Form einer Kapitalversicherung der Versicherungsnehmer „im Zweifel" einseitig befugt sein, anstatt des bezeichneten Dritten einen andern zu benennen sowie einen Dritten als Bezugsberechtigten noch nachträglich zu bestimmen.

§ 329

Verpflichtet sich in einem Vertrage der eine Teil zur Befriedigung eines Gläubigers des anderen Teiles, ohne die Schuld zu übernehmen, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß der Gläubiger unmittelbar das Recht erwerben soll, die Befriedigung von ihm zu fordern[1]).

E I 318 II 281; M 2 147; P 1 426.

1. **Vermutung gegen unmittelbaren Rechtserwerb.** Die **bloße Erfüllungsübernahme** steht im Gegensatze zur Schuldübernahme (§§ 414ff.) insofern, als bei dieser der Gläubiger ein unmittelbares Klagerecht gegen den Übernehmer der Schuld erwirbt, während bei der bloßen Erfüllungsübernahme nur der Versprechensempfänger dem Versprechenden gegenüber das Recht auf Leistung an den Gläubiger hat. Vgl. RG Gruch 58, 180. Die in der Auslegungsregel des § 329 enthaltene **Vermutung** gegen das Vorhandensein eines Vertrags zugunsten eines Dritten ist beseitigt, wenn erweislich beide Parteien übereinstimmend beabsichtigen, dem Dritten ein unmittelbares Recht zuzuwenden (RG 65, 166). Die Erfüllungsübernahme kann auch durch ein selbständiges, formbedürftiges Schuldversprechen (§ 780) begründet werden (RG 58, 200). Übernimmt jemand durch Abrede mit dem Schuldner neben diesem die Erfüllung seiner Verpflichtung (beispielsweise gemäß § 25 HGB), dann ist der § 329 nicht anwendbar; der Gläubiger erwirbt aber auch in solchem Falle einen Anspruch gegen den Dritten nur dann, wenn in der gegebenen Abrede zugleich der Voraussetzung des § 328 entsprochen worden ist (RG Warn 1917 Nr 270).

§ 330

[1]) **Wird in einem Lebensversicherungs-[2]) oder einem Leibrentenvertrage[3]) die Zahlung der Versicherungssumme oder der Leibrente an einen Dritten bedungen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Dritte unmittelbar das**

Recht erwerben soll, die Leistung zu fordern. Das gleiche gilt, wenn bei einer unentgeltlichen Zuwendung dem Bedachten eine Leistung an einen Dritten auferlegt⁴) oder bei einer Vermögens- oder Gutsübernahme von dem Übernehmer eine Leistung an einen Dritten zum Zwecke der Abfindung versprochen wird⁵).

E II 282; P 1 751.

1. Vermutung für unmittelbaren Rechtserwerb. Gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 328 Abs 2 gibt der § 330 für die in ihm vorgesehenen vier Fälle eine besondere Auslegungsregel, wonach bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden soll, es sei ein unmittelbarer Rechtserwerb zugunsten des Dritten bezweckt worden (§ 328 A 1 und 2). Den erforderlichen Gegenbeweis zu erbringen ist Sache desjenigen, dem die Vermutung entgegensteht. Er wird nachzuweisen haben, daß eine unmittelbare Zuwendung an den Dritten nicht beabsichtigt worden sei. — Unter Berücksichtigung der in § 330 gegebenen Vermutung in Verb. mit § 331 (vgl. dort insbesondere A 1 a. E.) ist auch die in der Rechtsprechung wiederholt hervorgetretene Frage zu entscheiden, was jeweilig anzunehmen ist, wenn über das Vermögen des Versprechensempfängers erst nach dem Zeitpunkte des Anfalls (§ 331) der Konkurs eröffnet worden ist. Gehört alsdann der Leistungsanspruch zur Konkursmasse, oder steht er unentziehbar dem benannten Dritten zu? In den Fällen des § 330 muß das letztere angenommen werden, vorbehaltlich nur des Rechtes der Beteiligten, den Gegenbeweis im vorangegebenen Sinne zu führen. Vornehmlich handelt es sich hier um den Fall, daß bei einer Lebensversicherung auf den Todesfall mit Benennung eines Dritten nach Eintritt des Todes des Versprechensempfängers der Konkurs über seinen Nachlaß eröffnet worden ist. Im Zweifel kann alsdann die Forderung auf Zahlung der Versicherungssumme als Bestandteil der Masse nicht angesehen werden. Ebensowenig kann der Konkursverwalter die Zuwendung an den Dritten anfechten. Denn soll der benannte Dritte abredegemäß den Leistungsanspruch unmittelbar (§ 330), und zwar bereits mit Eintritt des Todes (§ 331) erwerben, so erlangt er das Recht eintretendenfalls unmittelbar aus dem Versicherungsvertrage (RG 51, 404; 71, 324; 80, 177), während es anderseits ausgeschlossen ist, daß die Forderung noch in den Nachlaß gefallen sein kann, da dasselbe Ereignis, der Todesfall, der den Rechtserwerb des Dritten begründet, gleichzeitig das Gläubigerrecht des Versicherungsnehmers (oder seiner Erben) zum Erlöschen gebracht hätte. Falls die Forderung niemals zum Nachlasse gehört hat, besteht für den Konkursverwalter endlich auch keine Möglichkeit, die Auszahlung der Versicherungssumme an den Dritten anzufechten (RG 54, 96). Denn durch diese Zahlung ist der Masse nichts entgangen, und somit fehlt es an der Voraussetzung ihrer Benachteiligung. Diese von der Wissenschaft vielfach angegriffenen Rechtsgrundsätze sind vom Reichsgerichte ständig festgehalten (RG 51, 403; 62 S. 48 u. 263; JW 08, 689[31]). Anfechtbar sind in den vorausgesetzten Fällen nur die zugunsten des Dritten vom Versicherungsnehmer unentgeltlich geleisteten Prämienzahlungen gemäß § 32 KO. Diese kann der Konkursverwalter anfechtungsweise erstattet verlangen (RG 61, 217). — Nur wenn die Versicherung nicht zugunsten eines bestimmten Dritten vereinbart worden ist, fällt der Leistungsanspruch in die Nachlaßmasse. Insbesondere trifft das zu bei der Klausel „zahlbar an den Inhaber". Eine solche stellt nur eine Legitimationsbestimmung dar (RG 66, 158). In RG 62, 46 ist die nachträgliche Umwandlung eines Versicherungsvertrags, der ursprünglich zugunsten eines unbestimmten Dritten geschlossen war, in einen Vertrag zum Vorteile eines bestimmten Dritten zugunsten des Konkursverwalters für anfechtbar erklärt. Diese Entscheidung ist bedenklich. Denn die Erwägung, daß der Anspruch ursprünglich dem Versicherungsnehmer gehört habe und aus diesem Grunde auch in die Konkursmasse gefallen sein würde, übersieht, daß für die Frage, was demnächst wirklich zur Nachlaßmasse gehört, grundsätzlich erst der Zustand zur Zeit des Todes des Versicherungsnehmers entscheidend sein kann, und daß Bestandteil der Masse deswegen überhaupt nicht werden kann, was der Erblasser bereits bei Lebzeiten seinem Vermögen entzogen hat. Hatte daher der Versicherungsnehmer wirklich die Befugnis, nachträglich einen Dritten zu benennen, und machte er von dieser Befugnis demnächst Gebrauch, so hat dieser Vorgang seine Vermögenslage und damit auch den Zustand seines Nachlasses rechtlich nicht anders beeinflußt und beeinflussen können, als wenn von vornherein der bestimmte Dritte benannt gewesen wäre. Der Masse anderseits, die bei der nachträglichen Benennung des Dritten überhaupt noch nicht bestand, kann durch die Umwandlung des Vertrags auch nichts entzogen sein. Vgl. insbesondere noch § 166 VersVG unter § 328 A 4.

2. Lebensversicherung. Man unterscheidet Kapital- und Rentenversicherung, die Versicherung auf den Todesfall und die abgekürzte Versicherung. Bei dieser ist die Versicherung spätestens bei Vollendung des im Vertrage festgesetzten Lebensalters zu zahlen. VersVG

§§ 159ff. Vgl. ferner § 328 A 4. Sind bei der Lebensversicherung auf den Todesfall „die Hinterbliebenen", die „Familie", „die nächsten Angehörigen", „die Erben" bedacht, so reicht das zur Bestimmbarkeit des Dritten als Berechtigten aus. Wer gemeint war, ist Tatfrage (RG 62, 262; Warn 1914 Nr 43). Nach § 167 des VersVG sind, falls bei einer Kapitalsversicherung die Zahlung schlechthin „an die Erben" bedungen worden, „im Zweifel" diejenigen bezugsberechtigt, die zur Zeit des Todes als Erben berufen sind, und zwar nach dem Verhältnis ihrer Erbteile. Die Ausschlagung der Erbschaft hat auf die Bezugsberechtigung keinen Einfluß. Der Staat ist als Erbe nicht bezugsberechtigt. — Hat der Versicherungsnehmer einen Dritten überhaupt nicht benannt, so gehört der Anspruch auf die Versicherungssumme mit Abschluß des Vertrags zu seinem Vermögen, ist daher auch pfändbar und abtretbar (RG 62, 259; 46, 259; 66, 158). Vgl. dazu auch A 1. — Verschieden von der Versicherung zugunsten eines Dritten (die nach dem VersVG bei der Lebensversicherung stattfindet) ist die nach §§ 74ff. des VersVG geregelte Schadensversicherung „für fremde Rechnung". Sie setzt voraus, daß derjenige, welcher mit dem Versicherer den Vertrag im eigenen Namen schließt, das Interesse eines Dritten versichert. In diesem Falle soll nicht der Vertragschließende, im Sinne des Gesetzes der Versicherungsnehmer, sondern der Dritte als der Versicherte gelten, so daß die Vertragsrechte ihm zustehen, ohne daß er jedoch aus dem Vertrage zugleich auch verpflichtet wird. Indessen der Versicherungsnehmer kann hier — abweichend vom Vertrage zugunsten eines Dritten — über die Rechte des Versicherten im eigenen Namen verfügen (bei Vorhandensein eines Versicherungsscheins jedoch nur, wenn er sich im Besitze des Scheines befindet); er kann sodann auch Zahlung vom Versicherer verlangen, wenn er nachweist, daß der Versicherte seine Zustimmung zu der Versicherung (nicht zur Zahlung) erteilt hat. (Hinsichtlich des Rechtes des Versicherers, mit einer Forderung gegen den Versicherungsnehmer aufzurechnen, vgl. § 78 VersVG.)

3. Bei der **Leibrentenversicherung** liegt die Sache ähnlich wie bei der Lebensversicherung (RG JW 06, 383[10]). In Betracht kommt hier wesentlich die Witwenversicherung (vgl. die §§ 759ff.).

4. **Unentgeltliche Zuwendung.** Vgl. § 516 A 1, 4, § 525 A 1 (Auflage zugunsten eines Dritten), § 2301 (Schenkung von Todes wegen).

5. Hinsichtlich der **Übernahme eines Vermögens** vgl. § 311. Die für den **Gutsüberlassungsvertrag** gegebene Regel findet unter entsprechenden Verhältnissen auch bei der Übernahme eines städtischen Fabrikgrundstücks Anwendung (RG JW 05, 717[7]). Ist bei der Gutsübernahme die Abfindung für ein minderjähriges Kind an seine Eltern gezahlt worden, so kann das Kind nach Eintritt der Großjährigkeit den Betrag nur von seinen Eltern, nicht aber vom Gutsübernehmer fordern (RG Warn 09 Nr 290).

§ 331

Soll die Leistung an den Dritten nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel mit dem Tode des Versprechensempfängers.

Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten, so kann das Versprechen, an den Dritten zu leisten, nur dann noch aufgehoben oder geändert werden, wenn die Befugnis dazu vorbehalten worden ist[1])[2]).

E II 283; P 757.

1. Vermutung für den **Zeitpunkt des Anfalls.** Während § 330 für seine Fälle eine Vermutung über die Rechtsstellung des Dritten überhaupt aufstellt, gibt der § 331 eine Vermutung über die Zeit des Erwerbsanfalls, wodurch insoweit die Anwendbarkeit der allgemeinen Auslegungsregel des § 328 Abs 2 ausgeschlossen wird, bis ein entgegenstehender Parteiwille nachgewiesen ist. Vgl. dazu § 328 A 3. Unter den § 331 fallen namentlich Lebensversicherungsverträge, sofern die Leistung abredegemäß nach dem Tode des Versprechensempfängers erfolgen soll (RG 51, 404). Aber auch sonst alle Verträge, in denen einem Dritten auf den Todesfall ein Vermögensvorteil zugewendet wird; so beispielsweise der Gründungsvertrag einer Gesellschaft m. b. H., in dem bedungen ist, daß der Geschäftsanteil eines Gesellschafters bei dessen Tode nicht seinen Erben, sondern einem Dritten zufallen soll (RG 80, 175). Greift die Vermutung durch, so ist anzunehmen, daß der Dritte das Recht **erst mit Eintritt des Todesfalls erwirbt** (RG 80, 177). Die Rechtslage bis dahin ist daher folgende: Der Dritte hat einstweilen keinerlei Anspruch erworben, mithin nicht einmal ein bedingtes (RG 51, 404; 71, 326) oder ein vererbliches Recht (Prot 1, 760); er hat vielmehr nur eine Hoffnung erlangt. Die Forderung ist unbeschränkt im Vermögen des Versprechensempfängers zu seiner Verfügung geblieben (RG JW 04, 485[8]), ist daher aber auch pfändbar (RG

Gruch 49, 101) und wird eintretendenfalls Bestandteil der Konkursmasse. Daraus folgt auch, daß die Vertragsparteien bis zum Eintritte des Todesfalls dem Dritten gegenüber in keiner Weise behindert sind, den Vertrag überhaupt oder gerade hinsichtlich der zu Gunsten des Dritten getroffenen Bestimmung wiederaufzuheben oder abzuändern (§ 328 A 2; RG 80, 179). Ein sicheres Mittel, den Anspruch auf die Versicherungssumme dem Dritten zu erhalten, bietet sich für den Versprechensempfänger der Bestimmung des § 331 gegenüber lediglich in der Abtretung des Anspruchs an den Dritten oder an einen Mittelsmann mit der Auflage, das seinerzeit einzuziehende Geld dem Dritten zuzuwenden. Dieses Geschäft mit der Mittelsperson kann als ein entgeltliches nach § 328 oder aber als ein unentgeltliches in Form einer Schenkung unter einer Auflage gemäß § 330 Satz 2 abgeschlossen werden (RG 13. 3. 08 VII 134/07). — Nach eingetretenem Todesfalle hat der Dritte ein unentziehbares Recht, und zwar unmittelbar aus dem Vertrage erworben (RG 51, 405; 71, 324; 80, 177). Vgl. des näheren § 330 A 1. — Behält sich bei der Lebensversicherung zugunsten eines Dritten der Versicherungsnehmer die freie Verfügung bis zu seinem Todesfall vor und ist überdies bedungen, daß ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Dritten erst bei Fälligkeit der Versicherungssumme eintreten solle, dann erwirbt der Dritte den Anspruch nur mit der vertragsmäßigen Beschwerung und nur so weit, als er von Verfügungen des Versicherungsnehmers frei geblieben ist (RG Warn 1913 Nr 135). — Betreffs des Falles, daß nach dem Tode des Versicherungsnehmers über seinen Nachlaß der Konkurs eröffnet wird, vgl. § 330 A 1.

2. **Stirbt der Versprechensempfänger vor der Geburt des Dritten,** so ist dem Versprechenden sowie den Erben des Versprechensempfängers die Befugnis zur Abänderung des Versprechens grundsätzlich entzogen und nur unter der Voraussetzung belassen, daß sie ausdrücklich vorbehalten worden ist. Hieraus folgt mittelbar, daß das Versprechen überhaupt zugunsten einer noch nicht vorhandenen Person abgegeben werden kann (RG 65, 280; JW 1911, 362[10]). Eine Beschränkung im Sinne der §§ 2109, 2162, 2163 ist hier nicht aufgenommen.

§ 332

Hat sich der Versprechensempfänger die Befugnis vorbehalten, ohne Zustimmung des Versprechenden an die Stelle des in dem Vertrage bezeichneten Dritten einen anderen zu setzen, so kann dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen geschehen[1]).

E II 289; P 1 759.

1. Die im Gesetze vorausgesetzte Befugnis zur einseitigen Bestimmung eines **andern** Dritten an Stelle des bereits benannten muß dem Versprechensempfänger im Vertrage vorbehalten sein (§ 328 A 4). Wenn nichts anderes vereinbart worden („im Zweifel"), ist der Versprechensempfänger gegebenenfalls auch berechtigt, den andern Dritten in **einer letztwilligen Verfügung zu bezeichnen.** Der Regel nach erfolgt aber die anderweite Benennung durch eine Erklärung dem Antragsgegner gegenüber (§§ 130—132). Vgl. noch § 166 des VersVG bei § 328 A 4.

§ 333

Weist der Dritte das aus dem Vertrag erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht als nicht erworben[1])[2]).

E I 415 II 285; M 2 271; P 1 167.

1. **Rückgängigmachung des Anfalls durch den Dritten.** Gegenüber dem Grundsatze des § 328 Abs 1, daß der Dritte das ihm zugedachte Recht ohne sein Zutun erwirbt (§ 328 A 2), mußte ihm das Gesetz anderseits ein Mittel geben, den Anfall wieder rückgängig zu machen, da niemandem ein Rechtserwerb gegen seinen Willen aufgenötigt werden darf (vgl. auch die §§ 516 u. 1942 Abs 1). Ein solches Mittel bietet der § 333 in dem Rechte der **Zurückweisung.** Diese bewirkt, daß das Recht als nicht erworben gilt, und zwar derart, als wäre es überhaupt niemals erworben worden (Grundsatz der Rückwirkung). Falls der Dritte das ihm zugefallene Recht bereits angenommen hatte, ist die Befugnis zur Zurückweisung ausgeschlossen; denn der § 333 setzt voraus, daß der Dritte das Recht lediglich „aus dem Vertrage", also ohne seine Mitwirkung erworben hat (§ 328 A 2). Die Annahmeerklärung dagegen wäre für den Dritten bindend. Ausübbar ist das Recht der Zurückweisung erst, wenn dem Dritten das Recht bereits angefallen war (§ 328 A 2, 3; § 331 A 1). — Die Zurückweisung selbst ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung (§§ 130—132).

2. In welcher Weise die vom Dritten erklärte Zurückweisung auf **das Verhältnis zwischen den beiden Vertragsteilen** einwirkt, sagt das Gesetz nicht. Möglich ist, daß der Versprechens-

empfänger gemäß § 332 alsdann einen andern Dritten benennen kann. Möglich ist auch, daß er die Leistung nunmehr für sich selbst fordern darf, so bei der Lebensversicherung, jetzt nach § 168 des VersVG, und beim Gutsüberlassungsvertrage, wobei an Stelle des Berechtigten gegebenenfalls seine Erben treten. Möglich ist endlich auch, daß der Geschäftszweck durch die Erklärung des Dritten gänzlich vereitelt wird und sonach ein Fall von nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des § 275 eintritt.

§ 334

Einwendungen aus dem Vertrage stehen dem Versprechenden auch gegenüber dem Dritten zu[1]).

E I 416 II 286; M 2 272; P 1 768.

1. **Einwendungen des Berechtigten gegenüber dem Dritten.** Es ist bereits in § 328 A 1 dargelegt worden, daß das Recht des Dritten ausschließlich auf dem zu seinen Gunsten abgeschlossenen Vertrage beruht, und daß sich demnach sowohl die Gültigkeit sowie die rechtliche Natur seines Anspruchs lediglich nach dem Vertrage regelt. Der § 334 zieht hiervon nur die Folge, indem er bestimmt, daß dem Versprechenden Einwendungen „aus dem Vertrage" (also lediglich dem gegebenen und nicht etwa auch aus einem andern Rechtsverhältnisse, RG 64, 113) auch gegenüber dem Dritten zustehen. Der allgemeine Ausdruck Einwendungen soll hier alle Rechtsbehelfe umfassen, die dem Versprechenden aus dem Vertrage überhaupt zustehen, mithin auch den Einwand der Nichtigkeit (sei es einer solchen von Anfang an, sei es der durch Anfechtung herbeigeführten, § 328 A 1); ferner das Recht der Zurückbehaltung nach § 273 (RG 66, 101), das Recht der Leistungsverweigerung nach §§ 320 u. 222, das Recht zur Wandlung oder Minderung gemäß § 462, endlich das Recht zum Rücktritte oder auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus den §§ 325, 326 (für den Fall nämlich, daß der Versprechensempfänger die Möglichkeit seiner Leistung in vertretbarer Weise vereitelt hat, oder daß er mit ihr in Verzug geraten ist). Auch bei abstrakten Verträgen stehen dem Versprechenden die insoweit überhaupt statthaften Einwendungen zu, sofern nicht in der Vornahme des Rechtsgeschäfts zugleich ein zulässiger Verzicht auf Einwendungen zu finden wäre. Erteilt ein Schuldner seinem Gläubiger ein Schuldanerkenntnis, um so dem Gläubiger die Verpfändung der Forderung zu ermöglichen, dann enthält diese Vereinbarung zugleich einen Verzicht des Schuldners zugunsten des demnächstigen Pfandgläubigers auf das Recht der Aufrechnung mit seinen Gegenforderungen an den Gläubiger, so daß der Pfandgläubiger diesen Verzicht gemäß § 328 geltend machen kann (RG 71, 187). Der Rücktritt des Versprechenden selbst kann freilich immer nur dem Versprechensempfänger gegenüber erklärt werden, da er den Vertrag in seiner Gesamtheit und nicht allein hinsichtlich des Rechtserwerbs des Dritten rückgängig macht. Dem Dritten gegenüber kann dagegen nur die Tatsache des erklärten Rücktritts geltend gemacht werden (RG JW 1915, 652[4]). Endlich muß dem Versprechenden, wenn sich herausstellt, daß er an den Dritten ohne Grund bereits geleistet hat, auch der Rechtsbehelf aus den §§ 812ff. zustehen (RG JW 1915, 652[4]). — Ausgeschlossen ist das Recht zur Aufrechnung mit einer Forderung an den Versprechensempfänger, da es sich insoweit nicht um einen Einwand aus dem Vertrage handelt und auch die Voraussetzung „inter easdem partes" fehlt (§ 387). Auch das Anfechtungsrecht steht dem Dritten selbst gegenüber nur unter den Voraussetzungen des § 123 Abs 2 Satz 2 zu (vgl. das. A 4). Anfechtungsberechtigt anderseits kann der Dritte niemals sein. Denn grundsätzlich kann nur der Erklärende selbst seinen Willensmangel geltend machen (Ausnahme im Falle des § 318 Abs 2). Überdies vernichtet die Anfechtung wie der Rücktritt den gesamten Vertrag, und dies Ergebnis herbeizuführen fehlt dem Dritten jede Befugnis. — Schadensersatzansprüche aus dem Vertrage kann der Versprechende dem Dritten gegenüber nur im Wege des Zurückbehaltungsrechts zur Geltung bringen (RG 66, 101).

§ 335

Der Versprechensempfänger kann, sofern nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist, die Leistung an den Dritten auch dann fordern, wenn diesem das Recht auf die Leistung zusteht[1]).

E I 412 II 287; M 2 269; P 1 756.

1. **Das Klagerecht des Versprechensempfängers auf Leistung an den Dritten** ergibt sich ohne weiteres aus dem zwischen ihm und dem Versprechenden bestehenden Vertragsverhältnisse (§ 328 A 1). Das Gesetz setzt aber als möglich voraus, daß dem Versprechensempfänger das ihm an sich zukommende Klagerecht durch „einen andern Willen" der Parteien entzogen wird. Liegt ein solcher Ausnahmefall nicht vor, dann kann der Genannte die Forde-

rung auf Leistung an den Dritten geltend machen, ohne daß er ein besonderes Interesse an der Klage nachzuweisen braucht. Doch darf er von keinem Rechtsbehelfe Gebrauch machen, durch den er in das Recht des Dritten eingreifen und so gegen den Vertrag verstoßen würde. So darf er nicht aus den Gesichtspunkten der §§ 325, 326 vom Vertrage zurücktreten oder gemäß § 462 wandeln, soweit er sich hierfür auf Gründe aus der Person des Dritten beriefe. Ob der Versprechensempfänger einen Anspruch auf Schadensersatz für sich geltend machen kann, falls der Versprechende die Leistung an den Dritten in zu vertretender Weise vereitelt, richtet sich danach, ob er auf die angegebene Weise auch selbst einen Schaden erlitten hat.

Vierter Titel

Draufgabe Vertragsstrafe

§ 336

Wird bei der Eingehung eines Vertrags etwas als Draufgabe gegeben, so gilt dies als Zeichen des Abschlusses des Vertrags.

Die Draufgabe gilt im Zweifel nicht als Reugeld[1]).

E I 417 II 288; M 2 417; P 1 769.

1. Diese Bestimmung weist der **Draufgabe** (Angeld, Handgeld, Weinkauf, Mietstaler) lediglich die Rolle der arrha confirmatoria des gemeinen Rechtes zu. Denn als **Zeichen des Abschlusses des Vertrags** soll die Draufgabe lediglich eine widerlegbare Beweisvermutung dafür begründen, daß die Willenseinigung erzielt worden ist. Sie entbehrt dagegen jedes Einflusses auf das Zustandekommen des Vertrags, setzt vielmehr begrifflich einen rechtsgültigen Vertrag als gegeben voraus. Fehlt es hieran, so ist auch die Abrede hinsichtlich der Draufgabe hinfällig (§ 139; **RG** 53, 238), und gemäß §§ 812ff. kann sie zurückgefordert werden. Insbesondere vermag also die Draufgabe auch nicht die Wahrung der erforderlichen Vertragsform zu ersetzen. — Der Empfänger der Draufgabe wird daran Eigentümer. Möglich ist es an sich, daß auch eine Forderung als Draufgabe übereignet wird, wenngleich der Ausdruck Draufgabe auf körperliche Sachen hinweist. — Die Draufgabe ist **kein Reugeld** gemäß § 359 (arrha poenitentialis). Der Geber ist also regelmäßig nicht berechtigt, gegen Preisgabe des „Gegebenen" vom Vertrage zurückzutreten, ebensowenig der Empfänger gegen Rückgabe des Empfangenen. Daß die Parteien jedoch eine derartige Abrede treffen können, folgt aus dem Grundsatze der Vertragsfreiheit. — Zu unterscheiden ist die Draufgabe von der Anzahlung, die die Befriedigung des Gläubigers sichern soll und seine Forderung ohne weiteres in entsprechender Höhe tilgt. Die Draufgabe dagegen bedarf hierzu gemäß § 337 erst der „Anrechnung", abgesehen davon, daß die Anrechnung überhaupt ausgeschlossen werden kann. — Über die Draufgabe (Mietgeld) beim Gesinderechte vgl. Art 95 EG.

§ 337

Die Draufgabe ist im Zweifel auf die von dem Geber geschuldete Leistung anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Erfüllung des Vertrags zurückzugeben[1]).

Wird der Vertrag wiederaufgehoben, so ist die Draufgabe zurückzugeben[2]).

E I 418 II 289; M 2 274; P 1 791.

1. Nach dieser Auslegungsregel gilt die Draufgabe, vorbehaltlich eines andern Parteiwillens, nicht als Zugabe, da sie der Regel nach **bei Erfüllung des Vertrags** auf die vom Geber geschuldete Leistung **anzurechnen**, oder, falls sie mit dem Leistungsgegenstande nicht gleichartig, **zurückzugewähren** ist.

2. Bei **Aufhebung des Vertrags** ist die Draufgabe nach den Grundsätzen der §§ 812ff. (nach Planck A 3 auf Grund des Vertrags) **zurückzugeben**, da der Rechtsgrund für sie alsdann fortgefallen ist (vgl. jedoch noch § 338).

§ 338

Wird die von dem Geber geschuldete Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich oder verschuldet der Geber die Wiederaufhebung des Vertrags, so ist der Empfänger berechtigt, die Draufgabe zu

behalten[1]). Verlangt der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückzugeben[2]).

E I 149 II 290; M 2 274; P 1 774.

1. Entgegen der Regel des § 337 darf **der Empfänger die Draufgabe behalten,** wenn der Geber die geschuldete Leistung in einer von ihm zu vertretenden Weise (§§ 275 ff.) vereitelt. Hierher gehören auch solche Fälle, in denen das Verhalten des Gebers den Empfänger zum Rücktritte vom Vertrage (§§ 326, 360, 361) oder zur Wandlung berechtigt (§ 462); nicht aber auch der Fall, daß der Empfänger lediglich von einem ihm gemäß § 346 vorbehaltenen Rücktrittsrechte Gebrauch macht. — Von selbst versteht es sich, daß, wenn der Empfänger die Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten oder die Aufhebung des Vertrags verschuldet hat, er die Draufgabe nicht behalten darf. Eine Bestimmung betreffs des Rechtes auf Ermäßigung einer unverhältnismäßig hohen Draufgabe, entsprechend der des § 343, hat das Gesetz hier nicht aufgenommen.

2. Anderweite **Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung** verbleiben dem Gläubiger. Soweit jedoch die Ersatzforderung an die Stelle der Leistung tritt (vgl. § 275 A 1 u. § 325 A 1), ist die Draufgabe folgerichtig auch auf die Ersatzforderung anzurechnen und im Falle der Ungleichartigkeit des Gegenstandes bei der Ersatzleistung zurückzugeben.

§ 339

Verspricht der Schuldner dem Gläubiger für den Fall, daß er seine Verbindlichkeit nicht oder nicht in gehöriger Weise erfüllt[2]), die Zahlung einer Geldsumme als Strafe, so ist die Strafe verwirkt, wenn er in Verzug kommt[1]). Besteht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein[2—4]).

E I 422 II 291; M 2 278; P 1 779.

1. **Vertragsstrafe.** Sie ist eine Leistung, die der Schuldner für den Fall der Nichterfüllung (§ 340) oder für den Fall nicht gehöriger Erfüllung (§ 341) seiner Verbindlichkeit verspricht. Grundsätzlich macht es keinen Unterschied, ob die Zahlung einer Geldsumme, wovon das Gesetz in § 339 ausgeht, oder ob eine andere Leistung als Strafe zugesagt (§ 342), oder ob etwa eine Herabminderung der Gegenleistung bedungen wird (**RG** 68, 42; JW 08, 238[10]). Auch kommt es nicht darauf an, daß die versprochene Leistung als Strafe bezeichnet wird; entscheidend ist vielmehr nur das objektive Vorhandensein der Voraussetzungen des § 339 (**RG** Warn 09 Nr 349). — Gleichgültig ist ferner, ob das Versprechen sofort im Hauptvertrage oder in einem späteren Vertrage abgegeben wird. — Voraussetzung für das Strafgedinge ist das Bestehen einer nicht schon gesetzlich unwirksamen Verbindlichkeit (§ 344). Sie kann auch dann gegeben sein, wenn eine Verpflichtung im Sinne des § 137 begründet wird (**RG** 73, 18, wo es sich um Übernahme der Verpflichtung handelte, ein Grundstück nicht an einen Polen zu veräußern). — Da die Vertragsstrafe für den Fall **der Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung** versprochen wird, so folgt von selbst, daß das Strafversprechen nicht bezwecken kann, an die Stelle des hauptsächlichen Schuldversprechens zu treten oder dem Schuldner ein Mittel zu bieten, sich von Erfüllung der Hauptverbindlichkeit zu lösen, daß vielmehr das Strafgedinge gerade ihre Erfüllung zu sichern bestimmt ist. Demnach aber erhält der Gläubiger gegebenenfalls zwei nebeneinander bestehende Ansprüche, den Hauptanspruch als unbedingten, den Nebenanspruch als bedingt dadurch, daß der erstere nicht oder nicht gehörig erfüllt wird. Vgl. jedoch § 340. In ihrer Eigenschaft als bedingtes Recht ist auch schon die noch nicht verwirkte Vertragsstrafe übertragbar. Über das sonstige Verhältnis zwischen den beiden Ansprüchen untereinander vgl. § 340 A 2. — Die Vertragsstrafe unterscheidet sich mit Rücksicht auf ihren Zweck von der Wandelpön (Reugeld nach § 359) insofern, als diese den Erfüllungsanspruch des Gläubigers gerade ausschließt (**RG** 43, 281); von dem Vorbehalte der Verwirkung (clausula cassatoria) im Sinne des § 360 insofern, als die Verwirkung den Schuldner für den Fall der Nichterfüllung seiner Rechte verlustig gehen läßt, während das bei dem Strafgedinge nicht der Fall ist, und als nach § 339 die Strafleistung als eine neue Verbindlichkeit neben die Hauptleistung tritt, während die Verfallklausel gegebenenfalls nur die sofortige Fälligkeit der bereits geschuldeten Leistung begründet (**RG** JW 1914, 527[4]); endlich von dem Versprechen einer Strafleistung für den Fall, daß der Versprechende „eine Handlung vornimmt oder unterläßt", dem „uneigentlichen Strafgedinge" im Sinne des § 343 Abs 2, insofern, als ein derartiges Versprechen nicht eine bereits bestehende und zu sichernde Verpflichtung zur Vornahme oder zur Unterlassung der Handlung voraussetzt, sondern die Verpflichtung zur

Strafleistung selbständig (konstitutiv) begründen soll (vgl. § 343 A 4). — **Nicht erfüllt** hat der Verpflichtete im Sinne des Gesetzes sowohl dann, wenn er überhaupt nicht leistet, wie auch dann, wenn sein Angebot so mangelhaft war, sei es dem Umfange (§ 266), sei es der Art nach (vgl. § 320 A 6), daß der Berechtigte die Annahme abzulehnen berechtigt war und abgelehnt hat. Nimmt der Gläubiger dagegen die derartig fehlerhafte Leistung an, so liegt stets nur der Fall nicht gehöriger Erfüllung vor (vgl. ferner § 341). Eine solche steht in Frage, wenn in der Hauptsache erfüllt ist, aber die Leistung in irgendeiner Beziehung nicht so bewirkt worden, wie der Gläubiger es beanspruchen konnte. **Die Strafe ist verwirkt,** sobald der Schuldner nach den §§ 284ff. **„in Verzug kommt"**, welchem Falle es gleichsteht, wenn der Schuldner für den Verzug eines Dritten einzustehen hat (§ 278). Grundsätzlich ist daher auch für den Verfall der Vertragsstrafe ein Verschulden (vgl. § 284 A 1) erforderlich (RG Gruch 57, 929; JW 1916, 1584[3]). Ein Unternehmer wird von der Vertragsstrafe nicht dadurch befreit, daß er zur Aussperrung der Arbeiter durch seine Mitgliedschaft im Arbeitgeberverbande verpflichtet war (RG JW 1914, 296[4]). Aber vgl. A 2.

2. Bei **Leistungen, die eine Unterlassung** zum Inhalte haben, wird die Strafe, falls nicht das Gegenteil vereinbart worden (RG 79, 40; Warn 1911 Nr 425), ohne Rücksicht auf Verschulden schon durch die bloße Zuwiderhandlung verwirkt (RG 55, 78; 63, 117, wo die Ansicht, daß bei Unterlassungen eine bewußte und freigewollte Zuwiderhandlung vorauszusetzen sei, als bedenklich bezeichnet ist; vgl. auch RG JW 1912, 582[3] und Warn 1913 Nr 311). RG 63, 116 läßt dahingestellt, ob nicht Satz 2 lediglich bezweckt, den Gläubiger vom Nachweise des Verschuldens zu befreien, dem Schuldner dagegen die Möglichkeit des Entschuldigungsbeweises freilassen will. M 2, 278 ergeben jedoch klar, daß die Verwirkung bei Unterlassungen von einem Verschulden grundsätzlich nicht hat abhängig gemacht werden sollen (RG JW 1911, 38[18]; 1915, 444[2]). Eine andere Frage ist es, ob die Strafe auch dann verwirkt wird, wenn der Verpflichtete bei Vornahme der Handlung, die sich äußerlich als eine Zuwiderhandlung darstellt, gar nicht weiß, daß er eine Zuwiderhandlung begeht. Beispielsweise er weiß nicht, daß der Ortsteil X, in dem er ein Geschäft errichtet, dem Orte Y, in dem ihm die Errichtung eines Geschäfts untersagt war, einverleibt ist. Die Strafe wäre mangels einer andern Abrede auch unter diesen Umständen verwirkt, da das Strafgedinge dem Berechtigten nach dem Gesetze einen unbedingten Schutz gewähren soll. Daher kommt es nicht darauf an, ob der Verpflichtete sich dessen bewußt war, daß er sich einer Zuwiderhandlung schuldig mache (vgl. RG 79, 40). Daher ist auch im Zweifel nicht das Bewußtsein des Verpflichteten, sondern nur der Tatbestand selbst entscheidend. So viel wird indessen doch zu verlangen sein, daß die Zurechenbarkeit der Zuwiderhandlung im besondern Falle nicht aus Gründen ausgeschlossen ist, die sich aus den persönlichen Eigenschaften des Verpflichteten ergeben (vgl. § 276 Abs 1 Satz 3). Vgl. dazu JW 1915, 444[2]. Jedenfalls aber enthält Satz 2 nur eine durch Abrede frei abänderbare Auslegungsvorschrift (RG JW 1912, 582[3]; 1915, 444[2]). — Hat der Berechtigte die Zuwiderhandlungen gegen ein Wettbewerbsverbot längere Zeit (wissentlich) geduldet, dann verstößt es gegen Treu und Glauben, wenn er nachträglich die Strafe fordert (RG Warn 1914 Nr 44). — Eine Zuwiderhandlung ist möglich auch durch die Verwendung eines Erfüllungsgehilfen. Vgl. § 278 A 3 Abs 3. Haben beide Teile gegenseitig Wettbewerbsverboten sich unterworfen und gegenseitig für den Fall der Zuwiderhandlung sich zu Vertragsstrafen verpflichtet, dann kann die Leistung der Strafe nicht ohne weiteres aus dem Grunde verweigert werden, weil auch der andere Teil sich einer Zuwiderhandlung schuldig gemacht habe, sondern nur dann, wenn die Übertretung des andern eine so schwere war, daß seinem Gegner die Bindung nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann (RG 96, 174).

3. Auslegung. Strafgedinge dürfen, weil sie eine Beschränkung der persönlichen Freiheit enthalten, nicht ausdehnend ausgelegt werden (RG JW 04, 139[4]; 06, 736[4]; 1915, 444[2]). Im übrigen greifen lediglich die allgemeinen Auslegungsregeln der §§ 157, 242 Platz (RG JW 04, 139[4]). Insbesondere trifft das auch in Ansehung von Strafgedingen bei **Verboten des Wettbewerbs** (Konkurrenzklauseln) zu (RG JW 06, 736[4], wo es sich um das Verbot „indirekter Beteiligung an einem Konkurrenzgeschäfte" handelte). Es bedeutet keine Übertretung des Wettbewerbsverbots, wenn der Verpflichtete außerhalb des ihm entzogenen Stadtbezirks ein selbständiges Geschäft eröffnet und von dort aus den Absatz innerhalb des Stadtbezirks sucht (RG Gruch 46, 124). In RG Warn 08 Nr 574 ist die Verletzung des bedungenen Wettbewerbsverbots darin gefunden worden, daß der Verkäufer eines Geschäfts seinen Vorgänger, der sich ihm gegenüber einem gleichen Verbote unterworfen hatte, von diesem nachträglich wieder entband. Die Auslegung eines Wettbewerbsverbots dahin, daß der Verpflichtete dem Verbote nicht zuwiderhandle, wenn er ein Geschäft in einem nur 5 Minuten von der ihm verschlossenen Stadt entfernt liegenden Orte begründe, ist nach den Regeln der §§ 157, 242 zulässig (RG 26. 5. 08 VII 545/07). Bei Wettbewerbsverboten, denen sich ein Gewerbegehilfe unterworfen hat, ist zu seinem Gunsten eine entsprechende Anwendung des in § 75 Abs 1 HGB ausgesprochenen Grundsatzes unzulässig, wenn nicht eine entgegenstehende Verein-

barung getroffen worden ist, eine solche ist an sich zulässig (RG 59, 76; Gruch 57, 842). — Bei einem Konkurrenzverbote kommen nur solche Handlungen in Betracht, die auf den Geschäftsbetrieb des andern ungünstig einwirken (richtiger: einwirken können), daher bei einem auf eine bestimmte Zeit abgestellten Verbote nur solche Veranstaltungen, die sich schon während dieser Zeit ungünstig äußern (RG JW 1914, 142[5]). Ist die versprochene Strafe dazu bestimmt, das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen, so kann sich der Schuldner durch ihre Leistung ganz freimachen (RG JW 02 Beil 250[156]). Eine durch die Polenklausel (§ 134 A 3) vereinbarte Vertragsstrafe ist schon dann verwirkt, wenn der weitere Erwerber von polnischer Abstammung ist, die polnische Sprache seine Muttersprache ist und er den Kreisen von deutschfeindlicher Gesinnung angehört, ohne daß er sich selbst derartig betätigt zu haben braucht (RG Warn 1913 Nr 311). — Unterwirft sich der Geber eines Geschäfts bei seinem Ausscheiden einer Wettbewerbsbeschränkung, dann wird das Recht daraus im Zweifel für das Geschäft erworben und geht daher bei dessen Weiterveräußerung auf den Erwerber über (RG 72, 434; Warn 1914 Nr 206).

4. Über die Strafgedinge bei Gesamtschuldverhältnissen vgl. die §§ 423, 429. Der Anspruch auf die Strafe gilt als Nebenforderung im Sinne des § 4 ZPO (RG 66, 309), und er unterliegt dem Gerichtsstande der Hauptverpflichtung (RG 57, 15; 69, 9).

§ 340

Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen¹). Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, daß er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen²).

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen³).

E I 420 II 292; M 2 275; P 1 775.

1. **Strafgedinge für den Fall der Nichterfüllung** (vgl. § 341 A 1). In diesem Falle hat der Gläubiger die Wahl zwischen dem bloßen Anspruche auf Erfüllung und dem auf Leistung der verwirkten Strafe. Es liegt aber weder eine Wahlschuld im Sinne des § 262 noch eine sog. facultas alternativa vor (vgl. § 262 A 1). Eine Wahlschuld nicht, weil das Schuldverhältnis an sich nur auf eine, und zwar nur auf die geschuldete Leistung gerichtet ist; eine facultas alternativa nicht, weil die Verpflichtung des Schuldners, auf Erfordern die Strafe zu leisten, nicht erst durch die entsprechende Erklärung des Gläubigers herbeigeführt wird, sondern mit dem Verzuge (bzw. mit der Zuwiderhandlung) ohne weiteres entsteht. (Vgl. anderseits den Fall des Satz 2 § 249.) Vorliegend handelt es sich vielmehr nur um ein dem Gläubiger gesetzlich gewährtes Wahlrecht zwischen mehreren, unter sich verschiedenen Rechtsbehelfen (vgl. § 262 A 1, elektive Konkurrenz). Da es sich nicht um eine Wahlschuld handelt, ist der Gläubiger, der zunächst den Erfüllungsanspruch verfolgt hat, auch nicht gehindert, demnächst davon abzugehen und die Strafe zu fordern (RG JW 1913, 319[5]). Die Wahl wird ausgeübt durch eine einseitige empfangsbedürftige, unwiderrufliche Erklärung des Gläubigers an den Schuldner. Ein Mittel, den Gläubiger zur Wahlausübung zu zwingen, ist dem Schuldner nicht gewährt, insbesondere nicht das der Fristsetzung gemäß § 264 Abs 2.

2. **Wählt der Gläubiger die Vertragsstrafe, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen** (RG 77, 292). Dies freilich nur unter der Voraussetzung, daß die Geltendmachung der Strafe gerechtfertigt war (RG JW 1912, 74[13]). Aber ähnlich wie in den Fällen der §§ 280, 325, 326 der Anspruch auf Schadensersatz, so tritt hier die Einforderung der Strafe an die Stelle des Anspruchs auf die eigentliche Leistung und wird daher auch hier nur der Vertragsanspruch in abgeänderter Richtung geltend gemacht. Daraus folgt, daß der Berechtigte, der die Leistung der Strafe verlangt, auch seinerseits das gewähren muß, was er aus dem gegenseitigen Vertrage schuldet; denn durch das Strafgedinge gilt nur die Höhe des Erfüllungsinteresses als zum voraus vereinbart. Daher muß beispielsweise auch der Auftraggeber eines Maklers dessen Gebühr selbst dann entrichten, wenn er von seinem Vertragsgegner anstatt der Erfüllung die Vertragsstrafe fordert (RG JW 06, 134[5]). Träte der Berechtigte anderseits im Falle des Abs 2 auf Grund der §§ 325, 326, anstatt Schadensersatz zu fordern, vom Vertrage zurück, so machte er damit auch seinen Anspruch auf die Vertragsstrafe hinfällig, selbst wenn das Strafgedinge in einem besondern Vertrage verabredet worden wäre.

3. **Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung** kann dem Gläubiger zustehen nach Maßgabe der §§ 275, 278, 280, 286 Abs 2 Satz 1, 325, 326, wo überall die Vertretungs-

pflicht des Schuldners vorausgesetzt wird. Möglich ist aber auch, daß die Strafe verwirkt wird, ohne daß ein Verschulden des Schuldners vorliegt, nämlich im Falle seines Zuwiderhandelns gegen eine Unterlassungspflicht (§ 339 A 2). Fordert der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so kann er nicht außerdem auch noch den Strafanspruch geltend machen. Fordert er aber die Strafe, dann kann er grundsätzlich auch noch den darüber hinausgehenden Schadensbetrag verlangen, da die Strafe nur den **Mindestbetrag des Schadens** darstellt (**RG** 66, 310). Soweit er die Strafe verlangt, hat er den Vorteil, daß er insoweit seinen Schaden nicht nachzuweisen braucht (**RG** 77, 290), und ohne daß sein Anspruch auf Schadensersatz überhaupt berührt wird, wenn sich der Anspruch auf die Strafe als unbegründet herausstellt (**RG** JW 1912, 74[13]). Fordert der Gläubiger nach den §§ 325, 326 Schadensersatz wegen Nichterfüllung und will er die Strafe als Mindestbetrag geltend machen, dann ist er gemäß der Differenztheorie (§ 325 A 1 Abs 2) zum vollen Nachweise seines Schadens mit Rücksicht auf die beiderseitigen Leistungen verpflichtet (**RG** JW 1917, 597[6]). Erscheint eine versprochene „Entschädigung" den Umständen nach als Strafe, so ist sie auch als „Strafe" anzusehen (**RG** Warn 09 Nr 443). — Abweichende Regelung für das Verhältnis zwischen Handlungsgehilfen und Prinzipal im § 75 Abs 2 HGB, wonach der Dienstherr nur die Strafe fordern darf, während der Anspruch auf Unterlassung oder auf Schadensersatz ausgeschlossen ist. Der Handlungsgehilfe kann sich von der ihm durch den Dienstherrn auferlegten Beschränkung durch Zahlung der Strafe befreien, wenn diese ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, das Erfüllungsinteresse zu ersetzen (**RG** Warn 09 Nr 349).

Auch bei **Unterlassungspflichten** kann der § 340 anwendbar sein, und zwar ist es dann der Fall, wenn die (einmalige) Zuwiderhandlung bereits die Nichterfüllung des Vertrags überhaupt darstellt. Handelt es sich dagegen bei der einzelnen Zuwiderhandlung nur um nicht gehörige Erfüllung, dann greift der § 341 Platz. Im Falle der Nichterfüllung stünde dem Berechtigten neben dem Anspruche auf die Strafe die Forderung auf Ersatz des weitergehenden Schadens im Falle nicht gehöriger Erfüllung neben der Strafforderung der Erfüllungsanspruch zu. Demgemäß wird man den ersteren Fall (§ 340) oder aber den zweiten Fall (§ 341) als gegeben anzusehen haben, je nachdem die Strafe nach Absicht der Parteien das Interesse des Berechtigten an der dauernden Unterlassung oder aber nur an einer jedesmaligen Zuwiderhandlung sichern soll (**RG** 70, 441), und die Entscheidung darüber wird gemäß § 157 oftmals von der Höhe der Strafe abhängen. So kann bei Wettbewerbsverboten die Sache leicht so liegen, daß das Strafgedinge dem Verpflichteten das Recht geben soll, sich durch einmalige Erlegung der Strafe von dem Verbote für die Dauer freizumachen, zugleich aber den Berechtigten durch die Höhe der Strafe gegen das Übertreten des Verbots überhaupt schützen soll. Unter andern Umständen wird jeweils dagegen anzunehmen sein, daß die Strafe auf die jedesmalige Zuwiderhandlung abgestellt ist, so beispielsweise, wenn ein Bauunternehmer, der seinerseits Arbeiten an einen Dritten vergibt, diesem bei Strafe untersagt, irgendeinem seiner (des Unternehmers) Angestellten irgendeine Zuwendung zu machen (**RG** JW 1911, 38[18]).

§ 341

Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, daß er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen[1]).

Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so finden die Vorschriften des § 340 Abs 2 Anwendung[2]).

Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält[3]) [4]).

E I 421 II 293; M 2 276; P 1 776.

1. Ist die **Strafe für den Fall nicht gehöriger Erfüllung, insbesondere nicht rechtzeitiger Erfüllung,** versprochen (vgl. § 339 A 1), so kann der Gläubiger stets **Strafe und Erfüllung nebeneinander** verlangen. Es ist auch hier, abgesehen von Zuwiderhandlungen gegen eine Unterlassungspflicht (§ 339 A 2), grundsätzlich ein Verschulden vorauszusetzen. (Ein solches ist nicht angenommen worden in einem Falle, wo sich der Bauunternehmer den von seinen Innungsgenossen zur Bekämpfung eines Arbeiterausstandes unternommenen Gegenmaßregeln angeschlossen hatte, **RG** Gruch 50, 943). Für den Fall von Strafgedingen bei Unterlassungspflichten vgl. § 440 A 3 a. E.

2. Die Anwendung des **§ 340 Abs 2** führt zu dem Ergebnisse, daß der Gläubiger die **Vertragsstrafe als den Mindestbetrag seines** aus der nicht gehörigen Erfüllung erwachsenen

Schadens geltend machen darf, unbeschadet seines Rechtes, den auf demselben Rechtsgrunde beruhenden weiteren Schadensersatzanspruch außerdem zu verfolgen. Fordert der Gläubiger bei einem gegenseitigen Vertrage im Falle des Verzugs Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326, so ist daneben ein Ersatzanspruch auch wegen nicht gehöriger Erfüllung selbstverständlich ausgeschlossen. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe wegen nicht rechtzeitiger Erfüllung geht aber nicht unter, wenn dem Verpflichteten noch eine Nachfrist gewährt wird und er auch jetzt nicht erfüllt und sonach aus § 326 wegen Nichterfüllung haftet (RG 94, 206).

3. Der Anspruch auf die Vertragsstrafe (wegen nicht gehöriger Erfüllung) **erlischt** kraft Gesetzes (RG 53, 358), wenn **ihn der Gläubiger sich nicht bei der Annahme vorbehalten** hat. Auch Unterlassen des Vorbehalts wegen Unkenntnis seines Rechtes schützt den Gläubiger nicht vor dem Verluste. Die Vorschrift des Abs 3 enthält jedoch nur nachgiebiges, durch Parteiabrede abänderungsfähiges Recht (RG Warn 1914 Nr 319). Der Vorbehalt braucht nicht ausdrücklich durch Worte erklärt zu werden, jedenfalls aber bedarf es einer äußeren Kundgebung des Willens dem Verpflichteten gegenüber (RG 61, 65). Er muß grundsätzlich auch bei der Annahme selbst erklärt sein (RG 59, 378; 12, 201), wobei das Wort „bei" (anders als in den Fällen der §§ 464, 640) streng auszulegen ist (RG 73, 1477; Gruch 55, 901). Weder genügt ein nachträglich noch ein vor der Annahme erklärter Vorbehalt, selbst wenn das Fortwirken des Vorbehalts noch bei der Annahme unterstellt werden kann (RG 57, 339; 59, 379; JW 07, 171[9]; Warn 1910 Nr 53; 1911 Nr 227; RG 73, 147). Befugt zur Erklärung des Vorbehalts ist nur der Empfänger der Leistung selbst. So würde insbesondere nicht der vom selbstschuldnerischen Bürgen des Verpflichteten erklärte Vorbehalt genügen (RG 53, 356). — Die **„Annahme"** der Leistung mit der ausschließenden Wirkung des Abs 3 stellt, im Gegensatze zur Abnahme im Sinne des § 433 Abs 2, nicht nur den tatsächlichen Vorgang, durch den die Sache in die Verfügungsgewalt des Berechtigten gelangt, sondern eine rechtsgeschäftliche Erklärung dar und setzt daher voraus, daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber, sei es bei der Hinnahme der Leistung, sei es auch später, wenn auch nur stillschweigend zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine der Hauptsache nach vertragsmäßige Erfüllung gelten lasse (RG 57, 337; 64, 240; JW 1911, 486[6]; Warn 1918 Nr 93 und 164). Falls bei der Leistung Einzelheiten auch noch unerfüllt geblieben sind (beispielsweise wenn bei der Übernahme eines Baues noch einzelne Arbeiten im Rückstande sind), so genügt doch ein bei der Annahme der Hauptleistung erklärter Vorbehalt, und dessen Wiederholung bei Annahme der weiteren Leistungen ist überflüssig (RG 15. 10. 07 VII 532/06; 73, 148). Bei Teilleistungsverträgen (Sukzessivlieferungen) erstreckt sich jedoch die Wirkung des Vorbehalts nur je auf die Einzelleistung, und ist die Strafe für die gesamte Erfüllung bedungen, dann ist der Vorbehalt bei Annahme der Restleistung erforderlich (RG Gruch 52, 664; Warn 1911 Nr 170). Im übrigen schließt die Annahme noch nicht einen Verzicht auf sonstige Rechtsbehelfe, namentlich auf den Gewährleistungsanspruch in sich (RG 71, 23). Sie ist vielmehr des weiteren nur noch von Einfluß auf die Beweislast (§ 363; RG 66, 282; JW 1911, 486[6]). Selbstverständlich kann § 341 Abs 3 nicht mehr Platz greifen, wenn die bereits verwirkte Strafe durch eine spätere Abrede auf eine neue Grundlage gestellt worden ist (RG 72, 170).

Da die Annahme eine rechtsgeschäftliche empfangsbedürftige Erklärung ist, kann sie einerseits nur vom Empfangsberechtigten selbst oder von seinem Vertreter (nicht also auch vom Bürgen, RG 53, 358) und anderseits nur dem Schuldner oder dessen Vertreter gegenüber erklärt werden (RG 2, 28; 61, 67). — Die Annahme wird wirkungslos durch ihre Anfechtung wegen Irrtums, Betrugs oder Zwangs. Den **Beweis** für den rechtzeitigen Vorbehalt muß derjenige erbringen, welcher das Recht auf die Vertragsstrafe geltend macht (RG 53, 356); den Beweis für die Annahme der Verpflichtete.

4. Der Abs 3 greift **nicht** bei Schuldverhältnissen Platz, die **vor dem 1. Januar 1900** entstanden sind (RG 61, 133).

§ 342

Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt[1]).

E I 420 II 294; P 1 776.

1. Danach kann auch eine **Leistung, die nicht auf Geldzahlung geht,** als **Strafe** bedungen werden, z. B. die Gewährung einer Sache oder eines Rechtes, die Vornahme einer Handlung oder eine Herabminderung der Gegenleistung (RG 68, 42); oder die abredegemäße Verwirkung des Vertragsrechts für den Fall der Zuwiderhandlung (RG 25. 9. 15 V 143/15). Die §§ 339—341 sollen in diesem Falle ebenfalls Anwendung finden, nur mit der Beschränkung,

daß hier außer der Strafe nicht auch weiterer Schaden ersetzt verlangt werden kann, und daß deshalb der Gläubiger, der die Strafe fordert und fordern kann (RG 77, 292), damit völlig abgefunden ist, vorausgesetzt, daß die Strafe überhaupt verwirkt war (RG a. a. O.). Verlangt der Gläubiger zunächst Schadensersatz, so darf er davon bis zur Erfüllung dessen noch abgehen und die Strafe fordern. Vgl. anderseits § 240 Abs 2 und § 241 Abs 2. Anwendbar ist hier insbesondere auch § 241 Abs 3.

§ 343

Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechtigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen[1]).

Das gleiche gilt auch außer den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, daß er eine Handlung vornimmt oder unterläßt[2])[3]).

E II 295; P 2 780.

1. Der Parteiwillkür wird hinsichtlich der Höhe des Strafgedinges grundsätzlich zwar keine Schranke gesetzt; aber zum Schutze des wirtschaftlich Schwachen stellt das Gesetz den Grundsatz des **richterlichen Ermäßigungsrechts** auf. Vgl. die ähnliche Bestimmung des § 4 des AbzG v. 16. 5. 94. — Ob die **verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch** ist, was nachzuweisen Sache des Schuldners, ist Tatfrage (RG JW 07, 12[13]). In Verhältnis zu ziehen sind einerseits der Betrag der Strafe und anderseits jedes berechtigte Interesse des Gläubigers an der (gehörigen) Erfüllung des Vertrags, namentlich sein Vermögensinteresse, und zwar alles beurteilt nicht schlechthin nur nach der zur Zeit der Vereinbarung bestehenden Sachlage, sondern gegebenenfalls auch nach den Verhältnissen zur Zeit der Verwirkung oder sogar der Urteilssprechung, wobei auch die wirtschaftliche Lage des Schuldners mit berücksichtigt werden kann, wenngleich sie niemals allein für sich entscheidend ist (RG 64, 293; 86, 28; JW 1912, 794[10]; 1915, 136[1]). Übernimmt es ein Dritter dem Schuldner gegenüber, die etwa verwirkte Strafe zu bezahlen, dann verbessert das die Lage des Schuldners, und daher ist dieser Umstand bei der nach § 343 erforderlichen Abwägung zu berücksichtigen (RG JW 1915, 136[1]). — Der Nachweis eines ziffermäßig festzustellenden Schadens ist keine notwendige Voraussetzung für die Rechtfertigung einer Vertragsstrafe und deren Einforderung (RG Warn 08 Nr 300), wie auch der Umstand allein, daß ein Schaden nur in geringfügiger Höhe oder gar überhaupt nicht entstanden ist, noch nicht ausreicht zur Herabsetzung der Strafe (RG SeuffA 63 Nr 38; Warn 08 Nr 300). Übersteigt eine Vertragsstrafe alle Grenzen, läuft sie in eine ungewisse, für den Schuldner nach dem gewöhnlichen Gange der Dinge unerschwingliche Summe aus, so kann ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne des § 138 vorliegen. Wäre in solchem Falle gemäß § 139 der Vertrag insgesamt nichtig, so könnte das richterliche Herabsetzungsrecht aus § 343 überhaupt nicht in Frage kommen (RG 68, 229; 90, 183; vgl. auch SeuffA 61 Nr 351, betreffend die Nichtigkeit einer sich mit „jedem folgenden Jahre verdoppelnden Vertragsstrafe" wegen Unmöglichkeit und Unsittlichkeit). Bei einem Wettbewerbsverbote im Sinne des § 74 HGB sind für die Herabsetzung der Vertragsstrafe lediglich die Vorschriften des § 343 maßgebend, und es ist danach zu prüfen, ob die Verletzung, die gemäß § 74 überhaupt nur in Hinsicht auf Verbote auf einen bestimmten Ort, eine bestimmte Zeit und in bezug auf bestimmte Gegenstände in Frage kommt, unter das nur insoweit gültige Verbot fällt, und ob die Strafe nach Lage dieses Falles unverhältnismäßig hoch erscheint (RG Warn 08 Nr 224). Begehrt ein Kaufmann die Herabsetzung der Strafe nach § 351 HGB, so ist für seine Eigenschaft als Minderkaufmann (§ 4 HGB) ausschließlich der Zeitpunkt des Strafversprechens maßgebend (RG JW 08, 148). Den Vollkaufleuten steht nach § 348 HGB das Recht auf die Ermäßigung der Strafe überhaupt nicht zu. Der § 343 (nicht auch § 75 Abs 1 Satz 1 HGB) findet Anwendung auch auf die im Dienstvertrage des Geschäftsführers einer G. m. b. H. bedungene Vertragsstrafe (RG 28. 1. 08 II 308/07). Allein die Übermäßigkeit der Vertragsstrafe macht den Vertrag noch nicht zu einem gemäß § 138 nichtigen (RG JW 1913, 319[5]; Warn 09 Nr 495). — Eine Herabsetzung der Strafe ist auch dann zulässig, wenn die Strafe nicht in Geld besteht, beispielsweise die Verwirkung der Vertragsrechte als Strafe gesetzt war (RG 25. 9. 15 V 143/15).

Geltend gemacht werden kann das Begehren auf Herabsetzung durch Klage und Einrede; nach dem Wortlaute des Gesetzes aber jedenfalls (RG Warn 1913 Nr 217) erst nach Verwirkung der Strafe („eine verwirkte Strafe") und anderseits gemäß Satz 2 vor ihrer Entrichtung. Ist der Verfall eines angezahlten Kaufpreisbetrags als Strafe bedungen,

dann kann gleichwohl noch die Herabsetzung der gesamten Strafe verlangt werden, weil die Anzahlung nicht bereits die Entrichtung der Strafe bedeutete (RG JW 1913, 487). Das **Urteil** hat rechtsgestaltende (konstitutive) Kraft, indem es den Betrag der verwirkten Strafe für beide Teile bindend **auf den angemessenen Betrag herabsetzt.** Die Entscheidung über den Betrag der Herabsetzung betrifft im Sinne des § 304 ZPO nicht den Grund, sondern den Betrag des Schadens (RG Gruch 59, 499).

2. Wird eine Strafe für den Fall **der Vornahme oder Unterlassung einer Handlung** als „uneigentliches Strafgedinge" bedungen, so liegt kein eigentliches Strafgedinge im Sinne der §§ 339—341 vor, weil danach die Strafe nur für den Fall der Verletzung einer schon bestehenden, rechtlich wirksamen Verbindlichkeit angedroht wird (vgl. § 339 A 1). Vielmehr handelt es sich hier um ein uneigentliches Strafversprechen, bei dem die Verpflichtung zur Strafleistung selbständig begründet wird und alsdann auch den alleinigen Gegenstand des Schuldverhältnisses bildet. Die ausdrückliche Erstreckung des Abs 1 auch auf diesen Fall war daher erforderlich. Solche uneigentliche Strafgedinge dienen namentlich dazu, die Vornahme von Handlungen durch einen andern, oder eine Unterlassung wenigstens mittelbar auch dann zu sichern, wenn die Verpflichtung zur Vornahme der Handlung oder zur Unterlassung nicht selbständig begründet werden kann, und zwar deswegen nicht, weil es dazu an einem hinreichenden rechtlichen Interesse fehlt (Vorbem 1 vor § 241). Freilich darf auch hier niemals ein an sich unzulässiger Zweck und nicht die Umgehung eines Verbotsgesetzes in Frage kommen, weshalb beispielsweise auch Strafgedinge gegen § 152 GewO wirkungslos sind (RG 50, 30). Das uneigentliche Strafgedinge ist daher jedenfalls wirkungslos, wennschon das Versprechen zur Vornahme der Handlung oder zur Unterlassung kraft Gesetzes der rechtlichen Wirksamkeit entbehren würde. Vgl. § 344 A 1. Ein uneigentliches Gedinge liegt auch dann vor, wenn mit einem sonst einseitigen Verkaufsangebote mit Bindung des Antragenden auf eine bestimmte Zeit die Abrede verbunden worden ist, daß der vom Antragsgegner angezahlte Betrag dem Antragenden als Entgelt für die Bindung verfallen sein solle, falls die Annahme nicht rechtzeitig erfolge, und der Verfall tritt daher auch hier nicht ein, wenn die rechtzeitige Annahme durch Umstände gehindert worden ist, die der Antragsgegner nicht zu vertreten braucht (RG 95, 199; vgl. auch § 360 A 1). — Im Falle eines rechtsgültigen uneigentlichen Strafgedinges handelt es sich nicht um eine bedingte Verpflichtung im Sinne des § 158; das Versprechen ist vielmehr unbedingt wirksam, und die Zuwiderhandlung ist nur die notwendige Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf die Leistung selbst, als sog. Geschäftsbedingung (Vorbem 5 vor § 158).

Unter § 343 fällt der Fall des § 75 Abs 2 HGB, betreffs eines Konkurrenzverbots dem Handlungsgehilfen gegenüber (RG 69, 12). Der § 343 findet anderseits keine Anwendung auf das von einem Vollkaufmanne im Betriebe seines Geschäfts eingegangene Strafgedinge (§§ 348, 351 HGB).

3. Dem § 343 kommt nach ständiger Rechtsprechung des Reichsgerichts **keine rückwirkende Kraft zu;** auch dann nicht, wenn die Strafe erst nach dem 1. Januar 1900 verwirkt ist (RG 53, 420).

Beweislast. Sind an die Nichterfüllung eines (positiven) Schuldverhältnisses kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts Rechtsfolgen geknüpft und macht der Berechtigte diese geltend, dann hat nicht er die Nichterfüllung, sondern der Verpflichtete die Erfüllung zu beweisen (M 1, 383), und zwar auch dann, wenn der Gläubiger die Erfüllung eines Anspruchs fordert, dessen Entstehung von der Nichterfüllung der zu erfüllen gewesenen Verpflichtung abhängt (RG 41, 220; Warn 1913 Nr 222). Vgl. jedoch § 345 A 1 a. E.

§ 344

Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben¹).

E I 424 II 296; M 2 279; P 1 787.

1. Die Vorschrift will einer Umgehung von Gesetzen vorbeugen und schließt deshalb aus, daß gesetzlich **unwirksame Leistungsversprechen** durch ein Strafgedinge gesichert werden. Beschränkt ist die Bestimmung mithin auf die Fälle der Unwirksamkeit kraft Gesetzes. In Betracht kommen hierbei die Bestimmungen der §§ 104 ff., ferner Verbotsgesetze im Sinne der §§ 134, 138, die gesetzliche Formvorschrift der §§ 125, 313, 518, ferner die Fälle der §§ 656, 762, 763, 764 (vgl. dazu auch § 134 A 3) u. § 152 GewO (RG 21. 3. 12 IV 414/11). Dagegen

gehören nicht hierher die §§ 135, 136, die nur eine bedingte Unwirksamkeit androhen, ferner § 137, der das Verpflichtungsversprechen gerade für wirksam erklärt (RG 73, 18); ebensowenig der § 75 Abs 2 HGB, der das Strafgedinge ausdrücklich zuläßt (RG 69, 11; vgl. § 241 A 1 a. E.). So kann die Annahme des Verkaufsangebots betreffs eines Grundstücks nicht durch die formlose Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall ihrer Ablehnung gesichert werden (RG 53, 257). Die trotz eines Mangels im Sinne des § 344 entrichtete Strafe kann zurückgefordert werden (RG JW 02 Beil 281 Nr 233). Vgl. ferner die Sonderbestimmungen des § 1297 Abs 2 (Nichtigkeit einer Vertragsstrafe für den Fall des Unterbleibens einer Ehe.) Das Strafgedinge für den Fall des Verkaufs an einen Nationalpolen, oder aber umgekehrt für den Fall des Verkaufs an einen andern, als einen Nationalpolen, ist zulässig (RG 73, 17; 77, 419; 84, 394; JW 1912, 134[6]). Auch das uneigentliche Strafgedinge (§ 343 A 2) erfordert zu seiner Wirksamkeit die Möglichkeit, die Hauptleistung wirksam zu begründen (RG 50, 30; Warn 1912 Nr 248). Vgl. § 762. — Im Falle der bloßen **Anfechtbarkeit** eines Vertrags kann der § 344 nicht ohne weiteres Platz greifen. Er wird aber jedenfalls entsprechend anwendbar, sobald die Anfechtung erfolgt ist. Kannte der die Strafleistung Versprechende die Anfechtbarkeit des Hauptvertrags, dann kann in seinem Versprechen die Genehmigung des Hauptvertrags und damit ein Verzicht auf die Anfechtung liegen.

§ 345

Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht[1]).

E I 425 II 297; M 2 279; P 1 787.

1. **Beweisregelung.** Für den Regelfall hat der Gläubiger das Versprechen der Strafe und die den Verzug des Schuldners begründenden Tatsachen (§§ 284 ff.) zu beweisen und außerdem das Ausbleiben der Erfüllung oder die nicht gehörige Erfüllung zu behaupten; der Schuldner muß dagegen die Erfüllung oder gegebenenfalls die gehörige Erfüllung behaupten und beweisen (RG 41, 222; Warn 1913 Nr 222; JW 1914, 734). Hat aber der Gläubiger die Leistung einmal als Erfüllung angenommen, so dreht sich die Beweislast im letzten Punkte gegen ihn gemäß § 363 um. Handelt es sich endlich um eine Zuwiderhandlung gegen eine Unterlassungspflicht, so trifft die Beweislast auch hinsichtlich der Zuwiderhandlung den Gläubiger (RG JW 1910, 937[10]). Der Satz, daß der Verpflichtete die Erfüllung zu beweisen hat, wenn sich an die Nichterfüllung eine ungünstige Folge knüpft, gilt gemäß §§ 345 u. 358 nur mit der Einschränkung, daß die geschuldete Leistung nicht in einem Unterlassen besteht, während eine allgemeine Regel, daß, wenn sich an eine Nichterfüllung eine ungünstige Folge für den Verpflichteten knüpft, dieser die Erfüllung zu beweisen hätt . nicht anzuerkennen ist (JW 1910, 937[10]). Vgl. jedoch § 343 A 3 a. E.

Fünfter Titel

Rücktritt

§ 346

[1]) Hat sich in einem Vertrag ein Teil den Rücktritt vorbehalten[2]), so sind die Parteien, wenn der Rücktritt erfolgt, verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren[3]). Für geleistete Dienste sowie für die Überlassung der Benutzung einer Sache ist der Wert zu vergüten oder, falls in dem Vertrag eine Gegenleistung in Geld bestimmt ist, diese zu entrichten[4]).

E I 427; M 2 280; P 1 788.

1. Der vorliegende Abschnitt gestaltet das **Rücktrittsrecht** zu einem besondern Rechtsgebilde. Ausdrücklich hat er zwar nur das vertragsmäßig vorbehaltene Rücktrittsrecht im Auge. Nach den Bestimmungen der §§ 280 Abs 2, 286 Abs 2, 327 sollen jedoch die §§ 346—356 auch in den dort geregelten Fällen des gesetzlichen Rücktrittsrechts Anwendung finden; ferner nach § 467 teilweise bei der Wandlung. Begrifflich verschieden vom Rücktritte sind die Kündigung und der Widerruf, da der Rücktritt den Vertrag von Anfang an aufhebt (A 2), während die Kündigung und der Widerruf nur für die Zeit von der Erklärung ab wirksam sind, gleichgültig, ob die entsprechende Befugnis auf Gesetz (§§ 553, 554, 605, 627, 658 usw.) oder auf Vertrag beruht (RG 52, 5; 90, 330). Da Rücktritt und Kündigung wesensverschieden

sind, ist bei dieser auch nicht der § 356 anwendbar (**RG** 90, 330). Über Kündigung s. auch § 347 A 1.

2. **Vorbehalten** im Sinne des Gesetzes ist ein Rücktrittsrecht nur dann, wenn der Vorbehalt zum wirklichen Vertragsinhalte gehört (**RG** 62, 267). Vgl. auch § 119 A 1, betreffend bloße Voraussetzungen. — Ein Rücktrittsrecht allein aus dem Grunde, weil der eine Vertragsteil durch sein illoyales Verhalten das gegenseitige Vertrauensverhältnis zerstört hat, ist jedenfalls bei denjenigen Verträgen, die nicht ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis voraussetzen (so beim Kaufe), nicht anzuerkennen; wohl aber kann ein Rücktrittsrecht in andern Verhältnissen aus dem bezeichneten Grunde gegeben sein (**RG** Gruch 55, 629; § 326 A 1). Vgl. dazu auch § 242 A 1. — Stellen die mehreren äußerlich voneinander getrennten Verträge eine Einheit im Sinne des § 139 dar (vgl. § 139 A 1 Abs 1), dann ist der Rücktritt nur von allen Verträgen zusammen möglich (**RG** SeuffA 74 Nr 28). Die Ausübung des bedingungslos vorbehaltenen Rücktrittsrechts steht zwar an sich im freien Belieben des Berechtigten, unter Umständen kann es jedoch nach Treu und Glauben geboten sein, daß der Berechtigte den Rücktritt (für den Fall unpünktlicher Erfüllung) zuvor androht (**RG** Warn 1918 Nr 136).

3. Die Wirkung des Rücktritts besteht in der **Verpflichtung der Parteien, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.** Er bringt das Schuldverhältnis durch einseitige Erklärung zum Erlöschen, was er mit der Anfechtung gemein hat (vgl. dazu auch § 362 A 1). Er teilt mit der Anfechtung aber auch die Eigenschaft der Zurückwirkung. Indem nämlich das Gesetz die Rückgewährungspflicht vorsieht, geht es davon aus, daß der Rücktritt den Rechtsgrund der bewirkten Leistungen „von Anfang an" (§ 142) beseitigt, und daß es sich für die Parteien alsdann nur noch um die Wiederherstellung des Zustandes handeln kann, der vor dem Vertragsabschlusse bestanden hat. Das Gesetz konnte dies Ziel auf verschiedenen Wegen erreichen. Es wäre in der Lage gewesen, betreffs der Ausgleichung zwischen den Parteien wie im Falle der Anfechtung den Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zugrunde zu legen. Es hätte ferner den Rechtsgedanken des § 158 Abs 2 von der auflösenden Bedingung benutzen und demgemäß bestimmen können, daß mit dem Rücktritte der frühere Zustand ohne weiteres eintrete, wonach dem Rücktritte eine dingliche Wirkung beigelegt worden wäre (§ 158 A 5). Das Gesetz konnte endlich aber, von dem einen wie dem andern absehend, die Sache auch so regeln, daß es den Parteien zum Zwecke der Herbeiführung des früheren Zustandes einen besondern, persönlichen Anspruch auf Rückgewährung des Geleisteten, anderseits aber auch nur einen Anspruch gewährte. Das Gesetz hat dieses letzte Mittel gewählt (**RG** 75, 260). Danach sind aber die Parteien nicht auf den Bereicherungsanspruch beschränkt, der sich der Höhe nach erst aus einer Vergleichung zwischen dem Wert des Geleisteten und anderseits des Empfangenen ergäbe und auch nur auf die „noch vorhandene Bereicherung" ginge (§ 818), während gemäß § 346 jede Partei die volle wirkliche Leistung zurückfordern kann (**RG** 50, 266; 66, 68; 71, 277). Anderseits freilich entbehren die Parteien nach dieser Rechtsgestaltung der Vorteile, die eine dingliche Wirkung des Rücktritts mit sich bringen würde, da hier das Eigentum an der gewährten Sache oder das Recht an einer dem Gegner übertragenen Forderung an den Veräußerer nicht ohne weiteres zurückfällt. Daß im übrigen den Parteien auch der Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung zusteht, ist selbstverständlich. Die wesentliche Folge des Rücktritts ist somit alles in allem die, daß das ursprüngliche Vertragsverhältnis beseitigt ist und an seine Stelle das Schuldverhältnis aus § 346 tritt (**RG** 71, 277), was natürlich zur Voraussetzung hat, daß eine Leistung überhaupt bereits erfolgt war, während andernfalls nur eine Neubegründung der Leistungspflichten durch neuen Vertrag in Frage kommen kann (**RG** 66, 432; JW 08, 479[9]). — Der Umstand, daß **dem Rücktritte nur eine persönliche Wirkung** zukommt, ist auch nach außen hin von besonderer Bedeutung. Da nämlich das Recht des Empfängers der Leistung durch den Rücktritt an sich nicht zerstört wird, vielmehr nur die schuldrechtliche Rückgabeverpflichtung entsteht, so beeinflußt der Rücktritt auch nicht die Rechtsstellung eines Dritten, an den der Rückgabeverpflichtete oder auch der Berechtigte die zurückzugewährende Sache oder die Forderung weiter übertragen hat. Insbesondere ist also auch für die Grundsätze vom gutgläubigen oder schlechtgläubigen Rechtserwerbe hier kein Raum. Die gegebenen Grundsätze vom Rücktrittsrechte schaffen jedoch kein zwingendes Recht, und daher ist es auch nicht ausgeschlossen, daß die Parteien der Erklärung des Rücktritts die Bedeutung einer auflösenden Bedingung im Vertrage ausdrücklich beilegen, und so auch die Grundsätze des § 158 Abs 2 und damit zugleich die des § 161 anwendbar machen (**RG** 54, 340). — Geltend gemacht wird der Rücktritt durch eine einseitige, empfangsbedürftige Erklärung, die gegebenenfalls den Vertrag endgültig — vgl. dazu § 349 A 1 — beseitigt (**RG** 66, 432). Erfüllungsort für die Rückgabe ist dort, wo sich die Sache zur Zeit des Rücktritts befindet (**RG** 55, 113; 57, 15). — Steht das Rücktrittsrecht beiden Vertragsparteien zu und machen beide von ihm auch Gebrauch, so entsteht dadurch kein Aufhebungsvertrag, vielmehr treten nur die Folgen des Rücktritts ein (**RG** JW 1914, 865[6]).

4. Sind **Dienste geleistet oder ist die Benutzung einer Sache überlassen,** in welchen Fällen eine Rückgewährung naturgemäß ausgeschlossen, dann ist der allgemeine Schätzungswert (zur Zeit der Leistung), und, falls hierzu im Vertrage eine Gegenleistung in Geld (sei es ziffermäßig, sei es nach einer vorgeschriebenen Berechnungsweise) bestimmt worden, der entsprechende Betrag zu erstatten, und zwar auch hier ohne Rücksicht auf die Höhe der Bereicherung (RG JW 07, 670[4]). Die Vorschrift des Satz 2 ergibt die allgemeine Auffassung des Gesetzes, daß im Falle der Unmöglichkeit der Rückgewähr der empfangenen Leistung der Wert zu vergüten ist (RG JW 1911, 756[11]; Gruch 56, 116). Es kann aus ihr jedoch nicht etwa hergeleitet werden, daß bei einem Werkvertrage der Rückforderungsanspruch des Unternehmers dessen zur Herstellung des Werkes aufgewendeten persönlichen Dienste und sonstige Ausgaben mit umfasse. Denn das käme auf Ersatz des negativen Interesses heraus, was ausgeschlossen ist. Bei einem Werkvertrage kann als Gegenstand der Zurückgewährung allein das, sei es ganz, sei es teilweise, hergestellte Werk angesehen werden; ein nur teilweise hergestelltes Werk kann aber wertlos sein (RG JW 1911, 756[11]), vgl. auch § 326 A 5. Dem in Satz 2 des § 346 ausgesprochenen Rechtsgedanken kann allgemeine Geltung auch für andere Fälle der Unmöglichkeit der Rückgewähr beigemessen werden (RG Warn 1914 Nr 45; JW 1911, 756[11]).

Bei den abstrakten dinglichen Verträgen kann der Vorbehalt des Rücktritts nur die Bedeutung einer auflösenden Bedingung haben, da schuldrechtliche Rechte durch das abstrakte Rechtsgeschäft nicht begründet werden können.

§ 347

Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Unterganges oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe bestimmt sich im Falle des Rücktritts von dem Empfange der Leistung an nach den Vorschriften, welche für das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer von dem Eintritte der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Das gleiche gilt von dem Anspruch auf Herausgabe oder Vergütung von Nutzungen und von dem Anspruch auf Ersatz von Verwendungen[1]). Eine Geldsumme ist von der Zeit des Empfanges an zu verzinsen[2])[3]).

E I 427; E II 298; M 2 281; P 1 798.

1. Die **Verpflichtung zum Schadensersatze** beruht unter den hier gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen auf dem Rechtsgedanken, daß derjenige, der eine Leistung in dem Bewußtsein annimmt, er werde sie infolge des ihm oder dem andern Teile zustehenden Rücktrittsrechts eintretendenfalls zurückgewähren müssen, sein Verhalten so einzurichten hat, daß er dieser Verpflichtung demnächst auch gehörig genügen kann und daß er sich sonach in ähnlicher Lage befindet wie der vom Eigentümer in Anspruch genommene Besitzer seit dem Zeitpunkte der Rechtshängigkeit (RG 44, 252; JW 1912, 288[8]). Demgemäß soll er wie jener auf den Ersatz des Schadens haften, den der andere Teil durch gänzliche oder teilweise Unmöglichkeit der Herausgabe erleidet, und überdies zur Herausgabe der Nutzungen oder Erstattung ihres Wertes verpflichtet sein. Anderseits ist ihm entsprechend auch ein Anspruch auf Ersatz der Verwendungen (RG 50, 144) gewährt (vgl. die Ausführungen zu § 292). Dagegen wird durch den Rücktritt ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags sowie die Ausübung der in § 323 vorgesehenen Rechte ausgeschlossen (§ 379; RG 19. 12. 05 II 420/05). Die Vorschrift des § 347 ist auf den Fall abgestellt, daß das Rücktrittsrecht (das vorbehaltene wie das gesetzliche) schon vor erfolgter Leistung begründet oder entstanden war.

2. Vgl. §§ 256, 246 und RG 52, 95. Satz 3 ist nicht auf den Fall der Wertersetzung gemäß § 346 Satz 2 zu erstrecken.

3. **Beweislast.** Steht die Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung der empfangenen Sache fest, so hat der Verpflichtete, dem die Erfüllung schlechthin oder doch die gehörige Erfüllung unmöglich geworden ist, gemäß § 282 nachzuweisen, daß er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, gegebenenfalls, daß er den an sich feststehenden Untergang der Sache nicht verschuldet hat (RG 10. 1. 11 II 129/10). In dem Rückgange eines im gekauften Grundstücke betriebenen Gewerbes könnte eine Verschlechterung des Grundstücks selbst jedenfalls dann nicht gefunden werden, wenn dieses für das Gewerbe weder besonders eingerichtet noch sonst besonders geeignet ist, und eine Schadensersatzpflicht besteht nicht, sofern das Grundstück als solches ohne Beziehung auf einen bestimmten Gewerbebetrieb Gegenstand des Kaufes war (RG 56, 261; Gruch 48, 896).

§ 348

Die sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen der Parteien sind Zug um Zug zu erfüllen. Die Vorschriften der §§ 320, 322 finden entsprechende Anwendung[1].

E I 428; M 2 282; P 1 790.

1. Die **Anwendung der §§ 320, 322** führt sachlich zu dem Ergebnisse, daß jedem Teile gegebenenfalls das Leistungsverweigerungsrecht im Sinne des § 320 Abs 1 u. 2 zusteht, und prozessual, daß jede Partei nur Zug um Zug zur Zurückgewährung der empfangenen Leistung zu verurteilen ist, falls die Einrede erhoben wird (RG 24. 4. 07 V 462/06). Aus § 348 ist beispielsweise hergeleitet worden, daß, wenn der Zurückgetretene vom Gegner auf Erfüllung seiner Wechselverbindlichkeit in Anspruch genommen wird, er sich dagegen nicht durch den bloßen Einwand des Rücktritts von dem Grundgeschäfte, auf Grund dessen er den Wechsel gegeben hat, schützen kann, daß er vielmehr zugleich die Erfüllung seiner sich aus dem Rücktritt ergebenden Verpflichtungen anbieten muß (RG 75, 201). Es kann dies jedoch nur dann gelten, wenn der Gegner behauptet hat, daß er einen im synallagmatischen Verhältnisse Gegenanspruch habe; wie sollte es von vornherein eine „Darlegungspflicht" des Schuldners darstellen, darzutun, daß er seine Verpflichtungen erfüllt habe! — Außer Anwendung bleiben die Vorschriften der §§ 323—325 über die Unmöglichkeit der Leistung. Unmöglichkeit der Leistung auf seiten des Gegners befreit mithin nicht von der eigenen Leistungspflicht (vgl. § 350; für den Fall des Verzugs vgl. § 354). Auch wird die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung der Rückgabepflicht nicht nach den Grundsätzen der gemäß § 325, 326 geltenden Differenztheorie zu regeln sein, da die entsprechende Anwendbarkeit des § 320 noch nicht eine entsprechende Anwendung auch der §§ 325, 326 begründet, die ihrerseits einen gegenseitigen Vertrag voraussetzen. Vgl. anderseits RG 66, 68. Über den Leistungsort vgl. § 269 A 1, 7.

§ 349

Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile[1].

E I 426; M 2 282; P 1 790.

1. **Der Rücktritt wird bewirkt** durch eine einseitige, empfangsbedürftige (§§ 130—132), unbedingte **Erklärung gegenüber dem andern Teile**, die unwiderruflich ist (M 2, 280; Prot 6, 153). Sie kann auch im Wege der Klage (RG 71, 277) und im Prozesse auch durch den Prozeßbevollmächtigten und ihm gegenüber abgegeben werden (vgl. Vorbem 8 vor § 104 und RG 50, 138). Nicht erforderlich ist, daß sich der Erklärende zugleich zur Rückgewährung der empfangenen Leistung erbietet (RG 49, 38; JW 08, 479[9]). Der Rücktritt von einem Vergleiche, der ein früheres Schuldverhältnis neu regelt, kann auch schon durch Erhebung einer Klage aus eben diesem Verhältnisse bewirkt werden (RG Warn 08 Nr 452). — Vor Erklärung des Rücktritts kann auf das Rücktrittsrecht formlos (auch stillschweigend) verzichtet werden; nach der Erklärung hat ein Verzicht auf den Rücktritt nur dann Wirksamkeit, wenn er formgerecht (§ 313) den Vertrag neu begründet (RG 66, 432). Eine Pflicht des Berechtigten, seinen Rücktritt alsbald nach Entstehung der Ausübungsbefugnis zu erklären, ist vom Gesetz nicht vorgesehen. Eine Verwirkung des Rechtes bei Hinausschiebung der Erklärung könnte daher auch nur im Falle arglistigen, illoyalen Verhaltens angenommen werden (RG Warn 1912 Nr 379). Vgl. dazu § 242 A 1. Sonst greift hinsichtlich der Fristsetzung § 355 Platz.

§ 350

Der Rücktritt wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist[1].

E I 429; M 2 282; P 1 790.

1. **Die Gefahr des Zufalls** (§ 203 A 2), von dem der empfangene und nach § 346 grundsätzlich wieder zurückzugewährende Gegenstand bis zum Zeitpunkte des Rücktritts oder auch später (soweit nicht die Verzugsfolgen eintreten) beim Rücktrittsberechtigten betroffen wird, ist von dem Rücktrittsverpflichteten (§ 349) zu tragen. Das Gesetz spricht zwar ausdrücklich nur vom zufälligen **Untergange**. Aber der gleiche Gesichtspunkt muß Platz greifen, auch wenn sich der Gegenstand (Sache oder Recht) in der Zwischenzeit durch Zufall nur verschlechtert hat. Der Rücktrittsverpflichtete muß also den Rücktritt sich auch dann gefallen lassen, wenn der Berechtigte den infolge Zufalls untergegangenen Gegenstand überhaupt nicht mehr zurückzugewähren imstande ist; auch steht ihm weder in diesem Falle noch bei einer durch Zufall verursachten Verschlechterung des ihm zurückzugewährenden Gegenstandes

ein Ersatz- oder Minderungsanspruch zu. Sein Gegner haftet ihm gegebenenfalls nur aus der Bereicherung nach §§ 812ff., 818 Abs 3.

§ 351

¹) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes verschuldet hat. Der Untergang eines erheblichen Teiles steht einer wesentlichen Verschlechterung des Gegenstandes²), das von dem Berechtigten nach § 278 zu vertretende Verschulden eines anderen steht dem eigenen Verschulden des Berechtigten gleich³)⁴).

E I 430; M 2 283; P 1 794.

1. **Ausschluß des Rücktrittsrechts durch Verschulden des Berechtigten.** In Frage kommt nur ein Verschulden vor Erklärung des Rücktritts (RG 59, 97). War dieser einmal rechtswirksam erfolgt, so kann er auch durch ein nachträgliches schuldhaftes und widerrechtliches Verhalten des Berechtigten in Ansehung des empfangenen und herauszugebenden Gegenstandes nicht wieder beseitigt werden (RG 71, 277; JW 1911, 321¹²; SeuffA 67 Nr 175). Für den Rücktrittsberechtigten entstünde vielmehr, falls er die Unmöglichkeit der Rückgabe nachträglich schuldhaft vereitelt hat, nur die Verpflichtung zum Schadensersatze, insbesondere gemäß §§ 347, 989 (RG a. a. O.; der Rücktrittsberechtigte war hier erst infolge der nach Erklärung des Rücktritts erfolgten Versteigerung des empfangenen Grundstücks in die Lage gekommen, es nicht wieder zurückgeben zu können). Der zuvor wiedergegebene Grundsatz von dem nachträglichen Verschulden der Rücktrittsberechtigten greift entsprechend bei der Wandlung nur unter der Voraussetzung Platz, daß die Verschlechterung erst nach bereits vollzogener Wandlung (§ 465) herbeigeführt worden ist (RG 59, 97; 71, 277; JW 1911, 321¹²; 1915, 1004¹¹). Tritt die Unmöglichkeit der Rückgabe erst ein, wenn sich der Gegner bereits im Annahmeverzuge befindet, dann hat sie der Rücktrittsberechtigte gemäß § 300 Abs 1 überhaupt nur zu vertreten, wenn er die Unmöglichkeit wenigstens grobfahrlässig herbeigeführt hat (RG 71, 278; Warn 1910 Nr 432). Für die Annahme, daß der Rücktrittsverpflichtete (Wandlungsverpflichtete) sich zum Nachweise des Wegfalls seiner Verpflichtung auf die §§ 351, 353, 467 dann nicht berufen könne, wenn er die den Rücktritt (die Wandlung) veranlassenden Tatsachen beim Vertragsschlusse arglistig verschwiegen habe, gibt das Gesetz keinen Anhalt; der Verpflichtete entbehrt der bezeichneten Rechtsbehelfe jedenfalls dann nicht, wenn anderseits der Rücktritts- (Wandlungs-) Berechtigte im Falle einer Verschlechterung der Kaufsache, auf sein Rücktrittsrecht (Wandlungsrecht) pochend, zum Schaden des Verpflichteten arglistig handelt (RG JW 1910, 997¹). Das die Rücktrittsbefugnis ausschließende Verschulden muß eine **wesentliche Verschlechterung, den Untergang oder die anderweite Unmöglichkeit der Herausgabe** des empfangenen Gegenstandes (Sache oder Recht) verursacht haben. Letzteres träfe beispielsweise zu, wenn der Rückgabeverpflichtete den empfangenen Gegenstand unter solchen Bedingungen weiterveräußert, daß sein Nachfolger nicht zur Rückgabe verpflichtet ist (RG 56, 260). Entscheidend dafür, ob eine Unmöglichkeit vorliegt, ist der Zeitpunkt des geschuldeten Vollzugs (RG SeuffA 67 Nr 175). Ob eine wesentliche Verschlechterung vorliegt, ist eine Tatfrage, bei der das Interesse des empfangsberechtigten Teiles vornehmlich zu berücksichtigen ist. Es muß aber eine wirkliche Verschlechterung oder eine geminderte Brauchbarkeit der Sache selbst vorliegen, während es nicht darauf ankommen kann, ob der Wert der Sache inzwischen bloß nach der Auffassung der berechtigten Kreise eine Minderung erfahren hat (RG 64, 376). Eine Verschlechterung der Sache kann auch schon dann vorliegen, wenn eine Eigenschaft derselben, so ein Grundstück in seiner Eigenschaft als Restaurationsgrundstück, verschlechtert worden ist (RG JW 1910, 997¹), wobei die Einrichtung des Grundstücks zum Gewerbebetriebe schon dann anzunehmen ist, wenn es mit Einrichtungen versehen ist, die die dauernde Bestimmung zu dem Betriebe erkennen lassen, ohne daß zugleich eine zweckentsprechende bauliche Beschaffenheit des Grundstücks erforderlich wäre (RG Warn 1912 Nr 286). Die Umgestaltung eines Wohnhauses in ein Geschäftshaus bedeutet keine wesentliche Verschlechterung der Sache und hat nicht die Unmöglichkeit der Zurückgewährung zur Folge (RG Warn 1916 Nr 131). Inwiefern auch die Veräußerung des Gegenstandes oder dessen Belastung mit dem Rechte eines Dritten hier in Betracht kommen können, darüber vgl. § 353 A 1. Zweifelhaft ist in § 351 der Ausdruck **„verschuldet"** (vgl. Oertmann und Staudinger A 1 zu § 351). Man wird wie bei § 347 von der allgemeinen Erwägung ausgehen müssen, daß auch der Berechtigte bis zur Erledigung der Sache mit dem Vor-

handensein des Rücktrittsrechts fortdauernd rechnen und es sich daher als eigenes Verschulden zurechnen muß, wenn er mit dem empfangenen Gegenstande willkürlich Veranstaltungen trifft, die ihn voraussehbar an der gehörigen Rückgewährung hindern. Der Umstand, daß der Berechtigte, der mit der empfangenen Sache nach Belieben verfährt, nur sein Recht ausübt, beweist nichts gegen diese Auffassung. Denn mag auch der Rücktrittsberechtigte zur beliebigen Verfügung über den empfangenen, ihm zu eigen gewordenen Gegenstand an sich wirklich befugt sein, so bleibt anderseits doch bestehen, daß er sich des Rücktrittsrechts selbst beraubt, wenn er sich auf die angegebene Art in zurechenbarer Weise zur Erfüllung seiner Zurückgewährungspflicht außerstand setzt. Das Verschulden im Sinne des § 351 hat überhaupt nichts mit einem pflichtwidrigen Verhalten gegen den Gegner zu tun, sondern nur mit einer zurechenbaren Unvorsichtigkeit in eigener Angelegenheit. Denn niemals hat das hier fragliche Verschulden eine Verpflichtung zum Schadensersatze, sondern stets nur die Einbuße eines eigenen Rechtes zur Folge. Es liegt mithin ein dem § 254 ähnlicher Fall vor (vgl. § 254 A 1). Auch für die Anwendbarkeit der Grundsätze von Treu und Glauben (Staudinger A 1) ist hier keine rechte Stelle. Der § 351 ist endlich gerade aus dem Gegensatze zu § 350 zu verstehen, aus dem Gegensatze nämlich zwischen der Vereitlung der Rückgewähr durch Zufall und einer solchen durch willkürlich herbeigeführte Ereignisse. In Gemäßheit des § 254 kann sich der Rücktrittsberechtigte durch den Nachweis entlasten, daß den andern Teil das überwiegende Verschulden trifft (RG 59, 93). Beispielsweise: der Berechtigte hat es zur zwangsweisen Versteigerung des Grundstücks kommen lassen (RG 56, 261), und er macht alsdann geltend, daß es an der mangelhaften Erfüllung des Gegners lag, wenn er außerstande war, die Hypothekenzinsen zu bezahlen. — Die Folgen des § 351 müssen auch dann eintreten, wenn der Rücktrittsberechtigte bei Verschuldung der wesentlichen Verschlechterung usw. in Unkenntnis von seinem Rücktrittsrechte gehandelt hat, eben deswegen, weil es sich hier überhaupt nicht um ein schuldhaftes Handeln im gewöhnlichen Sinne handelt (RG 56, 270; 59, 95). In der Art und Weise der Verfügung über die empfangene Sache kann möglicherweise ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht gefunden werden (RG 43, 69; JW 09, 685[5]). — Auch im Falle verschuldeten „Unvermögens" zur Zurückgewährung ist § 351 anwendbar (RG 50, 190; 56, 260; 59, 93; Warn 1913 Nr 190). A. M. Oertmann Anm 7; Staudinger Anm 2 zu § 354; Planck Anm 1a.

2. **Teilweiser Untergang.** Ob der Teil ein erheblicher ist, wird nach der Natur des Gegenstandes und nach seiner wirtschaftlichen Bestimmung zu beurteilen sein, unter Berücksichtigung des Interesses des Rücktrittsverpflichteten.

3. **Fremdes Verschulden.** Als „andere" kommen der gesetzliche Vertreter und die Erfüllungsgehilfen in Betracht. Als solche müssen hier auch diejenigen Personen gelten, deren sich der Berechtigte bei Bewahrung oder Erhaltung der Sache tatsächlich bedient hat, gleichgültig, zu welchem besondern Zwecke er ihnen den Gegenstand überlassen haben mag (Prot 6 S. 154, 155, 161, 163; vgl. auch § 278 A 5). Auch beim Verschulden des andern steht kein Verschulden im gewöhnlichen Sinne — als Pflichtwidrigkeit gegenüber dem Rücktrittsverpflichteten —, sondern ein Verschulden in der eigenen Angelegenheit des Rücktrittsberechtigten in Frage (A 1).

4. **Beweislast.** Der Rücktrittsverpflichtete hat die behauptete Verschlechterung, den Untergang usw., nachzuweisen, der Rücktrittsberechtigte muß alsdann sein angebliches Verschulden widerlegen oder aber das überwiegende Verschulden des andern dartun (RG 56, 261; JW 1911 39[20], betreffend das Wandlungsrecht). Vgl. auch die Ausführungen bei § 282.

§ 352

Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Berechtigte die empfangene Sache durch Verarbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat[1])[2]).

E I 430; M 2 283; P 2 794.

1. Hier handelt es sich um einen **Ausschluß des Rücktritts ohne Rücksicht auf Verschulden.** Wäre nur ein Teil der Sache verarbeitet oder umgestaltet worden (§ 950), so käme es, entsprechend der Bestimmung von § 351 Satz 2, darauf an, ob der Vorgang nach den Anschauungen des Verkehrs eine Umgestaltung der Sache im ganzen bewirkt hat. Handlungen von Hilfspersonen müßten dem Rücktrittsberechtigten unter entsprechender Anwendung des § 351 Satz 2 als seine eigene Handlung zugerechnet werden. — Die bauliche Umgestaltung eines Wohnhauses in ein Geschäftshaus bedeutet nicht ohne weiteres eine Umgestaltung im Sinne des § 352 (RG Warn 1916 Nr 131).

2. Darüber, inwieweit § 352 auch bei der Wandlung Platz greift, vgl. § 467.

§ 353

Hat der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil des Gegenstandes veräußert oder mit dem Rechte eines Dritten belastet, so ist der Rücktritt ausgeschlossen, wenn bei demjenigen, welcher den Gegenstand infolge der Verfügung erlangt hat, die Voraussetzungen des § 351 oder des § 352 eingetreten sind[1]).

Einer Verfügung des Berechtigten steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt[2]).

E I 430; M 2 283; P 2 794.

1. **Ausschluß des Rücktrittsrechts im Falle der Veräußerung oder Belastung.** Diese Bestimmung erweitert gegenüber § 351 a. E. den Kreis derjenigen Personen, deren Handlungsweise dem Rücktrittsberechtigten unmittelbar zuzurechnen ist. Denn danach soll dieser des Rücktrittsrechts auch dann verlustig gehen, wenn die Unmöglichkeit der Herausgabe des empfangenen Gegenstandes im Sinne des § 351, oder wenn die Verarbeitung oder Umbildung der empfangenen Sache nach § 352 von jemand herbeigeführt worden ist, der den Gegenstand oder die Sache im Wege einer dinglichen Verfügung des Rücktrittsberechtigten (Übereignung oder etwa Bestellung eines Nießbrauchs) erlangt hat. Es ist dabei unerheblich, ob die Verarbeitung oder Umbildung oder die Verschlechterung durch den nächsten Erwerber des Gegenstandes oder erst durch einen Nachmann verursacht worden ist, falls nur der Erfolg im Sinne der §§ 351, 352 auch dann bestehenbliebe, wenn der Vormann den Gegenstand oder die Sache zurückerwürbe. Wie im Falle des § 151 muß aber auch hier eine schuldhafte Handlungsweise des Dritten in Frage stehen. Daß die Veräußerung oder die Bestellung des dinglichen Rechtes nicht regelmäßig schon an und für sich und unbedingt das Rücktrittsrecht ausschließt, ist um deswillen anzunehmen, weil die Möglichkeit besteht, daß solche Vorgänge in Ansehung des Rücktrittsrechts einflußlos bleiben. Im Sinne des § 351 kann vielmehr die Veräußerung als Ausschließungsgrund überhaupt nur insofern in Betracht kommen, als durch sie die Unmöglichkeit der Herausgabe herbeigeführt wird (z. B. weil der Erwerber nicht zur Rückgabe verpflichtet ist, RG 56, 260; 51, 190, wo angenommen ist, daß auch die Zwangsversteigerung die Möglichkeit der Rückgewähr nicht ausschließt). Erwirbt daher der Berechtigte die Sache zurück, oder steht es auch nur fest, daß er sie zurückzuerwerben vermag, so bleibt die Tatsache der Veräußerung bedeutungslos. Sie wird jedoch erheblich, sobald feststeht, daß der Rückerwerb ausgeschlossen ist; denn nunmehr muß § 351 Platz greifen. Die Belastung der Sache mit dem Rechte eines Dritten würde gemäß § 351 insofern in Betracht kommen, als sie eine wesentliche Verschlechterung des Gegenstandes bewirkte. Aber auch dieser Erfolg läßt sich wieder beseitigen. Ob dies ausgeschlossen ist oder nicht, kann im übrigen nur nach dem Zustande zur Zeit der Ausübung des Rücktrittsrechtes beurteilt werden. Wenn Staudinger meint (§ 353 A 1 Abs 1 und § 354 A 2), daß es auf den Zeitpunkt ankommt, in dem der Rücktrittsberechtigte „seine Verpflichtung zur Rückgewähr erfüllen muß", so scheint das unzutreffend. Denn war einer der Gründe des § 351 schon im Augenblicke der Erklärung des Rücktritts gegeben, so war damit auch die Rücktrittsbefugnis ohne weiteres ausgeschlossen. Auch auf § 354 darf Staudinger sich nicht berufen. Denn diese Vorschrift setzt für ihre Anwendung einen bereits wirksam erklärten Rücktritt voraus (vgl. insbesondere § 354 Satz 2).

2. **Verfügung anderer als des Berechtigten.** Vgl. §§ 135, 161 Abs 1 Satz 2 und Vorbem 7 vor § 104.

§ 354

Kommt der Berechtigte mit der Rückgewähr des empfangenen Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles des Gegenstandes in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Der Rücktritt wird unwirksam, wenn nicht die Rückgewähr vor dem Ablaufe der Frist erfolgt[1]).

E I 430; M 2 283; P 6 160.

1. **Verzug des Berechtigten mit der Rückgewähr.** Voraussetzung ist, daß der Rücktritt wirksam erklärt war. Die Folge des Verzugs (§§ 284ff.), verbunden mit der fruchtlosen Fristsetzung (§ 250 A 1), ist, daß der Rücktritt nachträglich unwirksam wird. Auch die nur teilweise Leistung schließt jedoch die Verzugsfolge aus, wenn

durch sie ein erheblicher Teil zurückgewährt wird (§ 351 A 2). Vgl. auch § 326 A 4 und RG 50, 138, wonach die Fristsetzung, wie im Falle des § 326, dann entbehrlich ist, wenn der Rücktrittsberechtigte bestimmt erklärt hat, nicht zurückgeben zu können oder zu wollen. Das Unwirksamwerden des Rücktritts hat das Wiederinkrafttreten des Vertrags zur Folge.

§ 355

Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so kann dem Berechtigten von dem anderen Teile für die Ausübung eine angemessene Frist bestimmt werden. Das Rücktrittsrecht erlischt, wenn nicht der Rücktritt vor dem Ablaufe der Frist erklärt wird[1].

E I 432; M 2 284; P 1 796.

1. Dem Gegner dient beim Mangel einer Fristabrede für die Ausübung des Rücktrittsrechts die **Fristsetzung als Mittel,** tunlichst bald eine endgültige Entschließung des Berechtigten herbeizuführen. Mit dem fruchtlosen Ablaufe der angemessenen Frist erlischt sein Rücktrittsrecht ohne weiteres. Vgl. dazu die Ausführung zu der ähnlichen Bestimmung des § 250. Zulässig ist die Fristsetzung erst in dem Zeitpunkte, wo das Rücktrittsrecht ausgeübt werden konnte, also etwa erst nach Eintritt der Bedingung (RG JW 02, 10). — Ein weiterer Erlöschungsgrund kann sich aus Bewirkung der Leistung oder anderseits aus der Annahme der Gegenleistung und dem daraus zu entnehmenden Verzichte auf das Rücktrittsrecht ergeben (RG 43, 69; vgl. auch § 360 Anm, betreffs des Verzichts auf Geltendmachung der Verwirkungsklausel und § 357 Anm 1).

§ 356

Sind bei einem Vertrag auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt, so kann das Rücktrittsrecht nur von allen und gegen alle ausgeübt werden[1]). Erlischt das Rücktrittsrecht für einen der Berechtigten, so erlischt es auch für die übrigen[2]).

E I 433; M 2 284; P 1 796.

1. Grundsatz der **Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts.** Er besteht für alle Fälle, in denen am Vertrage, sei es auf der berechtigten Seite, sei es auf der Gegenseite, mehrere beteiligt sind, und dieser Grundsatz greift auch dann Platz, wenn es sich um mehrere Geschäfte handelt, die zusammen doch nur eine Einheit darstellen (RG SeuffA 74 Nr 26). Ob es sich um anteilsweise Berechtigung wie Verpflichtung (§ 420), oder um Gesamtschuldnerschaft (§ 427) bzw. Gesamtgläubigerschaft (§ 428), oder endlich um ein Verhältnis zur gesamten Hand (§§ 709, 2039) handelt, ist gleichgültig. Der Rücktritt kann auch dann nur von den sämtlichen bei einem einheitlichen Vertrage beteiligten Berechtigten ausgeübt werden, wenn die Beteiligung jedes einzelnen von ihnen nur bei einem bestimmten Teile des gesamten Geschäftes in Frage steht (RG 26. 1. 06 VII 409/05; 3. 7. 18 V 111/18).

2. Gemäß Satz 2 hat überdies das **Erlöschen des Rechtes für einen** der Berechtigten das Erlöschen **zum Nachteile aller Mitberechtigten** zur Folge. Auf den Erlöschungsgrund kommt es nicht an. — Daß umgekehrt das Erlöschen zugunsten eines Verpflichteten auch zum Vorteile der Mitverpflichteten wirkt, besagt das Gesetz nicht. Ob sich die Wirkung derart erstrecke und daher das Rücktrittsrecht gegebenenfalls überhaupt als erloschen gelten müsse, wird daher von Fall zu Fall je nachdem vermutlichen Parteiwillen zu entscheiden sein.

Der § 356 ist nicht auch bei der Kündigung anwendbar (RG 90, 330).

§ 357

Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt[1]), so ist der Rücktritt unwirksam, wenn der andere Teil sich von der Verbindlichkeit durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach dem Rücktritte die Aufrechnung erklärt[2]).

E II 306; P 1 367.

1. Ein Fall der sog. **Verwirkungsklausel** (lex commissaria; s. auch § 360), inhalts deren sich der eine Teil den Rücktritt (nicht nur ein Kündigungsrecht, § 346 A 1) für den Fall der Nichtleistung des andern Teiles vorbehält. Verträge, in denen sich der Gläubiger für den Fall nicht pünktlicher Zinszahlung das Recht zu vorzeitiger Kündigung vorbehält, sind nach Treu und Glauben dahin auszulegen, daß die Rechtsfolge nicht auch bei ausreichend ent-

schuldigter Säumnis eintritt (RG JW 08, 234[5]; 19. 6. 12 V 83/12). Derartige Bestimmungen sind nach Treu und Glauben (§§ 157, 242) dahin auszulegen, daß das aus ihnen entspringende Recht zur Vermeidung seines Erlöschens in angemessener Frist auszuüben ist und der Verpflichtete nicht in einem ihm besonders lästigen Schwebezustande belassen werden darf (RG Gruch 47, 398; Warn 08 Nr 283; JW 1912, 585[4]; 1915, 572[5]). Der Verlust des Rechts wird im zutreffenden Falle auch nicht dadurch gehindert, daß der Verpflichtete das unzeitgemäße Erfüllungsverlangen nicht sofort und unbedingt zurückweist, vielmehr noch um Nachsicht bittet (RG 13. 7. 18 V 92/18).

2. Vorausgesetzt ist, daß nicht bloß **der andere Teil** eine zur Aufrechnung geeignete Forderung hatte, sondern daß auch die Forderung des Berechtigten zur Zeit des Rücktritts schon aufrechnungsfähig war (§§ 387 ff.), der andere Teil aber unterlassen hat, von der Aufrechnung Gebrauch zu machen. Unter diesen Umständen macht noch die **nachträgliche unverzügliche (§ 121) Erklärung der Aufrechnung** (§ 388) den Rücktritt von Anfang an **unwirksam**, und der Vertrag tritt somit wieder in Kraft.

§ 358

Hat sich der eine Teil den Rücktritt für den Fall vorbehalten, daß der andere Teil seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, und bestreitet dieser die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht[1]).

E I 434; M 2 284; P 1 797.

1. Diese **Beweisverteilung** entspricht der des § 345. Der Berechtigte hat das Rücktrittsrecht zu beweisen (vgl. § 158 Anm 7a) und die Nichterfüllung seitens des Verpflichteten zu behaupten; der letztere muß demgegenüber die Erfüllung beweisen (RG Warn 1913 Nr 222). Geht die Verpflichtung auf eine Unterlassung, so liegt dem Berechtigten auch der Beweis hinsichtlich der Zuwiderhandlung ob. Vgl. dazu auch § 345 A 1.

§ 359

Ist der Rücktritt gegen Zahlung eines Reugeldes vorbehalten, so ist der Rücktritt unwirksam, wenn das Reugeld nicht vor oder bei der Erklärung entrichtet wird und der andere Teil aus diesem Grunde die Erklärung unverzüglich zurückweist. Die Erklärung ist jedoch wirksam, wenn das Reugeld unverzüglich nach der Zurückweisung entrichtet wird[1])[2]).

E I 435; M 2 285; P 1 797.

1. **Rücktritt gegen Reugeld** (Wandelpön, § 336 A 2). Das Gesetz macht hier die Wirksamkeit des Rücktritts grundsätzlich davon abhängig, daß der Rücktrittsberechtigte das Reugeld spätestens gleichzeitig mit der Erklärung entrichtet. Aber dabei begünstigt es doch den Berechtigten; denn es läßt seinen Rücktritt auch ohne Erfüllung der gesetzlichen Bedingung von vornherein wirksam sein, falls der Gegner unterläßt, die Erklärung wegen mangelnder Zahlung unverzüglich (§ 121) zurückzuweisen. Und selbst im Falle dieser Zurückweisung bleibt der Rücktritt noch wirksam, wenn die Zahlung wenigstens nunmehr unverzüglich nachgeholt wird. — Der Verfall des Reugeldes kommt nur bei Ausübung des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts in Frage; dagegen nicht auch, wenn der Rücktritt gemäß § 326 erklärt wird (RG JW 1913, 918[4]).

2. **Die Beweislast** verteilt sich dahin, daß der Rücktrittsberechtigte, der die unbedingte Wirksamkeit des Rücktritts geltend machen will, die Rechtzeitigkeit der Zahlung nachzuweisen hat. Gelingt ihm dieser Beweis, so ist jeder Einwand des Gegners ausgeschlossen. Gelingt der Beweis dem Berechtigten nicht, so steht dem Gegner der Einwand offen, daß er die Erklärung zurückgewiesen habe, und insoweit ist er beweispflichtig. Mißglückt dem Gegner dieser Beweis, dann ist das Fehlschlagen des Hauptbeweises unschädlich geworden. Glückt dem Verpflichteten dagegen der Beweis seines Einwandes, dann verbleibt dem Berechtigten noch die Möglichkeit, zu beweisen, daß er die Zahlung unverzüglich nachgeholt hat (a. M. Oertmann A 3 und anscheinend auch Staudinger A 5).

§ 360

Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit

nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritte dieses Falles zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt[1]).

E 436; M 2 285; P 1 798.

1. **Der Vorbehalt der Verwirkung** (lex commissaria) für den Fall der Nichterfüllung hat die doppelte Folge, daß der **Schuldner** im Falle der Nichtleistung **seines Vertragsrechts verlustig** geht und daß der **Gläubiger zum Rücktritte berechtigt** ist. Macht der Gläubiger davon keinen Gebrauch, so bleibt das Vertragsverhältnis im ganzen wirksam. Dies aber auch schon dann, wenn der Gläubiger so lange Zeit hindurch Nachsicht geübt hat, daß er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wäre, falls er nunmehr von dem Vorbehalte Gebrauch machen wolle, den Schuldner hiervon zuvörderst in Kenntnis zu setzen (RG Gruch 47, 398; Warn 1912 Nr 162; JW 1912, 385[4]; 1915, 572[5]). Ohne weiteres erlischt das Schuldverhältnis bei ausbleibender Erfüllung niemals, da es andernfalls in die Hand des Schuldners gegeben wäre, einen ihm unliebsamen Vertrag durch Leistungsverzug zu beseitigen. Ist eine Rücktrittsfrist nicht verabredet worden, so kann der Berechtigte vom Rücktrittsrechte gemäß § 360 wirksam nur innerhalb einer angemessenen Frist Gebrauch machen (RG Warn 08 Nr 283; 1913 Nr 223); denn das aus der kassatorischen Klausel entspringende Recht des Gläubigers darf nicht zu einem für den andern Teil besonders lästigen Schwebezustand führen. Der Berechtigte muß vielmehr sein Recht auf sofortige Kündigung bei Verlust dieses Rechtes binnen angemessener Frist ausüben (RG JW 08, 550[11]; 1912, 385[4]). Macht der Gläubiger von dem Rücktrittsrechte Gebrauch, so greift demnächst der Grundsatz von der gegenseitigen Rückgabeverpflichtung nach § 346 Platz. Ausgeschlossen ist jedoch im allgemeinen nicht die Abrede, daß die bisherigen Leistungen des Schuldners dem Gläubiger verfallen sein sollen. Alsdann läge in Ansehung der Verfallklausel zugleich ein Strafgedinge vor (vgl. RG 68, 42; JW 1914, 527[4]), das gemäß § 339 nur im Falle des Verzugs wirksam werden dürfte, während die Ausübbarkeit des bloßen Rücktrittsrechts je nach dem Sinne der Abrede möglicherweise schon durch die Tatsache der Nichterfüllung begründet sein könnte. Ist ein Rechtsnachteil, insbesondere der Verlust eines Anspruchs, an den Fall einer Fristversäumung geknüpft, wobei es sich stets um eine Verwirkungsklausel handelt, dann wird es sich in der Regel nicht um eine Verjährungsfrist, sondern um eine Ausschlußfrist handeln, so daß die Versäumung der Frist regelmäßig nicht eine bloße Einrede erzeugt, sondern den Anspruch des Verpflichteten ohne weiteres erlöschen läßt (RG 10. 7. 11 V 119/11, teilweise abgedruckt JW 1911, 805[6]). Ist an die Nichteinhaltung von Nachsichtsfristen die sofortige Fälligkeit oder Kündbarkeit des Darlehns geknüpft, dann tritt diese Folge im Zweifel nur bei Verschulden des Verpflichteten ein (RG Warn 1913 Nr 223). Ein gleiches ist entsprechend namentlich auch für Versicherungsverträge angenommen (RG 62, 191; 69, 176; 70, 44; JW 1911, 805[6]). Die Beweislast trifft alsdann den Verpflichteten für das behauptete Nichtverschulden. Überhaupt setzt die Verfallklausel regelmäßig Verzug und Verschulden voraus (RG JW 1919, 570[4]; Warn 1919 Nr 161), so daß es zur Hinderung der Folgen in der Regel genügt, wenn der Verpflichtete (beispielsweise der Mieter) ohne Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt glauben durfte, er sei zur Zurückhaltung seiner Leistung berechtigt (RG JW 1916, 1584[3]; Gruch 57, 928; Warn 1913 Nr 223 und 1917 Nr 48). So genügt es auch, wenn ein Pächter nachweist, daß er rechtzeitig in der Wohnung des Verpächters hat zahlen wollen, einen Empfangsberechtigten jedoch nicht angetroffen habe; alsdann kommt gerade der Verpächter in Annahmeverzug (RG Warn 1913 Nr 355). Vgl. ferner § 242 Anm 1 Abs 2 und § 357 Anm 1. Ist mit einem einseitigen Verkaufsangebote mit bestimmter Bindungsfrist für den Antragenden die Abrede verbunden worden, daß der vom Antragsgegner auf den Preis angezahlte Betrag dem Antragenden als Entgelt für seine Bindung verfallen sein solle, falls das Angebot nicht rechtzeitig angenommen werde, dann tritt der Verfall nicht ein, wenn der Antragsgegner an der rechtzeitigen Annahme durch Umstände gehindert wurde, die er nicht zu vertreten braucht (RG 95, 199; vgl. dazu auch § 343 Anm 2). Es kann aber einer Abrede im Sinne des § 360 auch die Bedeutung beigelegt werden, daß die Verwirkung auf Grund der Unterlassung schlechthin erfolgt (RG 92, 391). Es handelt sich hierbei um eine Frage der Auslegung. — In der Annahme der verspäteten Leistung liegt nicht schon ein Verzicht des Berechtigten auf die Geltendmachung der Verwirkung (RG JW 03 Beil 23[47]); möglicherweise aber darin, daß er sein Recht nicht alsbald ausübt (RG JW 08, 234[5]). — Der § 5 des AbzG verbietet die Verfallklausel. Die Vereinbarung bei einem Abzahlungsgeschäfte, daß die ganze Restschuld fällig werden solle, wenn der Käufer mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Teilzahlungen in Verzug gerät, ist jedoch nur insoweit ungültig, als die Abrede über die nach § 4 Abs 2 des AbzG zulässige Grenze hinausgeht (RG 64, 94). — Ist dem Gläubiger nur das Recht der Vertragsauflösung für die Zukunft vorbehalten, so handelt es sich nur um ein Kündigungsrecht (§ 346 A 1).

§ 361

Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll[1]), so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Teil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt[2]).

E 361; M 2 199; P 1 626, 640.

1. Das **Fixgeschäft.** Es liegt nur dann vor, wenn die bestimmte Erfüllungszeit zu einer Geschäftsbedingung des Inhalts erhoben worden ist, daß mit ihrer Einhaltung oder Versäumung das Geschäft stehen und fallen, eine nachträgliche Erfüllung mithin überhaupt nicht mehr als Vertragserfüllung gelten soll (RG 51, 347; Gruch 46, 904). Der Charakter des Geschäfts muß entweder durch Ausdrücke wie „genau, präzis, prompt" hervorgehoben sein, oder aus dem Vertragsinhalte, den begleitenden Umständen, der Natur des Geschäfts deutlich erhellen; andernfalls ist der Charakter von dem ihn Behauptenden zu beweisen (RG 25. 4. 07 VI 421/06). Beschränkt ist die Vorschrift auf gegenseitige Verträge. Auch bei einem nicht eigentlichen Fixgeschäfte können jedoch die Parteien der festgesetzten Erfüllungszeit (Abruf bis) eine so wesentliche Bedeutung beigemessen haben, daß der Käufer bei Versäumung der Frist (Abrufsfrist) nachträglich die Erfüllung nicht mehr fordern, der Verkäufer vielmehr ohne weiteres vom Vertrage abgehen kann, es liegt hier indes nicht eine Zeitbestimmung mit der Wirkung des § 163 vor (RG Warn 1916 Nr 273 u. 221).

2. Der Berechtigte soll auch hier (§ 360) mangels eines erkennbaren andern Parteiwillens gegebenenfalls **nur als rücktrittsberechtigt** gelten. Daraus folgt, daß, wenn der Berechtigte schweigt (§ 349), der Vertrag bestehenbleibt, und dem Berechtigten im Falle der Erfüllung ein Anspruch auf Schadensersatz nur bei wirklichem Verzuge gemäß § 286, ein Ersatzanspruch aber wegen Nichterfüllung nur unter den Voraussetzungen des § 326 Abs 1 zustehen kann. — Besonders geregelt ist das Fixgeschäft im Handelsrechte gemäß § 376 HGB. Nach dieser Bestimmung hat das Schweigen des Berechtigten gerade zur Folge, daß er den Anspruch auf die Leistung verliert. Vgl. endlich § 18 KO.

Dritter Abschnitt

Erlöschen der Schuldverhältnisse

Erster Titel

Erfüllung

§ 362

[1]) **Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird[2]).**

Wird an einen Dritten zum Zwecke der Erfüllung geleistet, so finden die Vorschriften des § 185 Anwendung[3]) [4]).

E I 263, 266; M 2 77; 1 333.

1. Ein **Schuldverhältnis,** seiner Natur nach auf das Endliche gerichtet (Vorbem 2 vor § 241), kann erlöschen: einmal unabhängig vom Willen der Beteiligten kraft äußerer Vorgänge; so durch das unvertretbare Unmöglichwerden der Leistung (§§ 275 ff.), durch den Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs 2), den Tod eines der Beteiligten (in Fällen höchstpersönlicher Leistungen, §§ 673, 727, 672); ferner aber infolge eines Rechtsgeschäfts der Beteiligten, und zwar eines zweiseitigen oder eines einseitigen. Dahin gehören einerseits der Aufhebungsvertrag (contrario consensu, § 305 A 1), der Erlaß und die negative Anerkennung im Sinne des § 397, anderseits die Anfechtung (§ 142), der Rücktritt, der Widerruf, die Kündigung (§ 346 A 1). Ein natürliches, bestimmungsmäßiges Ende erreicht ein Schuldverhältnis jedoch allein durch die Erfüllung. So ist es auch zu verstehen, wenn das Gesetz in dem vorliegenden Abschnitte von der Erfüllung ausgeht.

2. Als **Erfüllung** kommt in erster Linie die Leistung des Geschuldeten in Betracht (ejus quod debetur). Sie läßt das Schuldverhältnis ohne weiteres erlöschen, während bei den sonstigen Erfüllungsarten, den sog. Ersatzleistungen, dazu noch etwas Weiteres hinzukommen muß, nämlich die entsprechende Willenseinigung der Parteien (§ 364 Abs 1). Eine Ausnahme

von dem Grundsatze des § 362 macht nur die Wechselschuld insofern, als hier trotz der Zahlung die Forderung weiterbesteht, wenn nicht auch die Urkunde zerstört oder auf sie der Quittungsvermerk gesetzt wird (RG 61, 5). Durch die Erfüllung erlischt das Schuldverhältnis auch endgültig, so daß eine nachträgliche Abrede, wonach die Erfüllung (Zahlung) rückgängig gemacht sein soll, nur ein neues Schuldverhältnis begründen kann. Bei einer Hypothek jedoch muß sich der Eigentümer, der gezahlt und hierdurch die entstandene Eigentumsgrundschuld erworben hat, so behandeln lassen, als wäre die Tilgung nicht erfolgt (RG 17. 5. 11 V 476/10). Vgl. auch § 397 A 1, betreffend Neubegründung einer erlassenen Schuld.

Eine besondere Beachtung verdient die Natur des **Erfüllungsgeschäfts** selbst. Es kommt zustande durch Bewirkung der Leistung, und daher ist das, was das Erlöschen des Schuldverhältnisses unmittelbar bewirkt, lediglich die Tatsache der Leistung. Da sich die Leistung jedoch, rein äußerlich betrachtet, meist durch Geben und Nehmen vollzieht, so kann es den Anschein haben, als schlössen diese beiden Vorgänge einen Vertragsschluß in sich (vgl. über die hierüber herrschenden verschiedenartigen Theorien Oertmann A 4 bei § 362 sowie Staudinger A 2 der Vorbem vor § 362). Eine solche Auffassung entspricht aber weder dem Gesetzeswortlaute noch der Natur der Sache. Sie ist schon deswegen abzulehnen, weil der Gläubiger, der das ihm Geschuldete zum Zwecke der Erfüllung erhält und annimmt, seinen Anspruch notwendig einbüßt, gleichgültig, ob er damit einverstanden ist oder nicht, ja selbst wenn er etwa ausdrücklich dagegen Widerspruch erhöbe (§ 363). Überdies aber setzt die Erfüllung nicht einmal notwendig ein „Anbieten“ und „Annehmen“ der Leistung von seiten der Gläubigers voraus, da es Fälle gibt, wo die Leistung bewirkt werden kann, ohne daß der Gläubiger dabei mitzuwirken braucht (das Nähere darüber unten Abs 3). Das Erlöschen des Anspruchs kann hier also nicht auf einer Willenseinigung beruhen (RG JW 07, 509[8]; vgl. auch § 378), und demgemäß stellt das Angebot des Schuldners nur eine Erklärung dar, die es dem Gläubiger kundtut, daß mit der Leistung die gewisse Schuld erfüllt werden soll (RG 12. 3. 08 IV 330/07), wie anderseits die etwaige Annahmeerklärung des Gläubigers nur die Annahme der Leistung als Erfüllung äußerlich feststellt (§§ 341, 363 A 2). — Eine von den erörterten Fragen völlig verschiedene ist die, wie sich bei der Leistung die Vermögensverschiebung (§ 1251 b) vollzieht. Diese erfordert allerdings ein zur Rechtsübertragung an sich geeignetes Rechtsgeschäft, mithin den dinglichen Vertrag (§§ 398, 873, 929, 1205). Wenn indessen mit Rücksicht hierauf zugleich erwogen wird, „der Gläubiger, der Eigentum überhaupt nicht erwerben wolle, hindere damit auch das Zustandekommen der Leistung“, so ist das nicht zutreffend. Ein stiller Vorbehalt des Gläubigers wäre unfraglich bedeutungslos (§ 116). Nimmt aber der Gläubiger die Leistung als Erfüllung überhaupt an — was Tatfrage ist —, dann wird sie bewirkt, selbst wenn der Gläubiger sich gegen den Eigentumserwerb als solchen verwahren sollte. Nimmt der Gläubiger endlich aber die Leistung aus dem besondern Grunde, weil er das Eigentum nicht erwerben will, überhaupt nicht an, so kommt es auch nicht zur Bewirkung der Leistung, und dann hindert gerade dieser Umstand, nicht aber der Beweggrund, aus dem der Gläubiger gehandelt hat, das Erlöschen des Schuldverhältnisses. — Die weitere Frage, ob die Vornahme der Leistung wenn nicht ein Vertrag so doch ein Rechtsgeschäft sei, läßt sich allgemein ebenfalls nicht bejahen. Entscheidend ist vielmehr die Art der Leistung, und diese kann ebensowohl in einer rein tatsächlichen Handlung, so einer tatsächlichen Dienstleistung, bestehen, wie auf Herbeiführung eines Rechtserfolgs gerichtet sein. — Mit der letzterörterten Frage hängt zugleich die weitere zusammen, ob für die Wirksamkeit der Leistung Geschäftsfähigkeit des Schuldners Bedingung ist; denn auch das hängt von der Art der Leistung ab, nämlich davon, ob es sich um eine Leistung handelt, die an sich Geschäftsfähigkeit erfordert, oder ob das Gegenteil der Fall ist. Maßgebend sind im letzten Ende die allgemeinen Grundsätze der §§ 104 ff. Wie übrigens der Mangel der Geschäftsfähigkeit, so kann auch mangelnde Verfügungsbefugnis der Leistung ihre Wirksamkeit nehmen (vgl. insbesondere die §§ 6, 7 KO; RG 38, 40).

Leistung an den Gläubiger. Nach der Vorschrift des Gesetzes muß die Leistung regelmäßig (vgl. A 3) an den Gläubiger (§ 241) bewirkt werden, während es kein allgemeines Erfordernis ist, daß sie gerade vom Schuldner ausgeht (§ 267). Die zuvor bezeichnete Regel ist indessen nicht so zu verstehen, daß die Leistung unter allen Umständen dem Gläubiger auch angeboten werden muß. Handelt es sich beispielsweise nach Inhalt des Schuldverhältnisses um die Vornahme einer Handlung, bei welcher die Mitwirkung des Gläubigers überhaupt unnötig ist, so braucht sie auch nicht „an“ ihn zu geschehen oder ihm gegenüber vorgenommen zu werden (z. B. Erfüllung eines Beförderungsauftrags oder Zahlung an einen zur Empfangnahme im Vertrage bestimmten Dritten). Das Wesentliche der Regel liegt nur in dem Gedanken, daß die Leistung nur dann befreiend wirken kann, wenn der Gläubiger durch sie befriedigt wird. Ob der Gläubiger geschäftsfähig sein muß, hängt davon ab, ob seine Mitwirkung bei der Leistung erforderlich ist. Fehlt ihm endlich die Befugnis, über die Forderung zu verfügen, so hindert auch dies die Wirkung der an ihn geschehenen Leistung als Erfüllung

(§§ 1984, 829 ZPO, § 7, aber auch § 8 KO). Es könnte für den Schuldner, dessen Leistung ihren Zweck nicht erreicht hat, alsdann nur ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger entstanden sein. Welche Folgen hat es schließlich, wenn der Gläubiger (unberechtigt) die Annahme der Leistung ablehnt? Die Antwort hierauf geben einerseits der § 293 über den Annahmeverzug und anderseits die §§ 372ff. über das Hinterlegungsrecht des Schuldners. Keine dieser Folgen würde jedoch eintreten können, wenn die angebotene Leistung zur Erfüllung ungeeignet war; denn dann handelte es sich überhaupt nur um einen untauglichen Leistungsversuch. Was im übrigen zur gehörigen Erfüllung gehört, ist bereits unter den §§ 266, 269, 271 und 320 erörtert worden. Kurz zusammenfassend sei nur noch gesagt, die angebotene Leistung muß nach Umfang wie Beschaffenheit vollständig gewesen und das Angebot muß am rechten Orte und zur rechten Zeit erfolgt sein.

3. **Leistung an einen Dritten.** Eine Leistung, die an einen andern als den Gläubiger erfolgt, ist für diesen gleichwohl ohne weiteres wirksam, wenn sie mit seiner im voraus erklärten Einwilligung (§ 183) bewirkt wurde, sonst aber wird sie wirksam, wenn die Voraussetzungen der nachträglichen Genehmigung oder namentlich die des § 185 Abs 2 erfüllt werden (vgl. des näheren § 185). Daß die Leistung an einen Stellvertreter des Gläubigers oder an einen Dritten, dessen Befugnis zur Annahme für den Gläubiger schon im Vertrage ausgemacht worden ist (solutionis causa adjectus), den Schuldner befreit, ist selbstverständlich und wird vom Gesetze nicht besonders ausgesprochen. Endlich wären hier noch zu berücksichtigen die Sonderfälle der §§ 407, 408, 1074, 1077, 1281, 1282 sowie § 835 ZPO.

4. Eine hervorragend wichtige Rolle als Erfüllung spielt die **Zahlung.** Sie setzt voraus eine Geldschuld und eine Geldleistung zum Zwecke ihrer Tilgung (Zahlung im engeren Sinne). Erfolgt die Zahlung im voraus, jedoch in Erwartung der künftigen Gegenleistung, dann handelt es sich um eine Vorauszahlung, die gegebenenfalls mit der Bereicherungsklage zurückgefordert werden kann, nicht aber um ein Darlehn, da ein solches credendi und nicht solvendi causa gewährt wird (RG JW 1912, 684[8]). — Über die Begriffe Geldschuld und Geld vgl. die Ausführungen unter § 244. — Die Überweisung des Schuldbetrags auf das Girokonto bei der Reichsbankstelle mittels eines roten Schecks kann jedenfalls nicht schon im Augenblicke des Eingehens des Schecks bei der Bankstelle als Zahlung gelten (RG 30. 6. 08 II 68/08). — Eine besondere Streitfrage ist es, ob der Gläubiger eine **Zahlung mit Vorbehalt** anzunehmen verpflichtet ist. Wenn der Schuldner mit dem Vorbehalte das Bestehen einer Verbindlichkeit überhaupt leugnen und die Zahlung nur als eine bedingte gelten lassen will, dem Gläubiger mithin noch den Beweis seines Forderungsrechts zumutet, dann handelt es sich überhaupt nicht um ein gehöriges Leistungsangebot im Sinne des § 362, und unter solchen Umständen braucht der Gläubiger das Angebot auch nicht anzunehmen. Die Annahme, daß der Gläubiger auch die mit Vorbehalt angebotene Zahlung zur Vermeidung des Annahmeverzugs unter allen Umständen annehmen müsse, kann nicht gebilligt werden. Nimmt aber der Gläubiger die ihm nur unter der Bedingung, daß er das Bestehen seines Forderungsrechts nachweisen werde, angebotne Zahlung an, dann unterwirft er sich damit zugleich der ihm vom Gegner zugemuteten Beweislast (RG 30, 174). Ist freilich der Vorbehalt so zu verstehen gewesen, daß dem Zahlenden der Nachweis des Nichtbestehens der Forderung vorbehalten sein und die Zahlung sonach nur als unter der Resolutivbedingung des Gelingens jenes Nachweises als erfolgt gelten solle, dann trifft den Zahler die Beweislast (RG 7 S. 184 u. 186; 79, 142). Falls dagegen der Schuldner seine Verbindlichkeit an sich nicht bestreitet, die Zahlung bedingungslos leisten will und sich anderseits nur einen Rückforderungsanspruch aus dem Gesichtspunkte der Bereicherung des Gegners oder die Ausführung von Gegenrechten (des Leistungsverweigerungsrechts oder der Aufrechnung) vorbehält, namentlich um sich gegen die Anwendung des § 814 zu schützen, dann hat der Gegner kein anerkennenswertes Interesse an der Ablehnung (RG Warn 1914 Nr 240). In solchen Fällen wirkt auch die erfolgte Zahlung trotz des Vorbehalts als Erfüllung (RG 7, 184; Gruch 59, 466). Hat der Gläubiger auf den vom Schuldner beim Angebote der Zahlung erklärten Vorbehalt damals erweislich kein Gewicht gelegt, sondern die Annahme aus andern Gründen abgelehnt, dann kann er den Annahmeverzug auch nachträglich nicht unter Hinweis auf jenen Vorbehalt beseitigen (RG 18. 10. 11 V 100/11). Der vom Schuldner unter Bestreiten der Forderung bei der Zahlung gemachte Vorbehalt schließt die Anwendung des § 814 aus (RG 18. 11. 07 VI 50/07). — Hat der Schuldner **auf Grund staatlichen Zwanges** leisten müssen, und hat daher sein Vorbehalt überhaupt keine wesentliche Bedeutung, dann ändert sich an der bestehenden Beweislast überhaupt nichts (RG 26, 55; 30, 174). Zahlt der Schuldner, nachdem er zur Zahlung unter Vorbehalt seiner weiteren Rechtsverteidigung verurteilt worden, nunmehr unter Vorbehalt, dann wird der Kläger seinen auf Zahlung gerichteten Antrag auf Erlaß eines Urteils ohne Vorbehalt ändern müssen. Die im Wege der Zwangsvollstreckung erfolgte Wegnahme und Ablieferung des Geldes hat das endgültige Erlöschen des Schuldverhältnisses erst mit der Rechtskraft des Urteils zur Folge (RG 63, 332).

§ 363

Hat der Gläubiger eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen, so trifft ihn die Beweislast, wenn er die Leistung deshalb nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei[1])[2]).

E I 367; M 2 204; P 1 636.

1. Hat der **Gläubiger die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen,** so liegt die Sache (RG 53, 161; 57, 105) jedenfalls äußerlich so, als wäre die Schuld getilgt und das Schuldverhältnis gemäß § 362 erloschen. Diese Wirkung kann jedoch gemäß § 362 in Wirklichkeit nur dann eintreten, wenn die „geschuldete Leistung" (§ 362 Abs 1) bewirkt worden ist, und daher stehen dem Gläubiger, der die geschuldete Leistung empfangen zu haben bestreiten will, die sämtlichen Rechtsbehelfe, die das Gesetz bei ausbleibender Erfüllung sowie gegenüber einer nicht gehörigen Erfüllung überhaupt bietet, auch noch nach Empfang der Leistung zur Seite. Denn durch die Annahme der Leistung (Ware) als Erfüllung wird die Leistung (Ware) nicht zugleich als eine vertragsmäßige genehmigt (RG 66, 282; 71, 23); die Annahme als „Erfüllung" bedeutet vielmehr lediglich die Entgegennahme der Leistung auf Grund des Vertrags (RG Warn 1912 Nr 40), allein mit dem Willen, die Leistung der Hauptsache nach als eine vertragsmäßige Erfüllung gelten zu lassen (RG 57, 339; Warn 1912 Nr 201). Die tatsächliche Vermutung, daß erfüllt sei, steht nach erfolgter Annahme jedoch dem Gläubiger — da er die Leistung als Erfüllung einmal hat gelten lassen — infolge seines eigenen Verhaltens entgegen, und so legt ihm das Gesetz gegebenenfalls ausdrücklich die **Beweislast** dahin auf, daß die Leistung zur Erfüllung nicht geeignet war. Danach gestaltet sich aber **die Beweislage** im ganzen dahin: **a)** Der Schuldner, der die Erlöschung des Schuldverhältnisses durch Erfüllung behaupten will, muß nachweisen, entweder, daß er wirklich die „geschuldete Leistung" bewirkt hat (§ 362), oder wenigstens, daß der Gläubiger die ihm als Erfüllung angebotene Leistung als solche angenommen hat. Gelingt dem Schuldner auch nur dieser letztere Beweis, so liegt nunmehr **b)** dem Gläubiger der Gegenbeweis ob, daß ihm etwas anderes als das Geschuldete gewährt worden, oder aber daß die angenommene Leistung mangelhaft war (RG 66, 281; Warn 1910 Nr 374), und daß der Schuldner das zu vertreten habe (RG 57, 400; 66, 281; Warn 1910 Nr 425). Denn der § 363 findet auch im Falle nur mangelhafter Leistung Anwendung, und zwar bei allen Schuldverhältnissen (RG Gruch 55, 91). Vor dieser Beweislast vermögen den Gläubiger auch nicht Vorbehalte zu schützen, da solche allein im Sinne der §§ 464, 640 Abs 2, nicht aber auch hinsichtlich der Beweislast von Bedeutung sind (RG JW 07, 509[8] u. [9]). Die Annahme im Sinne des § 363 würde nur durch einen Vorbehalt des Inhalts ausgeschlossen werden, daß der Gläubiger (Käufer) für Rechnung des Gegners (Verkäufers) als dessen Geschäftsführer handeln wolle (RG 71, 23). Vorbehalte wären überdies auch unwesentlich, weil dem Gläubiger seine Rechtsbehelfe auch ohne einen Vorbehalt verbleiben. Seine Annahmeerklärung braucht der Gläubiger auch nicht erst durch Anfechtung besonders zu beseitigen, da das Gesetz überhaupt nicht auf dem Standpunkte steht, daß durch das Angebot und durch die Annahme der Leistung ein Vertrag begründet wird (vgl. § 362 A 2). Wie in § 341 unter „Annahme der Erfüllung" und in § 640 unter „Abnahme", so versteht das Gesetz auch im Falle des § 363 unter der „Annahme" nur einen tatsächlichen Vorgang, dessen Bedeutung je nach den Umständen des Falles zu beurteilen ist (RG 57, 337; 59, 378; 66, 284; 71, 23). Aus dem Umstande allein, daß der Gläubiger die Leistung empfangen und einstweilen geschwiegen hat, folgt übrigens nicht ohne weiteres, daß er die Leistung als Erfüllung angenommen hat (RG 66, 284). Insbesondere dann nicht, wenn der Gläubiger eine ihm gelieferte Ware vorerst nur zum Zwecke ihrer Untersuchung angenommen hat (§ 377 HGB). In § 378 HGB wird sogar davon ausgegangen, daß, wenn offensichtlich ein anderes als die geschuldete Sache geliefert worden, die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen zu erachten ist. — Der § 363 findet auch auf Werkverträge, die die Herstellung einer nicht vertretbaren Sache zum Gegenstande haben, Anwendung; der § 640 Abs 2 steht dem nicht entgegen (RG Warn 1910 Nr 374). — Eine besondere Beweisregel gibt der § 442, falls es sich um Mängel im Rechte handelt.

2. Die **Rechtsbehelfe des Gläubigers,** der die als Erfüllung angenommene Leistung als Erfüllung demnächst nicht gelten lassen will, richten sich nach der Sachlage. Im Falle des Kaufes insbesondere hat der Käufer von seinen Rechtsbehelfen aus § 440 auch unter den Voraussetzungen des § 363 materiell nichts eingebüßt, da diese Bestimmung lediglich eine Beweisregel gibt (RG 57, 399; 66, 282; Gruch 55, 91; JW 07, 509[8] u. [9]). Ist etwas anderes als das Geschuldete gewährt, so ist in Wirklichkeit überhaupt noch nicht erfüllt, und der Gläubiger kann daher jetzt noch die Erfüllung verlangen. Ist in der Hauptsache zwar erfüllt worden, aber noch unvollständig, so kann die Nachgewährung des Fehlenden gefordert werden. Unter einer „unvollständigen Leistung" ist auch eine mangelhafte Leistung zu verstehen

(RG 66, 281; 57, 399; 52, 355; 53, 92, wonach die Lieferung einer fehlerhaften Ware bei deren Zurückweisung durch den Käufer vollständige Nichterfüllung bedeutet, und Gruch 55, 91). Des weiteren kommen bei einer Leistung, die der Beschaffenheit nach mangelhaft ist, die Gewährleistungsansprüche nach den §§ 459ff., 480, 491, 640 in Frage (RG 57, 399). Vgl. § 320 A 6. Ein Anspruch auf Schadensersatz endlich regelt sich nach der allgemeinen Bestimmung des § 276 sowie nach § 463. Geltend gemacht werden die Rechtsbehelfe entweder durch Klage oder durch Einrede in Form der Einrede des nicht oder nicht gehörig erfüllten Vertrags, unter Umständen auch im Wege der Zurückbehaltung oder der Leistungsverweigerung gemäß den §§ 273, 320.

§ 364

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger eine andere als die geschuldete Leistung an Erfüllungs Statt annimmt[1]).

Übernimmt der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, daß er die Verbindlichkeit an Erfüllungs Statt übernimmt[2]).

E I 364; M 2 82; P 1 333.

1. **Leistung an Erfüllungs Statt.** Ein Schuldverhältnis kann grundsätzlich auch dadurch zum Erlöschen gebracht werden, daß etwas anderes als das Geschuldete gewährt wird, aber dann nur unter der Bedingung, daß Gläubiger und Schuldner über diese Art der Tilgung des Schuldverhältnisses einverstanden sind (§ 362 A 1). In diesem Falle liegt Erfüllung mittels eines Ersatzmittels und eine Leistung „an Erfüllungs Statt" vor. Geeignet als solche Ersatzmittel sind Leistungen aller Art, Handlungen, Übereignungen von Sachen, Rechten, Forderungen, endlich aber auch die Begründung eines neuen Schuldverhältnisses an Stelle des alten mit der Abrede, daß hierdurch das letztere getilgt und erloschen sein soll, Umschaffung (Novation) (vgl. darüber § 305 A 2). Eine solche Umschaffung zum Zwecke der Erfüllung der alten Schuld ist auch nach dem BGB möglich (RG SeuffA 62 Nr 202), aber es besteht hierfür keine besondere hierauf gerichtete Vermutung; es ist vielmehr gemäß Abs 2 die Abmachung zu beweisen (RG 12. 2. 08 V 278/07). Zutreffendenfalls hat die Umschaffung die volle Wirkung der Erfüllung, so daß mit der Hauptschuld insbesondere auch die Nebenrechte (Bürgschaften, Pfandrechte) ohne weiteres untergehen (RG JW 03 Beil 96[219]; vgl. aber anderseits § 356 HGB).

2. Abs 2 stellt für den besondern Fall, daß der **Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt,** eine Vermutung dahin auf, daß damit nicht zugleich eine Übernahme an Erfüllungs Statt beabsichtigt sei. Daher wird bei Geltung der Vermutung (die auch durch eine Quittungsleistung nicht beseitigt ist; RG Warn 1911 Nr 13) oder bis zu ihrer Widerlegung die alte Verbindlichkeit durch die neu übernommene im Zweifel noch nicht berührt, und die Folge davon ist also, daß der Gläubiger nunmehr über zwei Forderungsrechte verfügen kann, über das ursprüngliche und über das neu begründete. Beide stehen jedoch, da auch die neue Schuld nur um der alten Forderung willen begründet worden ist, notwendig in einer inneren Beziehung zueinander; und diese äußert sich darin, daß das alte Forderungsrecht ebenfalls untergehen muß, falls auch nur die neu übernommene Verbindlichkeit getilgt worden ist, und daß anderseits auch die neue Verbindlichkeit nicht anstandslos fortbestehen kann, wenn die alte Schuld nicht rechtsbeständig ist oder durch Anfechtung vernichtet wird. Bezüglich der neu übernommenen Verbindlichkeit würde vielmehr in diesem Falle ungerechtfertigte Bereicherung vorliegen (RG 61, 318). Die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit oder die Annahme eines Akzepts „zum Zwecke der Befriedigung" spielt dabei im Verkehre die bedeutsamste Rolle. Die Vermutung spricht hier durchweg gegen die Absicht, den Schuldner aus der alten Verbindlichkeit zu entlassen; es steht vielmehr nur ein Zahlungsversuch auf Kosten des Schuldners (RG 31, 109; SeuffA 65 Nr 67; Gruch 56, 103), mithin aber nur eine bedingte, nämlich von der Einlösung des Wechsels abhängige Tilgung in Frage (RG 65, 79). Sie ist als solche auch vom Rechtsnachfolger jedenfalls dann anzuerkennen, wenn er von der Hingabe des Wechsels Kenntnis gehabt hat (RG 21. 3. 06 V 477/05). Weiter kommt hier in Betracht die Übertragung einer Forderung erfüllungshalber (RG 59, 191; 65, 79; 76, 348). Bei Geschäften der bezeichneten Art wird es indessen regelmäßig in der Absicht der Parteien liegen (§ 157), daß der Gläubiger nunmehr nicht nach Willkür die eine oder die andere Forderung betreiben kann, daß er vielmehr gehalten ist, in erster Linie von dem ihm neu gewährten Befriedigungsmittel Gebrauch zu machen (RG die genannten Urteile und Warn 1913 Nr 136), auf die eigentliche Forderung dagegen erst dann zurückgehen darf, wenn sich das bezeichnete Mittel, sei es erst bei seiner Verwendung (Unbeitreibbarkeit der neuen Forderung), sei es schon wegen Nichtigkeit des neuen Schuldgrundes (wenn auch erst zufolge bewirkter Anfechtung), zur Befriedigung des Gläubigers als untauglich erwiesen hat (RG 65, 81;

Gruch 56, 103). Aus den dargestellten Beziehungen zwischen der alten Schuld und der neuen folgt zugleich die Verpflichtung des Gläubigers, nach Treu und Glauben (§ 242) nichts vorzunehmen, was geeignet ist, die Tauglichkeit des neuen Befriedigungsmittels zu vereiteln, und nichts zu unterlassen — wie etwa die rechtzeitige Protestierung eines Wechsels —, was zur Erreichung des Zweckes erforderlich ist (RG 65, 79; Warn 09 Nr 397, betreffend Prolongationswechsel). — Ist der neuen Schuld ein Schuldgrund untergelegt, mit dem die Fortdauer des alten Schuldgrundes unvereinbar wäre, so kann Abs 2 des § 364 überhaupt nicht Platz greifen; vielmehr liegt dann notwendig eine Umwandlung vor (RG 62, 51, betreffend die Umwandlung einer Bauschuld in ein Darlehn gemäß § 607 Abs 2, und RG 67, 264, betreffend die Umwandlung eines irregulären Verwahrungsvertrags in ein verzinsliches Depositum). — Über die umschaffende Wirkung eines anerkannten Saldos im Kontokorrentverkehr vgl. §§ 355, 356 HGB und dazu RG 28, 36; 56, 24. — Nach der Fassung des Gesetzes („übernimmt der Schuldner") ist Abs 2 nicht anwendbar, wenn ein Dritter die neue Verbindlichkeit übernimmt (darüber vgl. § 414). Ob in solchem Falle das alte Schuldverhältnis als erloschen, oder ob das vom Dritten eingegangene Schuldverhältnis wiederum nur erfüllungshalber neben dem alten Schuldverhältnisse begründet sein soll, ist hier sonach Sache der Auslegung. Angenommen wurde das letztere bei Hingabe eines Schecks durch einen Dritten in RG 78, 142.

§ 365

Wird eine Sache, eine Forderung gegen einen Dritten oder ein anderes Recht an Erfüllungs Statt gegeben, so hat der Schuldner wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten [1]).

E I 265; M 2 83; P 1 333.

1. Der Gläubiger, der vom Schuldner **eine Sache, eine Forderung** seines Schuldners **gegen einen Dritten** (also nicht eine vom Schuldner selbst eingegangene Verbindlichkeit) oder **ein anderes Recht** (insbesondere Eigentum) **an Erfüllungs Statt** (§ 364 Abs 1) **angenommen hat,** soll gegen den Nachteil gesichert sein, der ihm daraus erwachsen kann, daß die angenommene Forderung oder das Recht nicht besteht (§ 437), oder daß das Recht nicht verschafft werden kann (§ 433), oder daß die Sache entwährt wird (§ 440), oder endlich dagegen, daß sie mit einem Fehler behaftet ist, der ihren Wert oder ihre Tauglichkeit mindert (§ 459). Das Schutzmittel selbst hat das Gesetz in der Gewährleistungspflicht gefunden. — Unanwendbar ist § 365, falls die Leistung nicht an Erfüllungs Statt, sondern nur erfüllungshalber bewirkt worden ist (RG 65, 79). — Unberührt bleibt von § 365 die Bestimmung des § 835 Abs 2 ZPO, daß der Gläubiger nur so weit als befriedigt gilt, als die ihm an Zahlungs Statt überwiesene Forderung besteht. Hinsichtlich der **Gewährleistung** finden die Regeln des § 440, betreffend Rechtsmängel, und bei Sachmängeln die der §§ 462, 463 entsprechende Anwendung (über diese Regeln selbst vgl. die Ausführungen a. a. O.). (Von selbst versteht es sich, daß für die Einrede der Zurückbehaltung aus § 320 vorliegend kein Raum ist, da es an einem Gegenstande mangelt, den der Gläubiger zurückbehalten könnte.) — Zwei besondere Schwierigkeiten ergeben sich: **a)** Haftet der Schuldner auch dann „wie ein Verkäufer", wenn er durch Hingabe an Erfüllungs Statt nur ein Schenkungsversprechen erfüllt? Oder haftet er in diesem Falle nur wie ein Schenker gemäß §§ 521 ff.? Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist das erstere anzunehmen, denn die „datio in solutum läßt sich nicht wieder als Schenkung betrachten" (M 2, 83). Richtig ist allerdings, daß der Gäubiger bei solcher Anwendung des § 365 unter Umständen besser fahren kann, als wenn er die ihm nach Maßgabe des Schenkungsversprechens geschuldete Leistung erhielte, da doch die Haftung des Schenkgebers nach den §§ 523, 524 eine gemilderte wäre. Aber das Gesetz hat es nicht anders gewollt (streitig; vgl. Oertmann A 2). **b)** Wie kommt der Gläubiger zu seinem Rechte, wenn ihm das an Erfüllungs Statt gewährte Recht entwährt wird, oder wenn er von dem Erfüllungsgeschäfte zurücktritt oder von der Wandlung Gebrauch macht? Das Gesetz schweigt hierüber. Die Annahme, daß unter den angegebenen Voraussetzungen der frühere Zustand von selbst wieder eintrete und das erloschene Schuldverhältnis wieder wirksam werde, ist ungerechtfertigt, da das Gesetz für sie keinerlei Anhalt bietet; oder man müßte unterstellen, die Hingabe an Erfüllungs Statt geschähe grundsätzlich überhaupt nur unter der stillschweigenden Bedingung, daß keine Entwährung eintritt usw.; aber auch dafür bietet sich keine gesetzliche Unterlage. Vielmehr ist davon auszugehen, daß durch die Annahme der Leistung an Erfüllungs Statt das Schuldverhältnis ein für allemal erloschen ist, und daß dieser Erfolg auch vom weiteren Schicksale des Erfüllungsgeschäfts selbst unberührt bleibt. Mithin gibt es keinen andern Ausweg als den, dem Gläubiger gegebenenfalls einen bloßen Anspruch darauf zuzugestehen, daß ihn der Schuldner so stellt, wie er stehen würde, wenn das Erfüllungsgeschäft überhaupt nicht vorgenommen worden wäre, was übrigens der Regelung

der §§ 327, 346, 467 entspräche. War also die durch Hingabe an Erfüllungs Statt getilgte Forderung bereits fällig, so wird der Gläubiger eintretendenfalls ohne weiteres die eigentlich geschuldete Leistung verlangen können. War die Forderung noch nicht fällig oder ist der Schuldner zur Erfüllung überhaupt nicht imstande, so wird er zugunsten des Gläubigers eine seiner ursprünglichen Verpflichtung entsprechende Verbindlichkeit von neuem begründen müssen. Da das alte Schuldverhältnis auch unter den zuvor angenommenen Voraussetzungen ein für allemal erloschen ist, so ist es auch ausgeschlossen, daß Bürgschaft oder Pfandrecht von selbst wieder wirksam werden. Auch in dieser Hinsicht wird aber der Schuldner die Wiederherstellungspflicht haben und bei Unmöglichkeit oder bei Unvermögen, diesem Anspruche zu genügen, im Falle der Vertretbarkeit dessen zum Wertersatze verpflichtet sein. — Die Vorschrift des § 365 ist indessen nicht zwingender Natur, und daher ist es möglich, daß die Parteien über die Haftung des Schuldners besondere Abreden treffen, sei es, um die Durchführbarkeit des Anspruchs besonders zu regeln, sei es, um die Haftung überhaupt auszuschließen. Im letzteren Falle könnte wegen arglistiger Täuschung Schadensersatz gefordert werden (**RG** 26. 11. 04 V 175/04). Hat der Schuldner die Haftung für die Güte eines an Erfüllungs Statt gegebenen Rechtes oder einer Forderung abredegemäß übernommen, so ist diese Nebenabrede nicht als Bürgschaft aufzufassen und bedarf daher nicht der Schriftform (**RG** JW 07, 105[6]). — Die Grundsätze des § 365 werden auch einem Dritten gegenüber (§ 267) Platz greifen müssen, der in eigenem Namen (§ 267) die Verbindlichkeit des Schuldners durch Hingabe an Erfüllungs Statt getilgt hat.

§ 366

Ist der Schuldner dem Gläubiger aus mehreren Schuldverhältnissen zu gleichartigen Leistungen verpflichtet und reicht das von ihm Geleistete nicht zur Tilgung sämtlicher Schulden aus, so wird diejenige Schuld getilgt, welche er bei der Leistung bestimmt[1]).

Trifft der Schuldner keine Bestimmung, so wird zunächst die fällige Schuld, unter mehreren fälligen Schulden diejenige, welche dem Gläubiger geringere Sicherheit bietet, unter mehreren gleich sicheren die dem Schuldner lästigere, unter mehreren gleich lästigen die ältere Schuld und bei gleichem Alter jede Schuld verhältnismäßig getilgt[2])[3]).

E I 267; M 2 86; P 1 335.

1. **Reihenfolge der Verrechnung mehrerer gleichartiger Leistungen.** Das Gesetz läßt den einfachsten Fall wegen seiner Selbstverständlichkeit überhaupt außer acht, nämlich den Fall der Einigung der Parteien. Diese schließt eine nachherige einseitige Bestimmung des Schuldners in jedem Falle aus (**RG** 66, 54). Eine Einigung kann übrigens auch bei der Leistung selbst in der Weise erzielt werden, daß der Schuldner, ungeachtet einer früheren anderweiten Abmachung, nunmehr eine gewisse Art der Verrechnung bestimmt und der Gläubiger seinerseits die Leistung widerspruchslos annimmt (**RG** 66, 54); oder umgekehrt dadurch, daß der Gläubiger eine Bestimmung trifft und sich jetzt der Schuldner stillschweigend fügt. Die **Stufenordnung** ist folgende: In erster Linie gilt das einseitige **Bestimmungsrecht des Schuldners** mit der Wirkung, daß es der Gläubiger auch nicht durch die Erklärung einer anderweiten Verrechnung hinfällig machen kann. Verweigert der Gläubiger, weil er die Bestimmung des Schuldners nicht gelten lassen will, die Annahme überhaupt, so bleibt die Erfüllung aus (§ 362), und der Gläubiger kommt in Annahmeverzug (§ 293). Die Bestimmung kann auch stillschweigend erfolgen (**RG** JW 04, 58[14]); nur muß der Schluß auf sie zuverlässig sein. In zweiter Linie — falls nämlich der Schuldner keine Bestimmung trifft — entscheiden über die Ordnung nacheinander folgende Umstände: a) die **Fälligkeit,** so daß die fällige Forderung vor der nicht fälligen unbedingt den Vorzug hat; b) falls alle Forderungen fällig sind: die **geringere Sicherheit,** die sich sowohl in dem Umfange wie in dem Werte der geleisteten Sicherheit äußern kann (sachliche Sicherheit geht der Sicherheitsleistung mittels Bürgschaft vor, §§ 232 Abs 2, 273 Abs 3); demnächst der **größere** Grad der **Lästigkeit,** z. B. höherer Zinsfuß, oder die Tatsache, daß die eine Forderung bereits eingeklagt ist (**RG** 66, 275); zuletzt, bei Versagen aller dieser Gründe, das **höhere Alter** der betreffenden Forderung, nach der Zeit ihrer Entstehung bemessen. Endlich aber soll, falls sich nach keiner Richtung hin für irgendeine Forderung ein Vorzugsrecht ergibt, der Grundsatz gelten, daß die Forderungen **durchweg nach Verhältnis ihrer Höhe** als getilgt anzusehen sind. Dem Gläubiger ist ein Bestimmungsrecht für keinen Fall eingeräumt worden (**RG** 55, 414). Hat der Gläubiger nur einen Teil seiner Forderung eingeklagt und der beklagte Schuldner hierauf Zahlung geleistet, dann ist der Gläubiger nicht berechtigt, diese Zahlung auf den nicht eingeklagten Teil der Forderung zu verrechnen (**RG** 66, 266).

2. **Anwendbarkeit** des § 366 Abs 2 beschränkt sich auf Fälle von rechtsgeschäftlichen Erfüllungsleistungen, da seine Bestimmungen lediglich Auslegungsregeln geben (**RG** 60, 290). A. A. Planck Anm 5. Es ist indes doch davon auszugehen, daß das Gesetz mit Abs 2 eine Entscheidung treffen will, die die Parteien selbst bei vernünftigem Ermessen getroffen haben würden, und daß es somit der vermutlichen Parteiwillen unterstellt. Abs 2 ist mithin unanwendbar, soweit es sich um Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung handelt, wie auch dann, wenn das Erfüllungsgeschäft (wegen Geschäftsunfähigkeit des Zahlenden) nichtig ist, wie auch für eine Verrechnung der grundlosen Bereicherung nach § 366 keine Möglichkeit besteht (**RG** 60, 289). Eine entsprechende Anwendung bei Leistung eines Dritten ist dagegen sehr wohl zulässig. — Über die dem § 366 entsprechende Bestimmung bei der Aufrechnung vgl. § 396; über die Anwendung des § 366 im Kontokorrentverkehre vgl. **RG** 56, 20.

3. **Beweislast.** Steht es fest, daß der Beklagte an den Kläger eine Zahlung zum Zwecke der Erfüllung geleistet hat, so muß der Kläger, der behauptet, daß die Zahlung auf eine gleichartige andere Forderung zu verrechnen sei, zunächst das Vorhandensein einer solchen beweisen. Glückt dem Kläger der Beweis nicht, so ist die Zahlung ohne weiteres auf die vom Beklagten (allein) geschuldete Klageforderung zu verrechnen (**RG** 55, 413; Warn 08 Nr 617; 1910 Nr 10). Glückt dem Kläger der Beweis, so muß der Beklagte dartun, weshalb durch seine Zahlung gerade die Klageforderung getilgt sei.

§ 367

Hat der Schuldner außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten zu entrichten, so wird eine zur Tilgung der ganzen Schuld nicht ausreichende Leistung zunächst auf die Kosten, dann auf die Zinsen und zuletzt auf die Hauptleistung angerechnet[1]).

Bestimmt der Schuldner eine andere Anrechnung, so kann der Gläubiger die Annahme der Leistung ablehnen[2]).

E I 268; M 2 316; P 1 86.

1. Im Sinne dieser Bestimmung bildet zwar die **Hauptleistung mit Zinsen und Kosten** rechtlich nur eine, aus dem nämlichen Verhältnisse herrührende Schuld (vgl. § 366 A 1). Immerhin ist aber eine grundsätzliche Regelung der Verrechnung auch hier nötig. Sind Zinsen und Kosten von mehreren Forderungen des Gläubigers zu entrichten, so ist die Zahlung zunächst auf die gemäß § 368 bevorzugte Forderung nebst Zinsen und Kosten (hier in Gemäßheit des § 367) zu verrechnen, und nur der etwaige Überschuß entfällt alsdann auf die nachfolgende Forderung nebst Zinsen und Kosten. — Auch bei der Zahlung eines Dritten (§ 267) müssen die obigen Regeln entsprechende Anwendung finden.

2. Im Gegensatze zu § 366 ist hier ein **Bestimmungsrecht des Schuldners nicht anerkannt.** Vielmehr sind an sich beide Teile an die in Abs 1 gegebene Stufenordnung (entsprechend § 48 KO) gebunden. Bestimmt der Schuldner eine davon abweichende Verrechnung, so berechtigt dies den Gläubiger zur Ablehnung der Leistung, ohne daß Annahmeverzug eintritt. Macht aber der Gläubiger von dieser Befugnis nicht Gebrauch, so hat das zur Folge, daß er sich der Bestimmung des Schuldners fügen muß, weil er die Richtung der von ihm angenommenen Leistung nicht zu ändern vermag. Die Annahme einer nicht zureichenden Leistung könnte der Gläubiger auch aus dem Gesichtspunkte des § 266 verweigern.

§ 368

Der Gläubiger hat gegen Empfang der Leistung auf Verlangen ein schriftliches Empfangsbekenntnis (Quittung) zu erteilen[1]). Hat der Schuldner ein rechtliches Interesse, daß die Quittung in anderer Form erteilt wird, so kann er die Erteilung in dieser Form verlangen[2]).

1. Verpflichtung des **Gläubigers zur Leistung einer Quittung.** Der die Leistung anbietende Schuldner hat einen gesetzlichen, durch die Leistung selbst begründeten (nicht etwa aus dem Vertrage hervorgehenden, **RG** JW 1911, 808[12]; vgl. § 273 A 2) Anspruch darauf, daß ihm der zu befriedigende Gläubiger (nicht auch ein Dritter, dem die Leistung nur mittelbar zugute kommt, wie derjenige Gesamtgläubiger, an den die Leistung nicht erfolgt) Zug um Zug gegen Empfang der Leistung ein schriftliches (mithin nicht nur sonst mechanisch hergestelltes, § 126) Empfangsbekenntnis (Quittung), und zwar gerade hinsichtlich der in Betracht kommenden, genügend zu kennzeichnenden (**RG** 79, 191) Leistung, erteilt. Daraus ergibt sich einerseits, daß der Schuldner wegen Verweigerung eines solchen Empfangsbekenntnisses gemäß § 273

auch seine Leistung zurückbehalten darf (RG JW 1911, 868[6]), ohne in Leistungsverzug zu kommen, anderseits aber, daß der Gläubiger gegebenenfalls in Annahmeverzug gerät. Trotz der Fassung des Gesetzes, daß der Schuldner die Quittung „gegen Empfang der Leistung" verlangen könne, ist hierdurch sein Anspruch keineswegs entsprechend zeitlich beschränkt, vielmehr kann der Anspruch auch noch nach der Leistung geltend gemacht werden (und zwar am allgemeinen Gerichtsstande des Schuldners, RG 48, 399). Die Annahme, daß in dem Unterlassen des Verlangens bei der Leistung regelmäßig ein Verzicht auf die Quittung zu finden sei, erscheint nicht als begründet. Die „Erteilung" der Quittung fordert nicht gerade ihre Aushändigung, es genügt vielmehr jede Entäußerung, die den Schuldner in die Lage versetzt, über die Urkunde verfügen zu können (RG 51, 186; 26. 1. 18 V 305/17). — Die Vorschrift des § 368 greift Platz bei Schuldverhältnissen aller Art und nicht minder bei der Teilleistung wie bei der vollen Erfüllung (vgl. Art 39 WO). Was die **rechtliche Natur der Quittung** anlangt, über die in der Wissenschaft viel Streit herrscht (vgl. Oertmann und Planck A 5 zu § 368), so ergibt der Gesetzeswortlaut, daß es sich nur um eine einseitige Erklärung des Gläubigers handelt, nach der er die Leistung empfangen zu haben bekennt. Die Quittung schließt mithin begrifflich keinen Vertrag und überhaupt kein Rechtsgeschäft in sich, schafft vielmehr in Form einer Urkunde (§§ 415ff. ZPO) lediglich ein Beweismittel, das durch Gegenbeweis entkräftet werden kann (RG Warn 1911 Nr 13). Freilich kann mit Erteilung einer Quittung ein Vertrag verbunden werden, so ein Erlaß im Sinne des § 397. Aber auch dann wäre in der Quittungsleistung an und für sich immer nur einer der mehreren Vorgänge zu finden, die zusammen den Vertragsschluß ergäben, und vornehmlich könnte die Leistung der Quittung hierbei als Auslegungsmittel dienen. Ist eine Quittung im voraus, und zwar angeblich in Erwartung der Leistung, erteilt, so kann sie der Gläubiger, wenn der bezweckte Erfolg ausbleibt, nach § 812 Abs 1 Satz 2 zurückfordern, während dem Schuldner gegebenenfalls der Beweis offenbliebe, daß ein Erlaßvertrag vorliege. Im übrigen würde der Gläubiger, der trotz einer erteilten Quittung die Leistung fordert, um deren Beweiskraft auszuschließen, lediglich zu beweisen haben, daß die Quittung nicht gegen Leistung, sondern in Erwartung der Leistung erteilt worden sei. Denn glückt ihm dieser Beweis, so ist der Quittung die Bedeutung als solcher, nämlich als Bekenntnisses der empfangenen Leistung, genommen und ist die Unrichtigkeit ihres Inhalts festgestellt (RG LZ 09, 311[16]; vgl. auch RG 14, 243). Der Gläubiger braucht daher auch nicht zu beweisen, daß seine Forderung noch besteht (RG 49, 9). Die Meinung (Oertmann A 5; Staudinger A 3), daß der Gläubiger auch zu beweisen habe, es sei die Leistung auch später niemals erfolgt, kann nicht gebilligt werden. Denn es spricht für den Schuldner keinerlei Vermutung dahin, daß er, wenn nicht bei der in der Quittung angegebenen Gelegenheit so doch später jemals geleistet habe. — Auch ein Dritter, von dem der Gläubiger die Leistung annimmt, hat Anspruch auf die Quittung, da dieser Anspruch durch die Leistung entsteht.

2. Vgl. die §§ 1144, 1167, 1192, § 29 GBO und §§ 167ff. FGG. Quittungen bei Wechselzahlungen nach WO Artt 39, 48; des Gerichtsvollziehers nach ZPO § 757.

§ 369

Die Kosten der Quittung hat der Schuldner zu tragen und vorzuschießen, sofern nicht aus dem zwischen ihm und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse sich ein anderes ergibt¹).

Treten infolge einer Übertragung der Forderung oder im Wege der Erbfolge an die Stelle des ursprünglichen Gläubigers mehrere Gläubiger, so fallen die Mehrkosten den Gläubigern zur Last²).

E I 270; M 2 89; P 1 340; 6 164.

1. **Kosten der Quittung.** Da die Bestimmung des Abs 1 auf der Erwägung beruht, daß die Quittung dem Interesse des Schuldners dient, so versagt dieser Grund und liegt daher ein den Gläubiger belastender Ausnahmefall vor, falls das Schuldverhältnis gerade in seinem Interesse bestand, so bei der Verwahrung. Zu den Kosten, die der Schuldner zu tragen hat, können auch solche Aufwendungen niemals gehören, die aus außergewöhnlichen Gründen in der Person des Gläubigers entstehen, so wegen Krankheit oder Geschäftsunfähigkeit. Endlich treffen den Schuldner auch nicht die dem Gläubiger etwa durch Landesgesetz auferlegten Stempelgebühren (M 2, 90). Wenn der Schuldner seiner Vorschußpflicht nicht nachkommt, kann der Gläubiger die Erteilung der Quittung gemäß § 273 zurückhalten, während der Schuldner aus letzterem Grunde nicht die Leistung vorenthalten darf.

2. Es wäre unbillig, dem Schuldner die **Mehrkosten** aufzubürden, die lediglich durch die in Frage stehenden Vorgänge auf der Gläubigerseite veranlaßt worden sind.

§ 370

Der Überbringer einer Quittung gilt als ermächtigt, die Leistung zu empfangen, sofern nicht die dem Leistenden bekannten Umstände der Annahme einer solchen Ermächtigung entgegenstehen[1]).

E II 319; P 1 341.

1. **Vermutung für die Ermächtigung des Überbringers einer Quittung zur Empfangnahme der Leistung.** Sie besteht im Interesse des Verkehrs zugunsten des Schuldners, nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes aber auch eines Dritten, der leisten will. Nur dürfen der Vermutung nicht besondere, dem Leistenden bekannte — mithin nicht bloß erkennbar gewesene — Umstände, sei es betreffs der Persönlichkeit des Überbringers, sei es betreffs des Gläubigers, z. B. hinsichtlich seiner feststehenden, andersgearteten Gepflogenheiten, entgegenstehen. Sie entkräften die Vermutung. Zu solchen Umständen werden auch dem Schuldner erkennbar gewordene Korrekturen auf der Urkunde gerechnet werden können. — In Betracht kommt natürlich nur eine echte Quittung im Sinne des § 368, und zwar eine solche des Empfangsberechtigten selbst, und zwar betreffs der geschuldeten Leistung (RG Warn 1911 Nr 228). Der § 370 ist daher nicht anwendbar, wenn einem Notar lediglich eine Löschungsbewilligung ausgehändigt worden ist (RG Warn 08 Nr 196). Auch der Wechselinhaber kann sich betreffs seiner Legitimation zur Protesterhebung gegen den Akzeptanten auf die auf dem Wechsel befindliche Quittung und demgemäß auf die nach § 370 gegebene Vermutung nicht berufen, wie die formalen Vorschriften des Wechselrechts (Art 43 WO) durch § 370 überhaupt nicht berührt werden (RG 69, 107). — Als „überbracht" kann die Quittung nur dann gelten, wenn sie tatsächlich vorgelegt und dem Schuldner zur Verfügung gestellt wird. Die Vermutung reicht nicht weiter, als das Gesetz besagt, mithin nicht etwa auch dahin, daß der Überbringer der Quittung auch zum Erlasse oder zur Annahme von Leistungen an Erfüllungs Statt oder zur Aufrechnung ermächtigt sei. Der § 370 ist ferner nur anwendbar, wenn die Quittung schon vor der Leistung ausgestellt worden war (RG 26. 11. 10 V 273/10). Falls jemand sich einem andern gegenüber in einer Schuldurkunde zum Empfange eines tatsächlich noch nicht gewährten Darlehns bekennt und dem andern die Schuldurkunde mit dem Auftrage aushändigt, durch Zession seiner (angeblichen) Forderung ihm, dem Schuldner, die Darlehnssumme erst zu verschaffen, dann ist der andere im Zweifel zur Erhebung des Geldes deswegen befugt, weil in der Abrede zugleich eine dahingehende Ermächtigung zu finden ist (RG 12. 2. 10 V 198/09 u. 26. 11. 10 V 273/10). — Auf welche Weise der „Überbringer" in den Besitz der Quittung gelangt ist, ob etwa durch eine unerlaubte Handlung, ist unwesentlich, falls der Leistende gutgläubig ist. Die Annahme (Staudinger A 1), daß die Leistung an den Überbringer einer gefälschten Quittung ebenfalls befreiend wirken könne, „falls den Gläubiger ein Verschulden an der Fälschung treffe", kann nicht gebilligt werden. Auch ein Verschulden des Gläubigers gegenüber seinem Schuldner könnte höchstens eine Verpflichtung zum Schadensersatze begründen. So wenn der Schuldner dem Gläubiger Quittungsformulare ausgehändigt und der Gläubiger diese nicht sorgfältig aufbewahrt, daher aber ein Dritter ein Formular widerrechtlich benutzt hat (RG 73, 353). Höchstens dann könnte die Sache des Schuldners günstiger liegen, wenn der Gläubiger seinen Angestellten Quittungsformulare aushändigt, und der Angestellte demnächst ein Formular auftragswidrig verwendet. Hier wäre möglicherweise für die Annahme Raum, daß der Gläubiger, der die Ausfüllung der Formulare nicht überwache, deren Verwendung durch seinen Beauftragten im Zweifel gegen sich gelten lassen müsse. Vgl. RG 81, 58.

Nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes muß § 370 nicht lediglich dem leistenden Schuldner selbst, sondern auch dem Dritten zustatten kommen, der die Leistung bewirkt. Doch wird sich der schlechtgläubige Schuldner auf den guten Glauben des anstelle seiner leistenden Dritten nicht berufen dürfen, wenn der Überbringer der Quittung zur Empfangnahme der Leistung nicht berechtigt war. Daraus würde folgen, daß der Gläubiger gegebenenfalls von seinem Schuldner die Leistung noch fordern und der Dritte demnach seine Leistung vom Gläubiger zurückfordern dürfte, weil der Erfolg der Tilgung ausgeblieben wäre (§ 812 Satz 2).

§ 371

Ist über die Forderung ein Schuldschein ausgestellt worden, so kann der Schuldner neben der Quittung Rückgabe des Schuldscheins verlangen[1]). Behauptet der Gläubiger, zur Rückgabe außerstande zu sein, so kann der Schuldner das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis verlangen, daß die Schuld erloschen sei[2]).

E I 271; M 2 90; P 1 341.

1. Nach § 952 steht der Schuldschein im Eigentume des Gläubigers. Aber dem **Schuldner** (nicht auch einem demäß § 267 leistenden Dritten) ist der persönliche **Anspruch** auf **Rückgabe des Schuldscheins** gewährt. Dieser Anspruch richtet sich nur gegen den Gläubiger selbst, nicht auch gegen dritte Besitzer der Urkunde. Vgl. die entsprechenden Ausführungen unter § 175. A. A. anscheinend Planck Anm 1. Es wird sich jedoch schwerlich annehmen lassen, daß das Eigentum am Schuldscheine mit Tilgung der Schuld ohne weiteres auf den Schuldner übergeht. — Als Gläubiger im Sinne des § 371 muß auch der Zessionar angesehen werden, da der Schuldner durch die Zession nicht schlechter gestellt werden kann. — Befindet sich der Schuldner im Besitze der Schuldurkunde (oder zutreffendenfalls des Hypothekenbriefs), so kann das an und für sich lediglich eine tatsächliche Vermutung dahin begründen, daß der Gläubiger die Schuldurkunde dem Schuldner in Erledigung seiner Verpflichtung aus § 371 (oder § 1144) „zurückgegeben" hat; welche Tragweite aber der Richter dieser Vermutung beimessen will, ist Sache seines freien Ermessens (RG JW 1910, 64[10]). — Ob § 371 auch dann anwendbar ist, wenn nicht ein Vorgang in Frage steht, auf Grund dessen der Schuldner die Erteilung einer Quittung fordern darf, die Forderung vielmehr auf andere Weise erloschen ist, etwa durch Anfechtung, dürfte zu verneinen sein. Augenscheinlich beruht der Anspruch aus § 371 wie der aus § 370 auf der Leistung. A. A. Planck Anm. 1 Abs 3. Die Rückforderung wird gegebenenfalls nach § 812 ff. erfolgen müssen.

2. Der Schuldner ist gegebenenfalls zwar berechtigt, die **Erteilung eines öffentlich beglaubigten Anerkenntnisses zu verlangen**, braucht sich aber darauf nicht einzulassen, falls er nachzuweisen vermag, daß der Gläubiger zur Erfüllung seiner eigentlichen Verpflichtung zur Rückgabe des Schuldscheins imstande ist. Die Kosten der öffentlichen Beglaubigung (§ 129) hat der Gläubiger zu tragen (Prot 1, 342).

Zweiter Titel

Hinterlegung

§ 372

[1]) Geld, Wertpapiere und sonstige Urkunden sowie Kostbarkeiten kann der Schuldner bei einer dazu bestimmten öffentlichen Stelle für den Gläubiger hinterlegen, wenn der Gläubiger im Verzuge der Annahme ist[2]). Das gleiche gilt, wenn der Schuldner aus einem anderen in der Person des Gläubigers liegenden Grunde[3]) oder infolge einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Ungewißheit über die Person des Gläubigers seine Verbindlichkeit nicht oder nicht mit Sicherheit erfüllen kann[4]).

E I 372; M 2 91; P 1 342.

1. Dieser Titel beschäftigt sich mit der **Hinterlegung** nur insofern, als diese für das „Erlöschen des Schuldverhältnisses" (3. Abschnitt) als ersatzweises Erfüllungsmittel (§ 362 A 1) gemäß § 378 (vgl. dort A 1 a. E.) in Betracht kommt. Er hat mithin nichts mit der Hinterlegung zur Sicherheitsleistung (§§ 232 ff.) und nichts mit dem entsprechenden prozeßrechtlichen Gebilde zu tun. — Beteiligt sind bei der Hinterlegung einmal die Parteien, ferner die Hinterlegungsstelle. Die Rechtsverhältnisse zwischen den Parteien ergeben sich aus den Einzelbestimmungen, insbesondere den §§ 373, 374, 375, 376, 379, worüber das Nähere dort. Die Beziehungen zwischen den Parteien und der Hinterlegungsstelle regeln sich gemäß Artt 145, 146 EG nach den näheren Bestimmungen der Landesgesetzgebung und im übrigen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Hiernach entsteht durch die Hinterlegung in erster Reihe zwischen dem Hinterleger und der Hinterlegungsstelle ein Vertragsverhältnis, das, soweit es durch objektive Rechtsnormen geregelt ist, öffentlich-rechtlichen Charakter hat (Entsch des preuß. Kompetenzgerichtshofs v. 26. 3. 04; DJZ 04, 655) und sachlich im wesentlichen dem Verwahrungsvertrage entspricht. Des weiteren aber entspringt aus der Hinterlegung zugleich für den Gläubiger ein selbständiger Anspruch auf Herausgabe gegen die Hinterlegungsstelle (§§ 378, 382), und daher kann man hier auch verwandte Züge mit Geschäften zugunsten Dritter (§ 328) finden. Es entsteht nämlich für die Hinterlegungsstelle die schuldrechtliche Verpflichtung, an denjenigen zu zahlen, der sich ihr gegenüber als empfangsberechtigt nachweist, während der Empfangsberechtigte, also derjenige, zu dessen Gunsten hinterlegt ist, den vom Nachweise seiner Berechtigung abhängigen Anspruch auf Zahlung nach §§ 328, 333 ohne weiteres erwirbt. Ist zugunsten mehrerer hinterlegt, dann entsteht zwischen ihnen das Verhältnis von Forderungsprätendenten, und der Hinterlegungsstelle gegenüber hat nur derjenige den Zahlungsanspruch, der seine ausschließliche Berechtigung nachweist (RG 79, 74).

— Die Vorschrift des § 372 begründet unter allen Umständen nur ein Recht, aber keine Verpflichtung des Schuldners (RG 61, 250; Warn 1913 Nr 355). Eine Verpflichtung zur Hinterlegung erkennt das Gesetz nur in besondern Fällen an (z. B. in den §§ 432, 1077, 1281), und auch hier nur, falls der Gläubiger die Hinterlegung verlangt (RG 52, 141). Das Gesetz gewährt im übrigen nur dem Schuldner das Hinterlegungsrecht, nicht aber auch jedem Dritten, der für den Schuldner leisten wollte (vgl. § 267 A 2). Das Recht zur Hinterlegung steht unter den gesetzlichen Voraussetzungen auch der Sparkasse zu (RG 89, 401). — Erforderlich ist für die Ausübung des Rechtes, daß der Schuldner zu erfüllen gemäß § 271 Abs 1 u. 2 bereits berechtigt, zu leisten auch willens ist, an Bewirkung der Leistung aber aus Gründen in der Person des Gläubigers gehindert wird. Unter solchen Umständen will ihn das Gesetz durch das Mittel der Hinterlegung instand setzen, seine Befreiung auch ohne die sonst etwa erforderliche Mitwirkung des Gläubigers herbeizuführen. Als Hinderungsgründe im zuvor angegebenen Sinne sind ausschließlich die vom Gesetze in § 372 ausdrücklich vorausgesetzten Umstände (A 2, 3, 4) maßgebend. Eine ohne rechtmäßigen Grund erfolgte Hinterlegung hat nicht, selbst wenn auf das Rücknahmerecht (§ 278) verzichtet ist, befreiende Wirkung (RG 59, 17; 66, 412). Vgl. § 378 A 2.

2. Die **Hinterlegung erfolgt** bei Gegenständen der in § 372 bezeichneten Art **(Geld, Wertpapieren, sonstigen Urkunden und Kostbarkeiten)** durch Hinterlegung der Sache selbst, bei beweglichen Sachen aber, die zu ihr ungeeignet sind, durch Hinterlegung des Versteigerungserlöses bzw. des Verkaufspreises (§§ 383ff.). In Ansehung der Verpflichtung zur Herausgabe von Grundstücken vgl. § 303. Über den Begriff Kostbarkeiten vgl. RG 75, 194 und JW 1911, 374; 1913, 382[16]). — **Annahmeverzug** auf seiten des Gläubigers §§ 293, 362 A 3.

3. Der Gläubiger ist gewiß und bekannt, aber die Leistung läßt sich aus einem **in seiner Person liegenden Grunde** an ihn trotzdem nicht oder wenigstens nicht mit Sicherheit bewerkstelligen — so wegen seiner Abwesenheit vom Leistungsort oder wegen Verschollenheit, oder weil ihm die Geschäftsfähigkeit oder Verfügungsbefugnis mangelt, ohne daß ein Vertreter oder sonst Empfangsberechtigter vorhanden wäre. — Als Gläubiger im Sinne des § 372 ist auch der Testamentsvollstrecker anzusehen, weil er sein Amt kraft eigenen Rechtes unabhängig vom Erben ausübt (RG Warn 1910 Nr 426). Aus gleichem Grunde daher auch der Konkursverwalter sowie der Zwangsverwalter.

4. Es ist dem Schuldner **ungewiß, wer der Gläubiger ist,** und diese Ungewißheit beruht **nicht auf einer Fahrlässigkeit.** Es genügt für die Ungewißheit, wenn außer dem Hinterlegenden auch nur noch eine andere Person als empfangsberechtigt in Betracht kommt (RG Warn 09 Nr 398). Das Gesetz geht davon aus, daß der Schuldner die besondere Pflicht hat, mit der erforderlichen Sorgfalt (§ 276), also auch unter Berücksichtigung derjenigen Gesetzesbestimmungen, die den leistenden Schuldner schon ihrerseits schützen (wie der §§ 409, 793, 892, 893; § 36 WO), nach der Person des Gläubigers oder des sonst Empfangsberechtigten zu forschen, und daß er nur im Falle begründeter Zweifel zur Hinterlegung berechtigt ist; denn er darf nicht fahrlässig gehandelt haben (RG 53, 211; 55, 47; 59, 15; 69, 149). Die den gutgläubig an einen Nichtberechtigten leistenden Schuldner gegen eine nochmalige Inanspruchnahme durch den wirklich Berechtigten schützenden Vorschriften vom guten Glauben, wie insbesondere der § 893, schließen das Hinterlegungsrecht keineswegs schlechthin aus; immer bleibt vielmehr entscheidend, ob der Schuldner trotz der Schutzvorschrift ohne Fahrlässigkeit Zweifel darüber hegen konnte und gehegt hat, ob er durch Leistung an den dem Anscheine nach Berechtigten (den eingetragenen Hypothekengläubiger) derart erfüllen könne, daß er vor nochmaliger Inanspruchnahme gesichert wäre; es ist das auch nicht nach dem zur Zeit bekanntgewordenen Sachverhalte, sondern nach den vormaligen Umständen zu prüfen, mit denen der Schuldner zu rechnen hatte (RG 97, 173). Als weitere Schutzvorschriften kommen in Betracht die §§ 409, 793, 1435, ferner Art 36, 74 WO. Behauptet der Vormann des indossierten Wechsels, daß dieser ihm gestohlen und daß er von dem jetzigen Inhaber grob fahrlässig erworben sei, dann wird der in Anspruch genommene Wechselschuldner zu erwägen haben, ob seine Zahlung an den Inhaber als eine ohne bösen Glauben und ohne grobe Fahrlässigkeit geleistete zu gelten haben würde (RG 55, 49; 53, 207). — Als Zweifel können in Betracht kommen sowohl solche, die nur in den tatsächlichen Verhältnissen oder in der Auslegung des Rechtsgeschäfts (RG JW 1911, 771[39]), wie solche, die in Rechtsnormen (RG 69, 149) ihren Grund haben (beispielsweise im Konkursfalle oder bei Vorhandensein mehrerer Berechtigter hinsichtlich des Anteilsrechts); so auch Zweifel über ein von den Erben bestrittenes Fortbestehen des Testamentsvollstreckeramts (RG Warn 1910 Nr 426); ferner über die Person des Berechtigten bei Versicherungen (RG JW 1911, 771[39]); weiter Zweifel, falls das schuldbegründende Rechtsgeschäft angefochten ist, über die Wirksamkeit der Anfechtung (RG 70, 90; 89, 402, wo zugleich ausgeführt ist, daß gegebenenfalls die Ungewißheit betreffs der Person des Empfangsberechtigten nicht beseitigt ist, wenn ein Sparkassenbuch auf einen der Erwerber umgeschrieben worden ist), endlich solche darüber, ob der angebliche Gläubiger oder der

Schuldner selbst der Berechtigte ist (RG Gruch 53, 593). Das Recht auf Hinterlegung ist auch gegeben, wenn der Gläubiger die von ihm erstattete Anzeige über eine erfolgte Forderungsabtretung widerruft (RG SeuffA 67 Nr 197). Auch Zweifel über das objektive Recht selbst genügen (RG 59, 14; ferner 69, 149). Die Zweifel müssen überdies noch zur Zeit der Hinterlegung bestehen (RG Warn 08 Nr 502). Im übrigen aber genügt es, daß der Schuldner für seine Person im ungewissen ist (RG Warn 09 Nr 398). — Ob die Zweifel des Schuldners begründet waren, ist eine der Nachprüfung zugängliche Rechtsfrage (RG 15. 5. 07 V 481/06).

§ 373

Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kann er das Recht des Gläubigers zum Empfange der hinterlegten Sache von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen[1]).

E II 322; P 1 345.

1. Der Schuldner hat im vorausgesetzten Falle das Zurückbehaltungs- und Leistungsverweigerungsrecht aus den §§ 273, 320, und kann mit Rücksicht hierauf das **Empfangsrecht des Gläubigers** (§§ 378, 379) **von Bewirkung der Gegenleistung** schon in seiner Hinterlegungserklärung, gegebenenfalls aber bis zum Ausschlusse des Rücknahmerechts (§ 376) auch erst durch eine spätere, an die Hinterlegungsstelle gerichtete Erklärung **abhängig machen,** so daß der Anspruch des Gläubigers auf Ausantwortung des hinterlegten Gegenstandes nur auf Grund des Nachweises der erfolgten Gegenleistung geltend gemacht werden kann. Und auf Erteilung eines dazu dienlichen Empfangsbekenntnisses hat der Gläubiger dem Schuldner gegenüber den gesetzlichen Anspruch aus § 380. Vgl. das. A 1. Die Hinterlegung würde im übrigen den Schuldner selbstverständlich nicht an der Klage auf die Gegenleistung hindern. Denn der § 373 gibt dem Schuldner nur eine Befugnis für den Fall, daß er sich von seiner Verpflichtung durch Hinterlegung befreien will und gemäß § 372 dies tun darf (RG 9. 3. 12 V 406/11, teilweise abgedruckt JW 1912, 592[13]). Hinterlegungen unter anderweiten Vorbehalten (oder Bedingungen) als dem aus § 373 kann die Hinterlegungsstelle zurückweisen. Tut sie das nicht, dann ist sie den Vorbehalt zu beachten dem Hinterleger gegenüber auch verpflichtet.

§ 374

Die Hinterlegung hat bei der Hinterlegungsstelle des Leistungsorts zu erfolgen; hinterlegt der Schuldner bei einer anderen Stelle, so hat er dem Gläubiger den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[1]).

Der Schuldner hat dem Gläubiger die Hinterlegung unverzüglich anzuzeigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet. Die Anzeige darf unterbleiben, wenn sie untunlich ist[2]).

E I 273; M 2 97; P 1 348.

1. Die Hinterlegung bei einer andern Stelle als der des **Leistungsorts** (§ 269) zieht nicht die Wirkungslosigkeit der Hinterlegung, sondern nur die Haftung des Schuldners für den dem Gläubiger „daraus" etwa entstehenden Schaden nach sich.

2. Über den Begriff **unverzüglich** vgl. § 121, über **untunlich** § 303. Den Hinterlegungsschein beizufügen, ist der Schuldner nicht verpflichtet (RG JW 03 Beil 79[182]).

§ 375

Ist die hinterlegte Sache der Hinterlegungsstelle durch die Post übersendet worden, so wirkt die Hinterlegung auf die Zeit der Aufgabe der Sache zur Post zurück[1]).

E II 342; P 1 348.

1. **Grundsatz der Zurückwirkung** in Ansehung der Erfüllung. Es muß die Sache durch Vermittlung der **Post** an die Hinterlegungsstelle auch wirklich gelangt sein, da andernfalls eine Hinterlegung überhaupt nicht erzielt wäre. Die Übersendungsgefahr trägt also der Schuldner.

§ 376

Der Schuldner hat das Recht, die hinterlegte Sache zurückzunehmen[1]).

Die Rücknahme ist ausgeschlossen[2]):

1. **wenn der Schuldner der Hinterlegungsstelle erklärt, daß er auf das Recht zur Rücknahme verzichte;**
2. **wenn der Gläubiger der Hinterlegungsstelle die Annahme erklärt;**
3. **wenn der Hinterlegungsstelle ein zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner ergangenes rechtskräftiges Urteil vorgelegt wird, das die Hinterlegung für rechtmäßig erklärt.**

E I 274; M 2 98; P 1 350.

1. Für das Rechtsverhältnis zwischen Schuldner, d. h. Hinterleger (RG Gruch 51, 961), und Gläubiger macht es einen Unterschied, ob die Hinterlegung **mit dem Rücknahmerechte des Schuldners** oder **ohne solches** erfolgt ist. Über die Wirkung der ersteren verhält sich § 379, über die mit Ausschluß des Rücknahmerechts § 378. Das Rücknahmerecht steht dem Schuldner grundsätzlich zu und geht ihm nur aus den drei besondern Gründen des Abs 2 verloren. Verhandlungen dagegen zwischen dem Gläubiger und Schuldner können nur vertragliche Wirkungen, aber nicht die gesetzliche des Abs 2 hervorbringen. Trotz des Ausschlusses des Rücknahmerechts wird der Schuldner zur Rücknahme wieder berechtigt in den Fällen der §§ 382, 1171 Abs 3; ferner nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, falls der Schuldner die Hinterlegungserklärung anzufechten oder aus dem Gesichtspunkte der grundlosen Bereicherung des Gläubigers wegen Nichtbestehens der Schuld rückgängig zu machen vermag (im Falle des § 75 ZPO, wenn die hinterlegte Sache keiner der streitenden Parteien zugesprochen wird).

2. Der **Verzicht auf das Rücknahmerecht** kann bei der Hinterlegung oder später erklärt werden. Ein dem Gläubiger gegenüber erklärter Verzicht kommt hier nicht in Frage. Diese empfangsbedürftige Erklärung (Vorbem 1 vor § 116) wirkt unmittelbar auch zugunsten des Gläubigers (§ 378) und ist deshalb unwiderruflich. Wem der hinterlegte Betrag zuzusprechen ist, regelt sich, auch wenn die Rücknahme ausgeschlossen ist, lediglich nach dem zwischen den mehreren Prätendenten bestehenden materiellen Rechtsverhältnisse (RG 23. 11. 12 V 270/12). Der Verzicht auf die Rücknahme hat regelmäßig auch zur Folge, daß der Gläubiger nicht die Abgabe der Einwilligungserklärung aus § 380 fordern kann (RG 87, 377). — In welcher Form die **Annahmeerklärung** des Gläubigers gemäß Nr 2 erfolgt, ist gleichgültig. Ein nur für vorläufig vollstreckbar erklärtes **Urteil** im Sinne von Nr 3 genügt nicht. Die drei bezeichneten Vorgänge werden mit dem Zugange der Erklärung oder des Urteils ohne weiteres wirksam.

§ 377

Das Recht zur Rücknahme ist der Pfändung nicht unterworfen[1]).

Wird über das Vermögen des Schuldners der Konkurs eröffnet, so kann während des Konkurses das Recht zur Rücknahme auch nicht von dem Schuldner ausgeübt werden[2]).

E I 277; M 2 277; P 1 352.

1. **Unpfändbarkeit des Rücknahmerechts.** Danach stellt sich das Rücknahmerecht — nämlich das in Gemäßheit des § 376 Abs 1 bestehende und eine rechtmäßige, wirksame Hinterlegung voraussetzende — als ein höchstpersönliches Recht dar, das gemäß dem Grundsatze des § 400 zugleich rechtsgeschäftlich unübertragbar ist. Geht man davon aus, daß sich die Rücknahme als Geltendmachung des Anspruchs aus dem Verwahrungsvertrage darstellt (§ 372 A 1), so ist mittelbar zugleich auch die Übertragbarkeit dieses Anspruchs durch Abs 1 ausgeschlossen.

2. Da im **Konkurse** das Rücknahmerecht nicht durch den Konkursverwalter ausgeübt werden kann, weil es gemäß Abs 1 in Verbindung mit § 1 KO zur Konkursmasse überhaupt nicht gehört, so folgt, daß der Hinterleger noch während des Konkurses zwar nicht das Rücknahmerecht ausüben, wohl aber auf das Recht wirksam und unanfechtbar verzichten kann. Denn das Recht zur Zurücknahme ruht nicht während des Konkurses. Die Bestimmung des Abs 2 bezweckt vielmehr lediglich, dem Gläubiger das ihm bereitgestellte Befriedigungsmittel auch dem in Konkurs verfallenen Schuldner gegenüber zu sichern, und daher muß anderseits der Gläubiger auch berechtigt sein, die Annahme im Sinne von Nr 2 § 376 auch während des Konkurses zu erklären, um so die Erfüllung gemäß § 378 herbeizuführen. Den andern Gläubigern und dem Konkursverwalter bliebe nur die Möglichkeit offen, das Hinterlegungsgeschäft anzufechten.

§ 378

[1]) **Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache ausgeschlossen, so wird der Schuldner durch die Hinterlegung von seiner Verbindlichkeit in gleicher Weise befreit, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung an den Gläubiger geleistet hätte**[2]).

E I 272; M 2 96; P 1 350.

1. Diese Vorschrift bestimmt an sich nur die **Wirkung der Hinterlegung bei Ausschluß der Rücknahme,** läßt indessen mittelbar zugleich die juristische Natur der Hinterlegung als Erfüllungsgeschäft überhaupt erkennen. Das Gesetz besagt, daß der Schuldner gegebenenfalls „in gleicher Weise befreit wird, wie wenn er an den Gläubiger selbst geleistet hätte". Demgemäß weist es der Hinterlegung die Rolle des tatsächlichen Leistungsangebots und dem Ausschlusse der Rücknahme diejenige der Erfüllungsannahme zu, als hätte der Schuldner die geschuldete Leistung gemäß § 362 an den Gläubiger bewirkt. Zwischen dem regelmäßigen und dem in der Hinterlegung enthaltenen Angebote besteht nur der Unterschied, daß das erstere Angebot bedingungslos erfolgt, während bei der Hinterlegung dem Schuldner, solange nicht die Rücknahme ausgeschlossen ist (§ 376 Abs 2), gemäß § 376 Abs 1 einstweilen das Recht der Rücknahme vorbehalten ist. Auch der Umstand, daß die Erfüllung durch Hinterlegung sich von der Mitwirkung des Gläubigers unabhängig vollziehen kann, würde die Auffassung der Hinterlegung als Erfüllungsangebot noch nicht unmöglich machen (§ 362 A 3). Vgl. dagegen Oertmann Vorbem vor § 372 A 6a; auch § 379. — In **dinglicher Hinsicht** stellt die Hinterlegung das Angebot der Übergabe in der Art dar, daß der Schuldner den unmittelbaren Besitz an der Sache auf die Hinterlegungsstelle zugunsten des Gläubigers überträgt und sich dabei zugleich im voraus damit einverstanden erklärt, daß der Gläubiger den Besitz und damit das Eigentum an der Sache in dem Augenblicke erwirbt, in dem die Rücknahme ausgeschlossen ist (§ 929). Der Besitz- und Eigentumswechsel selbst vollzieht sich demnächst derart, daß die Hinterlegungsstelle mit dem gegebenen Zeitpunkte den unmittelbaren Besitz statt für den Hinterleger zugunsten des Gläubigers ausübt und so diesem die Stellung des mittelbaren Besitzers gewährt (§§ 868, 930). Auch das Angebot der Übergabe erfolgt sonach unter der Bedingung des Ausschlusses der Rücknahme. Nur in den Fällen, in denen nach landesgesetzlicher Vorschrift das Eigentum an der hinterlegten Sache (Geld) auf die Hinterlegungsstelle übergeht und an Stelle des Eigentumsrechts der Herausgabeanspruch tritt, kann auch der Gläubiger nicht Eigentum, sondern nur den Anspruch auf Herausgabe erlangen.

2. Da der **Schuldner durch die Hinterlegung befreit wird, wie wenn er zur Zeit der Hinterlegung geleistet hätte,** so ist dem Ausschlusse der Rücknahme in Ansehung des Erfüllungsgeschäfts rückwirkende Kraft beigelegt. Bereits vom Zeitpunkte der Hinterlegung ab werden mithin gegebenenfalls auch die Bürgen und Pfänder frei. Und von eben jenem Zeitpunkte ab würde auch der Gläubiger, falls der Schuldner von ihm nunmehr die Gegenleistung forderte, nicht mehr die Einrede der Leistungsverweigerung aus § 320 erheben können. Eine **unrechtmäßige Hinterlegung,** bei der es an den Voraussetzungen des § 372 mangelt, kann selbstverständlich die nur der rechtmäßigen Hinterlegung gesetzlich beigelegten Wirkungen niemals haben (**RG** 66, 412). Die Erfüllung könnte unter solchen Umständen nur dadurch herbeigeführt werden, daß der Gläubiger die Leistung als Erfüllung annimmt, und zwar auch jetzt mit rückwirkender Kraft gemäß § 378, da durch die Annahme der Mangel der Rechtmäßigkeit geheilt würde. Ist die Hinterlegung nicht rechtmäßig erfolgt oder ist der mit der erfolgten Hinterlegung verbundene Zweck nicht erreichbar (beispielsweise weil die Ungewißheit des Gläubigers nicht vorliegt oder weil die vermutliche Schuld in Wirklichkeit nicht besteht), dann hat der Hinterlegende gegen denjenigen, zu dessen Gunsten hinterlegt ist, die Klage auf Rückgewährung des jenem durch die Hinterlegung zugewachsenen Anspruchs gegen die Hinterlegungsstelle auf Zahlung (vgl. § 372 A 1); ist zugunsten mehrerer hinterlegt, dann ist die Klage gegenüber jedem von diesen Prätendenten gegeben (**RG** 79, 74).

Der § 378 ist anwendbar auch bei der prozessualen Hinterlegung einer Sicherheit, so daß diese die Eigenschaft einer solchen aus § 372 annehmen kann (**RG JW** 1914, 466[6]).

§ 379

Ist die Rücknahme der hinterlegten Sache nicht ausgeschlossen, so kann der Schuldner den Gläubiger auf die hinterlegte Sache verweisen[1]).

Solange die Sache hinterlegt ist, trägt der Gläubiger die Gefahr und ist der Schuldner nicht verpflichtet, Zinsen zu zahlen oder Ersatz für nicht gezogene Nutzungen zu leisten[2]).

Nimmt der Schuldner die hinterlegte Sache zurück, so gilt die Hinterlegung als nicht erfolgt[3]).

E I 275; M 2 327; P 1 530.

1. Solange die **Rücknahme nicht ausgeschlossen** ist, steht dem Schuldner nach § 376 Abs 1 das Recht des Widerrufs zu und hat die Hinterlegung nicht die befreiende Wirkung des § 378; sie gibt dem Schuldner jetzt vielmehr nur die Einrede der Verweisung auf die hinterlegte Sache.

Befugnis, **den Gläubiger auf die hinterlegte Sache zu verweisen.** Die Geltendmachung dieser aufschiebenden Einrede (§ 202 A 2) stellt kein Rechtsgeschäft dar (ist als bloße Einrede auch keine empfangsbedürftige Willenserklärung) und vermag daher auch das Rechtsverhältnis selbst in keiner Weise zu beeinflussen. Der Schuldner verliert durch ihren Gebrauch daher auch nicht das Rücknahmerecht im Sinne des § 377, und der Gläubiger gewinnt keinen Anspruch auf die hinterlegte Sache. Die Einrede wirkt demgemäß auch nur so lange, als die Hinterlegung besteht (vgl. **RG** 59, 17). Nach §§ 768, 1137, 1211 kann die Einrede auch vom Bürgen und Verpfänder geltend gemacht werden.

2. Die (rechtmäßige) Hinterlegung hat in allen Fällen die weitere Wirkung, daß während ihrer Dauer der **Gläubiger die Gefahr trägt** und der **Schuldner von der Zinspflicht** sowie gegebenenfalls von der **Haftung für nicht gezogene Nutzungen befreit ist.** Unter der Gefahr ist hier, wo es sich lediglich um das Schuldverhältnis handelt, nicht die Gefahr hinsichtlich der hinterlegten Sache selbst (periculum rei), sondern die der Nichterfüllbarkeit der Schuld oder ihrer nicht mangelfreien Erfüllbarkeit mittels der hinterlegten Sache zu verstehen (periculum obligationis). Ginge die Sache während bestehender Hinterlegung unter, oder verschlechterte sie sich, so bewährte sich die Regel, daß bei rechtmäßiger Hinterlegung (§ 378 A 2 a. E.) der Gläubiger die Gefahr trägt, insofern, als der Schuldner gegebenenfalls trotzdem schlechthin befreit wäre.

3. Mit der **Rücknahme der hinterlegten Sache** verliert die Hinterlegung, und zwar unter Rückwirkung auf die Zeit der Hinterlegung, jede Wirkung. Dies ist von Bedeutung auch für die Zinspflicht sowie für die Frage des Verzugs und seine Folgen.

§ 380

Soweit nach den für die Hinterlegungsstelle geltenden Bestimmungen zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Gläubigers eine diese Berechtigung anerkennende Erklärung des Schuldners erforderlich oder genügend ist, kann der Gläubiger von dem Schuldner die Abgabe der Erklärung unter denselben Voraussetzungen verlangen, unter denen er die Leistung zu fordern berechtigt sein würde, wenn die Hinterlegung nicht erfolgt wäre[1]).

E II 328; P 1 355.

1. Soweit nach den bestehenden Gesetzen (insbesondere den Landesgesetzen gemäß Art 145 EG) die **Mitwirkung des Schuldners** zum Nachweise der Empfangsberechtigung des Gläubigers erforderlich ist oder genügt, hat der **Gläubiger einen Anspruch** hierauf unter derselben Voraussetzung, unter denen er die Leistung selbst zu fordern berechtigt wäre. Er kann den Anspruch durch Klage, die entsprechend einer auf die Leistung selbst gerichteten zu behandeln ist, wie durch Einrede geltend machen, während der Schuldner bei der noch widerrufbaren Hinterlegung den bezeichneten Anspruch durch Geltendmachung des Widerrufs beseitigen kann, und im Falle des bereits erklärten Verzichts auf die Rücknahme (§ 378) für einen Anspruch des Gläubigers auf das Empfangsbekenntnis regelmäßig überhaupt nicht mehr Raum ist, weil der Schuldner, der auf die Rücknahme wirksam (§ 382) verzichtet hat, als Beteiligter im Sinne des § 14 Nr 1, 2 PrHinterlegsO überhaupt nicht mehr gelten kann (**RG** 87 S. 375, 380). Falls der Schuldner das Empfangsrecht des Gläubigers gemäß § 373 von Bewirkung der Gegenleistung abhängig gemacht hat, muß seine die Empfangsberechtigung des Gläubigers aussprechende Erklärung zutreffendenfalls insbesondere auch aussprechen, daß die Gegenleistung bewirkt ist. — Ist die Hinterlegung wegen Ungewißheit über die Person des Gläubigers zugunsten mehrerer Personen erfolgt, dann kann die eine von ihnen vom Schuldner die Einwilligung in die Auszahlung nur dann verlangen, wenn sie nachweist, daß sie allein die forderungsberechtigte ist, daß die Ungewißheit betreffs der Gläubigerschaft nicht mehr besteht, und daß insbesondere die andern Personen von Anfang an nicht forderungsberechtigt waren, oder aber, daß sie nachträglich ihr Forderungsrecht eingebüßt haben; denn auch die Leistungsklage würde einen solchen Nachweis erfordern (**RG** 79, 74).

§ 381

Die Kosten der Hinterlegung fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner die hinterlegte Sache zurücknimmt[1]).

E I 279; M 2 103; P 1 358.

1. **Die Kostenpflicht des Gläubigers** erklärt sich aus den Voraussetzungen einer rechtmäßigen Hinterlegung, die Ausnahme aus § 379 Abs 3.

§ 382

Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Empfange der Anzeige von der Hinterlegung, wenn nicht der Gläubiger sich vorher bei der Hinterlegungsstelle meldet[1]); der Schuldner ist zur Rücknahme berechtigt, auch wenn er auf das Recht zur Rücknahme verzichtet hat[2]).

P 6 165.

1. **Das Recht des Gläubigers auf den hinterlegten Betrag** besteht nur für die Dauer einer **Ausschlußfrist von 30 Jahren** (vgl. Vorbem 1 vor § 186). Die Frist läuft von dem Zeitpunkte ab, wo dem Gläubiger die Anzeige der Hinterlegung zugeht (§ 130), und, falls die Anzeige untunlich war (Schlußsatz des § 374), welchen Fall das Gesetz überhaupt unberücksichtigt läßt, nach richtiger Ansicht schon von der Hinterlegung ab. Den Fristbeginn hier auf irgendeinen späteren Zeitpunkt zu verlegen, oder gar den Beginn des Fristlaufs überhaupt zu verneinen, wäre durch nichts gerechtfertigt. Hat freilich der Schuldner die Anzeige nur aus Pflichtwidrigkeit unterlassen, dann kann ihm das nicht zum Vorteile gereichen; die Ausschlußfrist ist vielmehr unter solchen Umständen nicht in Lauf gekommen. — Der Gläubiger kann die Folge des Fristablaufs dadurch hindern, daß er sich **bei der Hinterlegungsstelle meldet,** d. h. sich als den Empfangsberechtigten kundgibt. — Hat der Gläubiger mit dem Verluste seines Rechtes auf die Empfangnahme der Sache gemäß § 362 Abs 1 zugleich auch seinen Anspruch auf die Leistung verwirkt? Diese an sich nur bei der baren Hinterlegung im Falle vorbehaltenen Rücknahmerechts berechtigte Frage (da für den andern Fall § 378 Platz greift) ist zu bejahen. Es kann nicht in der Hand des Gläubigers liegen, eine rechtmäßige Hinterlegung dadurch für ihn bedeutungslos und unschädlich zu machen, daß er sie während der Ausschlußfrist nicht berücksichtigt.

2. Der fruchtlose Fristablauf stellt für den Schuldner die ihm nach § 376 Abs 2 verlorengegangene **Befugnis zur Rücknahme der Sache** wieder her (§ 376 A 1).

§ 383

Ist die geschuldete bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet, so kann der Schuldner sie im Falle des Verzugs des Gläubigers am Leistungsorte versteigern lassen und den Erlös hinterlegen[1]). Das gleiche gilt in den Fällen des § 372 Satz 2, wenn der Verderb der Sache zu besorgen oder die Aufbewahrung mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden ist[2]).

Ist von der Versteigerung am Leistungsort ein angemessener Erfolg nicht zu erwarten, so ist die Sache an einem geeigneten anderen Orte zu versteigern[3]).

Die Versteigerung hat durch einen für den Versteigerungsort bestellten Gerichtsvollzieher oder zu Versteigerungen befugten anderen Beamten[4]) oder öffentlich angestellten Versteigerer öffentlich zu erfolgen (öffentliche Versteigerung). Zeit und Ort der Versteigerung sind unter allgemeiner Bezeichnung der Sache öffentlich bekanntzumachen[4]).

E I 278; M 2 102; P 1 356.

1. Ob eine **bewegliche Sache zur Hinterlegung nicht geeignet** ist, entscheidet sich nach den Landesgesetzen.

2. Je nachdem Hinterlegungsgrunde (§ 372 Satz 1 u. 2) steht dem Schuldner die **Befugnis zur Versteigerung der beweglichen Sache** (§ 90) und alsdann zur Hinterlegung des Erlöses unbedingt, gemäß § 383 Satz 1, oder nur unter den besondern Voraussetzungen des Satz 2 zu.

3. **Ort der Versteigerung.** Die Beobachtung der Vorschrift des Abs 2 ist nicht wesentlich für die Gültigkeit oder Wirksamkeit des Verkaufs (M 2, 103). A. A. Staudinger A 7; vgl. § 373 HGB und dazu RG JW 01 S. 617[6], 756[16]. Die am unrechten Orte vorgenommene Versteigerung macht den Selbsthilfeverkauf nicht unwirksam, verpflichtet den Schuldner vielmehr nur zum Schadensersatze. Vermag daher der hierfür beweispflichtige Gläubiger zu beweisen, daß beim Verkaufe am rechten Orte ein höherer Preis erzielt worden wäre, dann muß der Schuldner hierfür aufkommen (RG 95, 118). Dem Schuldner steht demgegenüber der Beweis offen, daß die Wahl eines andern Ortes gemäß Abs 2 § 383 gerechtfertigt war. Offenbar wollen die Vorschriften nur eine materielle Bestimmung im Interesse des Gläubigers geben.

4. Die Einhaltung der Verfahrensvorschriften für die **öffentliche Versteigerung** ist für die Wirksamkeit der Hinterlegung wesentlich. B e f u g t e B e a m t e sind die Notare, öffentlich angestellte Versteigerer (GewO § 36), Gerichtsvollzieher (RG 75, 182).

§ 384

Die Versteigerung ist erst zulässig, nachdem sie dem Gläubiger angedroht worden ist; die Androhung darf unterbleiben, wenn die Sache dem Verderb ausgesetzt und mit dem Aufschube der Versteigerung Gefahr verbunden ist.

Der Schuldner hat den Gläubiger von der Versteigerung unverzüglich zu benachrichtigen; im Falle der Unterlassung ist er zum Schadensersatze verpflichtet.

Die Androhung und die Benachrichtigung dürfen unterbleiben, wenn sie untunlich sind[1]).

E I 278; M 2 102; P 1 356.

1. **Vorbedingung für die Zulässigkeit der Versteigerung** ist daher regelmäßig deren vorherige Androhung. Über die Begriffe „Androhung" und „untunlich" vgl. § 303. Der Beweis aller derjenigen Tatsachen, von denen die Zulässigkeit der Versteigerung abhängt, liegt dem Schuldner ob.

§ 385

Hat die Sache einen Börsen- oder Marktpreis[1]), so kann der Schuldner den Verkauf aus freier Hand durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmäkler[2]) oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken[3]).

P 6 166.

1. D. h. einen Preis, der sich aus der Vergleichung der über die betroffene Ware (Sache) an dem maßgeblichen Börsen- oder Marktplatze zur fraglichen Zeit geschlossenen größeren Zahl von Geschäften ergibt (RG 34, 121).
2. § 34 des BörsG. Vgl. ferner §§ 383, 384.
3. Der Preis ist zu hinterlegen (A 2 bei § 383).

§ 386

Die Kosten der Versteigerung oder des nach § 385 erfolgten Verkaufs fallen dem Gläubiger zur Last, sofern nicht der Schuldner den hinterlegten Erlös zurücknimmt[1]).

E I 279; M 2 103; P 1 358.

1. Vgl. dazu die entsprechenden Ausführungen bei § 381.

Dritter Titel
Aufrechnung

§ 387

[1]) Schulden zwei Personen einander Leistungen[2]), die ihrem Gegenstande nach gleichartig sind[3]), so kann jeder Teil seine Forderung gegen die Forderung des anderen Teiles aufrechnen[4]), sobald er die ihm gebührende Leistung fordern und die ihm obliegende Leistung bewirken kann[5])[6]).

E I 281; M 2 104; P 1 361.

1. Die **Aufrechnung** erweist sich nach ihrer Stellung im System des BGB und nach dem klaren Ausspruche des § 389 als ein materiell-rechtliches Gebilde, und zwar als die an das Vorhandensein gewisser Bedingungen (A 2, 3, 4) geknüpfte Befugnis, eine Schuld durch die einseitige Erklärung der Aufrechnung zum Erlöschen zu bringen. — Verschieden hiervon ist die zweiseitige Aufrechnung, die eine Willenseinigung voraussetzt, der sog. **Aufrechnungsvertrag**, der inhaltlich einen gegenseitigen Erlaßvertrag darstellt (RG 63, 190; JW 1910, 752[10]). Er fußt auf dem Grundsatze der Vertragsfreiheit und ist daher von den an die einseitige Aufrechnung gestellten Anforderungen insoweit unabhängig, als es sich nicht um zwingendes Recht handelt, oder insoweit, als nicht im Wesen der Aufrechnung begründete Erfordernisse in Frage stehen (RG 72, 377), wie die gegenständliche Gleichartigkeit (RG Warn 1911 Nr 365; Gruch 55, 906), wonach im Falle der Ungleichartigkeit etwa Hingabe an Zahlungs Statt vorläge. Jedenfalls setzt die Wirksamkeit des Aufrechnungsvertrags voraus, daß sich rechtsgültige Forderungen gegenüberstehen und daß diese wechselseitig getilgt werden sollen; daher ist auch, wenn die eine Forderung nichtig ist, der ganze Aufrechnungsvertrag gegenstandslos und unwirksam; besteht aber die Gegenforderung bei Abschluß des Vertrags noch nicht und ist die Entstehung auch noch ungewiß, dann kann es sich um einen aufschiebend bedingten Vertrag handeln (RG Gruch 54, 900). Anderseits ermöglicht der Aufrechnungsvertrag auch eine vertragsmäßige Steigerung der Aufrechnungsbedingungen. Von Bedeutung ist der Aufrechnungsvertrag überall, wo es an einer wesentlichen Bedingung für die einseitige Aufrechnung fehlt, so bei mangelnder Gegenseitigkeit oder bei mangelnder Fälligkeit (RG 72, 378; 78, 384; Warn 1912 Nr 66; JW 1913, 264); ferner, falls der einseitigen Aufrechnung Aufrechnungsverbote entgegenstehen. Will das Gesetz aber die Zulässigkeit der Aufrechnung überhaupt ausschließen, wie § 19 GmbHG, dann ist auch der Aufrechnungsvertrag wirkungslos (RG 85, 354 zu § 19 a. a. O.). — Anderseits kann auf die Aufrechnung auch vertraglich w i r k s a m v e r z i c h t e t w e r d e n. Ein Verzicht ist regelmäßig in der Ausbedingung sofortiger Barzahlung zu finden (RG 8. 6. 10 V 514/09). Hierbei handelt es sich jedoch nicht um einen entsprechenden Rechtssatz; ob ein Verzicht in solcher Abrede zu finden ist, muß vielmehr Sache der Auslegung in jedem einzelnen Falle bleiben (RG 20. 12. 19 V 290/19). Der Verzicht ist, falls nicht das Gegenteil als gewollt anzunehmen, auch dann bindend, wenn ein Teil in Konkurs gerät (RG 60, 356). Der Verzicht gilt jedoch nicht, wenn der Gegner wegen Betrugs schadensersatzpflichtig geworden ist und der Betrogene mit dieser Ersatzforderung aufrechnet (RG 60, 296). — Gegenseitige Forderungen u n t e r m e h r a l s z w e i P e r s o n e n (A hat eine Forderung an B, B an C und C wiederum an A) können, abgesehen von dem Mittel der Abtretung, Schuldübernahme oder Anweisung, auch auf Grund allseitiger V e r e i n b a r u n g zur aufrechnungsmäßigen Ausgleichung gebracht werden (S k o n t r a t i o n). Darauf beruht der sog. Clearingverkehr der Abrechnungsstellen an den Börsenplätzen (vgl. § 764 A 1).

☞ Über das Verhältnis zwischen Zurückbehaltung und Aufrechnung vgl. § 273 A 1 Abs 1 und RG 85, 110.

2. Die (außervertragliche) Aufrechnung ist nur unter den nämlichen Personen möglich, **die einander Leistungen schulden** (compensatio fit inter easdem partes), wobei es jedoch lediglich auf den Zeitpunkt der Aufrechnung ankommt, so daß es gleichgültig ist, ob die gegenseitige Gläubigerschaft und Schuldnerschaft von Anfang an bestanden hat oder ob sie erst später im Wege der Übertragung oder durch Schuldübernahme entstanden war. Der rechtsgeschäftlichen Übertragung gemäß § 398 steht in dieser Hinsicht die Verpfändung nach § 1275 sowie die Überweisung nach § 835 ZPO gleich. Anderseits kann auch der Schuldner einer verpfändeten Forderung mit seiner Forderung gegen den Pfandgläubiger aufrechnen (RG 58, 108; 84, 13). Im Falle des § 1275 (Pfandrecht an dem Rechte auf eine Leistung) ist jedoch die Aufrechnungsmöglichkeit gegenüber dem Pfandgläubiger sowie anderseits zugunsten des letzteren gemäß § 1282 erst dann gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs 2 erfüllt sind (RG 58, 108). Das Erfordernis der Gegenseitigkeit ist im übrigen ein derartig unbedingtes, daß die einseitige Aufrechnung mit einer fremden Forderung selbst dann unstatthaft ist, wenn deren Inhaber in sie einwilligt (RG 78, 382; Warn 1917 Nr 136). Allerdings besteht die Möglichkeit, mittels eines Aufrechnungsvertrags auch durch Aufrechnung einer eigenen Forderung eine fremde Schuld zu tilgen (RG 72, 377; Warn 1912 Nr 66). Demnach kann auch nicht ein Gesamtschuldner mit der dem andern Gesamtschuldner zustehenden Forderung einseitig aufrechnen (§ 422 Abs 2). Wohl aber kann der wegen einer Gesellschaftsschuld persönlich in Anspruch genommene Gesellschafter mit einer Gesellschaftsforderung aufrechnen, falls er die Vertretungsmacht besitzt (vgl. § 719 A 4), da hier das Erfordernis inter easdem personas erfüllt ist. U n z u l ä s s i g ist auch die Aufrechnung mit einer Forderung an die Person des Vorerben gegen eine Forderung der Erbschaft (RG 80, 30), sowie die Aufrechnung des Bürgen gegen die Forderung des Gläubigers mit einer Forderung des Hauptschuldners (RG 53, 403), wie endlich auch die Aufrechnung des Eigentümers der Pfandsache (§ 1211) mit einer Forderung des

Schuldners (RG Warn 1912 Nr 303). Dem Eigentümer wie dem Bürgen steht nur die verzögerliche Einrede der Leistungsverweigerung nach § 770 Abs 2 zu (vgl. auch die §§ 1137, 1211). Ebensowenig vermag der Hauptschuldner gegen die Rückgriffsforderung des Bürgen an ihn mit seiner etwaigen Forderung an den Gläubiger aufzurechnen (RG 59, 207). Wird eine Forderung durch ein Rechtsgeschäft abgetreten, das nach dem Anfechtungsgesetze anfechtbar ist, und ficht ein Gläubiger des Zedenten das Geschäft wirklich an, so kann der Zessionar gegen ihn mit einer Forderung des Zedenten nicht aufrechnen (RG 9. 1. 06 VII 225/05 und 30. 10. 06 VII 644/05). Gegen seine Schuld aus dem Meistgebote kann der Ersteher mit seiner Forderung an die zur Hebung gekommenen Gläubiger grundsätzlich erst aufrechnen, wenn diesen die Forderungen an ihn gemäß § 118 ZVG überwiesen sind, weil die Gläubiger vorher nicht persönliche Gläubiger des Erstehers geworden sind (RG 64, 308). Vor der Überweisung hat jedoch der Ersteher gegenüber dem Hypothekengläubiger und dieser auch gegenüber dem Zwangsvollstreckungsschuldner, der eine Eigentümergrundschuld und damit ebenfalls ein Pfandrecht an dem Versteigerungserlöse geltend macht, bereits die rechtlich begründete Aussicht auf die Möglichkeit der Aufrechnung mit einer Gegenforderung, und daher kann der Ersteher von der Aufrechnung auch gegenüber dem Dritten Gebrauch machen, an der der Hypothekengläubiger oder der Vollstreckungsschuldner die ihm nach § 118 ZVG übertragene Forderung, wenn auch erst nach der Übertragung, abgetreten hat (RG 84, 8). Vgl. § 406 A 1. Wird die Aufrechnung schon vordem widerspruchslos zugelassen, so kann hierin möglicherweise zugleich eine stillschweigende Überweisung gefunden werden (RG JW 1910, 158[29]). Kann im Falle der fiduziarischen Zession zum Zwecke der Einziehung der Schuldner dem fiduziarischen Zessionar gegenüber mit seinen Forderungen an den Zedenten aufrechnen? In RG 8. 6. 10 V 514/09 als zweifelhaft angesehen. Die Frage ist zu bejahen, da der Zessionar gegebenenfalls die Geschäfte des Zedenten führt und die Abtretung nur eine besondere Art der Ermächtigung darstellt (RG Warn 08 Nr 275). **Eine Ausnahme** erleidet der Grundsatz „inter easdem partes" nur in den Fällen der §§ 268, 1142, 1124, 1249 (vgl. § 268 A 2 u. § 276 A 2); ferner im Falle der Zession gemäß § 406 zugunsten des Schuldners. Über die ausnahmsweise Befugnis des Mannes, mit Forderungen der Frau gegen Forderungen an diese aufzurechnen, vgl. § 1376 Nr 2. — Über Aufrechnung im Falle der Abtretung vgl. § 406.

3. Das Erfordernis der **Gleichartigkeit „dem Gegenstande nach"**, worauf sich das Erfordernis der Gleichartigkeit allein erstreckt (M 2, 104; RG Warn 1911 Nr 365), kann niemals gegeben sein, wenn bestimmte Sachen oder nicht vertretbare Handlungen gegenseitig zu leisten sind. Ebensowenig dann, wenn es sich einerseits um eine Geldschuld und anderseits um eine Gewährungs- oder Verschaffungspflicht, oder um eine Leistung handelt, die ein Tun zum Gegenstande hat. Daher kann auch der Verwahrer oder der Beauftragte nicht gegen seine Verpflichtung, die verwahrte Sache oder das in Ausführung des Auftrags Empfangene an den Verwahrer oder an den Auftraggeber herauszugeben (§§ 695, 667), mit einer Geldforderung aufrechnen (M 2, 105). Ungleichartig sind Forderungen beispielsweise auch dann, wenn die eine (eine Wechselforderung) auf Zahlung schlechthin und die andere auf Gewährung des vertragsmäßig versprochenen Darlehns gerichtet ist (RG 52, 306); weiter der Anspruch auf Zahlung einer Summe und der Anspruch auf Schuldbefreiung (RG JW 1910, 332[8]). Regelmäßig kann Gleichartigkeit daher nur vorliegen bei Gattungsschulden (§ 243). Gleichartigkeit kann indessen nach der Verkehrsanschauung, falls nicht besondere Umstände entgegenstehen, auch angenommen werden in Ansehung einer Geldforderung und anderseits einer solchen, die auf Wertpapiere gerichtet ist (RG Warn 1912 Nr 202). Sie besteht endlich auch dann, wenn ein Geldbetrag wegen Zweifelhaftigkeit der Person des Berechtigten hinterlegt ist und alsdann beide Prätendenten den Betrag für sich in Anspruch nehmen, indem sie wechselseitig die Einwilligung in die Auszahlung fordern, und nunmehr der eine von ihnen mit einer Geldforderung gegen den andern aufrechnet (JW 1912, 635[5]). Da für die Aufrechnung lediglich der Zeitpunkt der Erklärung maßgebend ist (RG 73, 141; Warn 1911 Nr 365), so besteht hinsichtlich des Erfordernisses der Gleichartigkeit kein Anstand mehr, falls eine Speziesschuld zur angegebenen Zeit bereits in eine auf Geld gerichtete Schadensersatzforderung übergegangen ist (RG 73, 141; JW 1911, 711[9]). Daher besteht auch Gleichartigkeit der Forderungen, wenn der Übernehmer eines Vermögens, der dieses bereits versilbert hat, jetzt gemäß § 419 in Verb. mit § 1990 auf Befriedigung aus diesem Erlöse in Anspruch genommen wird, und er anderseits gegen den Forderungsberechtigten eine Geldleistung geltend macht (RG 82, 276). Ungleichartigkeit in Hinsicht auf Nebenbestimmungen (Zeit-, Ortsbestimmungen, Bedingungen) ist im Sinne des § 387 bedeutungslos (RG JW 1911, 711[9]). Eine bereits rechtskräftig zuerkannte Forderung ist gemäß § 389 und § 767 ZPO der nachträglichen Aufrechnung entzogen (RG Warn 1913 Nr 389). — Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 1142 Abs 2 ist der Grundstückseigentümer berechtigt, gegen eine Hypothekenforderung aufzurechnen, und gemäß § 1192 muß dasselbe auch hinsichtlich einer Grundschuld gelten, wiewohl hier lediglich eine Verpflichtung auf Zahlung aus dem Grundstück besteht (RG

2. 12. 05 V 207/05 und JW 1910, 704², wo zugleich angenommen ist, daß das Recht des Eigentümers auch dann besteht, wenn der Hypothekengläubiger eine Konkursmasse ist). Dagegen kann nicht der Hypotheken- oder Grundschuldgläubiger mit seiner dinglichen Forderung gegen eine persönliche Forderung des Eigentümers aufrechnen (RG Warn 1914 Nr 323).

4. Forderung gegen Forderung. Beide Forderungen, sowohl die Hauptforderung, „gegen" die aufgerechnet wird, wie die Gegenforderung, „mit" der aufgerechnet wird, müssen bereits entstanden (RG SeuffA 60 Nr 50) und müssen grundsätzlich auch klagbar sein. Das Gesetz setzt eine „gebührende" und anderseits eine „obliegende" Leistung voraus. Mit einer nichtigen Forderung, insbesondere einer solchen, die aus einem wider die guten Sitten verstoßenden Vertrage herrührt, kann nicht aufgerechnet werden, ebensowenig mit einer zwar nicht nichtigen, aber klaglosen (§§ 134 A 4, 762, 656), sofern nicht die Aufrechnung durch das Gesetz ausdrücklich gestattet wird (BörsG § 56). Ebensowenig gegen eine nichtige Forderung, da der § 397 einen nur einseitig erklärten Erlaß überhaupt nicht kennt, während die Aufrechnung gerade durch eine einseitige Erklärung erfolgt. Wenn in RG 63, 190 ausgeführt ist, daß die vertragsmäßig erfolgende Aufrechnung die aufgerechnete rechtsbeständige Forderung auch dann endgültig zum Erlöschen bringe, wenn die Gegenforderung nichtig sei, so erscheint das als bedenklich. Stellt der Aufrechnungsvertrag einen gegenseitigen Erlaßvertrag dar (A 1), dann liegt, sofern die Gegenforderung nicht besteht und daher auch die Möglichkeit eines Erlasses nicht gegeben, anfängliche Unmöglichkeit der Leistung vor (§ 306). Der Vertrag ist also nichtig. Auch die vereinbarte Aufrechnung verlangt eine materiell begründete Forderung (2. 5. 14 V 567/13). Vgl. ferner RG JW 1913, 131⁷, wo ausgeführt ist, daß auch mit einer Forderung, die durch eine unzulässige und demnächst wieder beseitigte Steuerordnung begründet worden, nicht aufgerechnet werden kann. Erforderlich ist auch, daß die Forderung bereits wirksam entstanden ist, zutreffendenfalls also, daß die Bedingung bereits eingetreten ist. Daher ist aber auch eine erst für den Fall der Entstehung der Hauptforderung im voraus erklärte Aufrechnung wirkungslos (RG JW 03 Beil 124²⁷⁵). Nur der § 54 KO gestattet die Aufrechnung mit noch bedingten Forderungen sowie gegen solche (RG JW 1912, 635⁵). Zur Aufrechnung ungeeignet ist auch eine Forderung, die nur auf einer erst vorläufig vollstreckbaren behördlichen Verfügung (einer Verwaltungsbehörde) beruht; erweist sich die Verfügung demnächst als ungesetzlich, dann hat die Forderung in Wirklichkeit überhaupt niemals bestanden (RG JW 1913, 131⁷). Im Falle des § 19 Abs 2, betr. Gesellschaften m. b. H., ist auch die vertragsmäßige Aufrechnung gegen die Forderung auf Einzahlung der Einlage nur unter besondern Umständen zulässig (RG 85, 352). Betreffs der Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Begründetheit der Gegenforderung vgl. RG 77, 402. Für den Fall, daß einer Forderung eine Einrede entgegensteht, vgl. § 389 A 2 und die Ausführungen zu § 390. „Gegen" eine zwar nicht nichtige, aber klaglose Hauptforderung ist die Aufrechnung nach den Grundsätzen der §§ 762 Satz 2 u. 656 schlechthin zulässig. — Daß die Forderung, mit der aufgerechnet werden soll, kleiner ist als die Gegenforderung, schließt das Recht zur Aufrechnung nicht aus. Unstatthaft ist es aber, nur mit einem Teile einer Forderung aufzurechnen, wenn dem Gläubiger aus der wiederholt nur teilweise erfolgenden Tilgung seiner Gegenforderung Belästigungen erwüchsen, die er nicht zu dulden braucht; es folgt das aus den Grundsätzen der §§ 266, 242, wonach der Gläubiger gegen Belästigungen, die Teilleistungen mit sich bringen, geschützt sein soll (RG 79, 359; die Gegenforderung war hier eine Hypothekenforderung, weshalb die §§ 1144, 1445 mit berücksichtigt wurden). — Zulässig ist die Aufrechnung gegen Ansprüche auf Schadensersatz aus § 717 Abs 2 ZPO (RG 76, 406). Gegen Forderungen öffentlich-rechtlichen Charakters ist eine Aufrechnung jedenfalls insoweit unzulässig, als das Gesetz, auf dem die Abgabepflicht beruht, die Zahlungspflicht vorsieht und so die Aufrechnungsmöglichkeit, wenn auch nur mittelbar, ausschließt (RG 22. 1. 09 VII 171/08, wo die Frage unentschieden geblieben ist, ob der gemeinrechtliche Grundsatz gemäß C 46 Dig de jere fisci 49, 14, daß gegen steuerrechtliche Forderungen des Staates die Aufrechnung unzulässig, auch gegenwärtig Geltung hat, jedoch so viel ausgesprochen ist, daß die Gültigkeit eines solchen dem öffentlichen Rechte angehörenden Grundsatzes durch Art 55 EG nicht ausgeschlossen sein würde). Die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen die Stempelforderung eines Staates (Württemberg) ist in RG 93, 63 angenommen und damit wenigstens stillschweigend die Geltung des zuvor angeführten gemeinrechtlichen Grundsatzes verneint worden. — Mit einer Stempelforderung kann der Staat ohne weiteres aufrechnen, sobald die Verbindlichkeit kraft Gesetzes zur Entstehung gelangt ist, ohne daß es erst noch einer Veranlagung bedürfte (RG 47, 323).

5. Fälligkeit der Gegenforderung, mit der der Erklärende aufrechnen will, ist unbedingtes Erfordernis. Hinsichtlich der Forderung, gegen die die Aufrechnung erklärt wird, genügt dagegen, daß der sie Erklärende zu leisten, wenn auch noch nicht verpflichtet, so doch

gemäß § 271 Abs 2 bereits berechtigt ist und daß daher der Berechtigte die Leistung bereits annehmen muß (§ 271 A 4). Über den Begriff Fälligkeit vgl. § 198 A 2 und § 271 A 1. Eine vor der Fälligkeit erklärte Aufrechnung ist auch dann unwirksam, wenn der andere Teil nicht widersprochen hat; es bedarf nach Eintritt der Fälligkeit einer neuen Erklärung (RG 3. 10. 08 V 564/07).

6. Weitere, allgemeine Erfordernisse als die zuvor behandelten hat das Gesetz betreffs der einseitigen Aufrechnung nicht aufgestellt; die §§ 390, 392—395 geben nur besondere Ausschließungsgründe. Insbesondere **verlangt das Gesetz nicht rechtlichen Zusammenhang** zwischen den Forderungen (zumal in Hinsicht auf den Leistungsort, § 391), auch muß die Forderung nicht bereits anerkannt sein. Von Bedeutung ist beides nur für den Fall der Aufrechnung im Prozesse. Vgl. dazu die §§ 145 Abs 3, 302, 322 ZPO. — Über die Aufrechnung mittels **Kontokorrents** vgl. § 355 HGB (RG 76, 330), über die Aufrechnung im **Konkurse** die §§ 21, 53—56, 199 KO und RG 56, 362 u. 46, 98. Bei einem Kontokorrent, das verbotene Börsentermingeschäfte enthält, ist insoweit sowohl die Anerkennung des Saldos wie auch die auf solche Geschäfte sich erstreckende Verrechnung ungültig; die Börsentermingeschäfte müssen daher bei Feststellung des Saldos ausscheiden (RG JW 1912, 85[35]).

Übergangsrecht. Ist eine Forderung vor dem 1. Januar 1900 entstanden, so beurteilt sich ihre Aufrechnungsfähigkeit nach dem früheren Rechte (RG 50, 37; JW 07, 510[10]), das Aufrechnungsgeschäft selbst dagegen nach dem BGB (RG 57, 99).

§ 388

Die Aufrechnung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile[1]). Die Erklärung ist unwirksam, wenn sie unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird[2])[3]).

E I 282; M 2 106; P 1 365.

1. **Die Aufrechnungserklärung** ist eine einseitige, empfangsbedürftige (§§ 131, 132), rechtsgeschäftliche Erklärung, die mit Zugang an den andern Teil oder an denjenigen, der über die Forderung des Genannten zu verfügen befugt ist (RG 56, 364; JW 07, 742[8]), wirksam und damit unwiderruflich wird. Sie braucht nicht ausdrücklich abgegeben zu werden. So würde schon in einer Erklärung des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, daß er „diesem nichts mehr schuldig sein wolle und sogar noch Geld dazu verlange", eine Aufrechnung zu finden sein (RG 59, 207), und desgleichen in Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts oder der Leistungsverweigerung gegenüber einer gleichartigen Schuld (RG 83, 140; 94, 310; Gruch 53, 919; Warn 08 Nr 550). Eine Abmachung, daß der Schuldner seine Schuld durch gewisse Leistungen (Dienstleistungen) abverdienen solle, enthält im voraus einen Aufrechnungsvertrag, so daß es einer späteren Aufrechnungserklärung nicht mehr bedarf (RG 10. 1. 08 VII 133/07). A. A. Planck § 387 A 387[1]d. — Die Aufrechnungserklärung kann außerhalb wie innerhalb eines Prozesses abgegeben werden, und im letzteren Falle kommt sie sowohl materiell wie als Prozeßhandlung in Betracht. Vgl. das Nähere hierüber, insbesondere auch über die Befugnis der Prozeßvertreter zur Abgabe und Empfangnahme der Erklärung, Vorbem 8 vor § 104. — Inwiefern in Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts die Erklärung einer Aufrechnung zu finden ist, vgl. noch § 273 A 1 Abs 1.

2. Die Erklärung darf **nicht unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben werden,** da sie sonst den Zweck, die Schuld sofort mit der Erklärung zum Erlöschen zu bringen, nicht erfüllen könnte. Keine Bedingung im Sinne des Paragraphen ist es jedoch, wenn die Aufrechnung für den Fall erklärt wird (bloße Rechtsbedingung), daß die Gegenforderung besteht, da alsdann nur eine derzeitige Ungewißheit vorhanden, die Erklärung selbst jedoch unbedingt abgegeben wäre (Eventualaufrechnung; RG 57, 101: 97, 273; JW 1914, 77). Wohl aber ist unwirksam die Erklärung der Aufrechnung für den Fall, daß die Forderung demnächst entstehen wird, weil hierin eine echte Bedingung enthalten sein würde (RG JW 03 Beil 124[275]). Gemäß § 767 ZPO Geltendmachung der Aufrechnung mit der Vollstreckungsgegenklage (RG 64, 229; JW 1913 S. 103 u. 929; Gruch 58, 488).

3. **Eventualaufrechnung im Prozesse.** Sie ist gegeben, wenn der Beklagte die Klageforderung bestreitet, etwa auch selbständige Einreden gegen sie vorbringt, dabei jedoch zugleich vom Einwande der Aufrechnung Gebrauch macht. Über die Zulässigkeit einer solchen Prozeßverteidigung herrscht fast ausnahmslos Einverständnis (vgl. auch M 2, 108 und Prot 1 S. 356, 366, ferner RG 57, 101). Wie aber hat der Prozeßrichter zu verfahren, wenn der Kläger die erst im Prozesse zur Aufrechnung gestellte Gegenforderung anerkennt, während die Klageforderung bestritten ist? Darf er die Klage jetzt ohne weiteres abweisen? Oder muß er zuvörderst durch Beweiserhebung das Bestehen oder Nichtbestehen des Klageanspruchs erörtern? Das ist die Streitfrage zwischen der sog. Klageabweisungs- und der Beweiserhebungstheorie (vgl. die Übersichten bei Oertmann und Staudinger A 2 zu § 388). Ein weiter Raum besteht für

diese Streitfragen übrigens überhaupt nicht. Es sind nämlich zwei Fälle auseinanderzuhalten: a) Der Beklagte will mit seiner Erklärung zunächst nur ankündigen, daß er künftig, falls die Klageforderung bewiesen werden sollte, oder falls seine in erster Linie angebrachten Einwendungen nicht bewiesen werden könnten, demnächst aufrechnen werde (RG 79, 26). b) Der Beklagte rechnet endgültig schon jetzt auf und verlangt demgemäß die Abweisung der Klage ebenfalls schon jetzt. Der Fall a) kann nun zu widerstreitenden Auffassungen überhaupt kaum Anlaß geben, und es scheint auch nicht zweifelhaft, daß man es in der Praxis gerade mit ihm regelmäßig zu tun haben wird. Denn der Sachlage entspricht es sicherlich, daß der Beklagte, der die Klageforderung bestreitet, erst den Beweis der Forderung oder die Erweislichkeit seiner eigenen sonstigen Einwendungen abwartet, bevor er sich zur Aufrechnung seiner Forderung und somit zu ihrer Aufopferung (s. weiter unten) entschließt. Und im übrigen ist es auch klar, daß der vorerst nur für später angekündigte Einwand die derzeitige Lage des Rechtsstreits zu beeinflussen überhaupt noch nicht vermag, insbesondere also auch nicht geeignet ist, die Spruchreife des § 300 ZPO herbeizuführen und das an sich bestehende Erfordernis der Beweiserhebung zu beseitigen. Indessen es kann nicht zugegeben werden, daß immer nur der Fall a) gegeben und der Fall b) völlig ausgeschlossen ist, da es immerhin denkbar bleibt und erfahrungsgemäß auch geschieht, daß der Beklagte einmal anders verfährt, als „vernünftig" scheinen mag. (Beispielsweise er hält den Kläger für völlig vermögenslos, und es kommt ihm nur darauf an, den Prozeß so schnell als möglich, wenn auch mit Aufopferung seiner für wertlos erachteten Forderung, zu seinen Gunsten zu beendigen.) Unterstellt man aber den Fall b) einmal als gegeben, dann liegt allerdings auch die zuvor aufgestellte Streitfrage vor, und man wird der jetzt erheischten Entscheidung auch mit der Erwägung nicht ausweichen können, daß die prozessuale Aufrechnungserklärung im Zweifel überhaupt nur insoweit als gegeben anzusehen sei, als es nach der prozessualen Lage auf die Einwendungen ankomme (Oertmann, Staudinger a. a. O.; sowie Planck § 388 A 5). Es kann doch unter Umständen sogar vorkommen, daß der Beklagte sogar auf richterliches Befragen erklärt, er rechne schon jetzt auf und verlange schon jetzt das Urteil. Liegt die Sache aber einmal so, dann erscheint der Standpunkt der Klageabweisungsregel als der richtige. Die Frage, wie der Richter im anhängigen Rechtsstreite zu verfahren hat, ist eine ausschließlich prozessuale, und sie muß sich mithin auch im gedachten Falle ausschließlich nach dem einschlägigen zwingenden Gebote des § 300 Abs 1 ZPO regeln. Nun ist aber die Sache bei einer Leistungsklage notwendig schon dann spruchreif, sobald aus irgendwelchem Grunde feststeht, daß der Richter dem Kläger unter keinen Umständen willfahren kann, und so liegt die Sache doch auch hier, sobald feststeht, daß die Klagebitte deswegen unbedingt hinfällig ist, weil der Aufrechnungseinwand unter allen Umständen durchgreifen muß. Über den Klagegrund gegebenenfalls trotzdem noch Beweis zu erheben, kann somit dem Richter nach § 300 Abs 1 nicht mehr gestattet sein. Täte er es dennoch, so beträfe das Beweisverfahren nur ein Element des Prozesses, das für die Entscheidung keine Erheblichkeit hätte. So wird über die Klageforderung auch dann nicht mehr Beweis erhoben, wenn die Einrede der Verjährung oder der Einwand der vom Kläger zugegebenen Zahlung durchschlägt. Aber auch für die sonstigen Einwendungen des Beklagten bliebe kein Raum, falls schon die Aufrechnung durchgriffe. Denn dem Gerichte vorzuschreiben, auf welche der gleichzeitig und endgültig geltend gemachten Einwendungen es zuerst eingehen solle, ist der Beklagte wiederum nach dem Grundsatze des § 300 a. a. O. nicht berechtigt. Daß endlich aber der bereits endgültig vorgebrachte Aufrechnungseinwand auch dann sofort durchgreift, wenn der Beklagte die Klageforderung bestreitet, ergibt sich aus folgender Betrachtung: Es ist ein feststehender Grundsatz des Prozeßrechts, daß die Partei sich an ihren Behauptungen festhalten lassen muß (RG 78, 345). Ebenso muß sie sich aber auch gefallen lassen, daß aus ihren Erklärungen und Anträgen diejenigen Folgerungen gezogen werden, die sich aus ihnen ohne weiteres ergeben. Erklärt nun der Beklagte, daß er gegen die Klageforderung aufrechne, und verlangt er auf Grund dessen auch die sofortige Abweisung der Klage, dann folgt hieraus ohne weiteres, daß er das Bestehen der Klageforderung zum mindesten für den gegebenen Fall und unter der Bedingung stillschweigend anerkennt, daß der Richter infolge der Aufrechnung die Klage sogleich abwiese. Denn wer eine Aufrechnung erklärt, kann denkbar auf keinem andern Standpunkte stehen als dem, daß eine Gegenforderung, gegen die er aufrechnen will, auch wirklich vorhanden ist. Und wer auf Grund seiner Aufrechnungserklärung die sofortige Abweisung der Klage fordert, muß demgemäß auch notwendig dazu entschlossen sein, seine aufzurechnende Forderung für den Fall der Berücksichtigung seines Begehrens aufzuopfern. Eine Aufrechnung gegen eine nicht als bestehend gedachte Forderung wäre ein Unding und ein Widerspruch in sich selbst. Bestreitet somit der Beklagte die Klageforderung, erklärt er anderseits aber trotzdem die Aufrechnung und will er wirklich demzufolge die Klagabweisung erlangen, dann kann er mit seinem Bestreiten gar nicht weiter gehört werden, weil bei Bestreitung der aufzurechnenden Klageforderung sein ganzer Einwand in sich selbst zusammenfiele. Über diese Ergeb-

nisse kann sich der Beklagte auch nicht mit dem Hinweise darauf hinweghelfen, daß doch der Kläger das Bestehen seiner Forderung behauptet habe und schon deswegen hieran festzuhalten sei, wiewohl die Forderung bestritten worden. Denn die Frage, unter welchen Umständen eine Aufrechnung möglich ist, regelt sich nicht nach Prozeßrecht, sondern nach den Grundsätzen des materiellen Rechtes, da die Aufrechnung im Prozesse zwar eine Prozeßhandlung darstellt, die sachlichen Erfordernisse des bezeichneten Rechtsgeschäfts jedoch lediglich nach dem materiellen Rechte zu beurteilen sind (Doppelnatur der Prozeßhandlung, RG 63, 412; vgl. Vorbem 8 vor § 104). Wie sollte der Beklagte überhaupt von einer Aufrechnung sprechen können, wenn er dabei verbleiben wollte, daß eine Gegenforderung vom Kläger zwar behauptet, in Wirklichkeit aber nicht vorhanden sei! Im Falle RG 42, 322 hatte der Beklagte die Erklärung abgegeben: „Falls er damit die sofortige Abweisung der Klage erreiche, wolle er die klagebegründenden Behauptungen, soweit dazu erforderlich sei, zugeben und sich auf die Aufrechnungseinrede beschränken." Daraufhin aber sah das Reichsgericht ebenfalls die Klageforderung offenbar zum mindesten als bedingt anerkannt und ihre Aufrechnungsfähigkeit somit aus diesem Grunde als gegeben an. Ein gleiches muß nun aber stets dann gelten, wenn sich aus dem ganzen Verhalten des Beklagten notwendig ein, wenn auch nur bedingtes stillschweigendes Anerkenntnis ergibt. Folgt man den vorstehenden Erwägungen, dann dürfte damit in der vorliegenden Streitfrage auch ein sowohl prozessual wie sachlich befriedigendes Gesamtergebnis gewonnen sein: Der Beklagte hätte sein Ziel, die sofortige Abweisung der Klage, erreicht, und zwar auf dem von ihm selbst gewollten Wege; der Kläger anderseits hätte im ganzen keinen Verlust erlitten, da der Verlust seiner Forderung durch den Untergang der von ihm, wie zu Anfang vorausgesetzt, ausdrücklich anerkannten Gegenforderung des Beklagten ausgeglichen sein würde, dieser Untergang wäre aber auch ein endgültiger; die den Kläger abweisende Entscheidung entbehrte auch in keiner Hinsicht der erforderlichen Bestimmtheit; die Frage nach dem Rechtskraftgegenstande endlich würde lediglich nach Maßgabe des § 322 Abs 1 u. 2 ZPO zu beantworten sein. Wenn von den Vertretern des Klagabweisungsgrundsatzes sonst angenommen wird, daß der Beklagte seiner Forderung gegebenenfalls trotz Berücksichtigung des Aufrechnungseinwandes nicht verlustig gehe, wofern der Kläger nicht den Antrag auf Feststellung seiner Forderung nachgeschoben habe, so kann das nicht befriedigen. Ein derartiges Ergebnis steht und fällt mit der Annahme, daß der Einwand trotz Bestreitens der Klageforderung allemal schon deshalb durchgreifen müsse, weil der Kläger an seiner Behauptung festzuhalten sei. Die Annahme leidet im übrigen gerade daran, daß der gleiche Prozeßgrundsatz nur zuungunsten des Klägers und nicht auch entsprechend zuungunsten des Beklagten angewendet wird. Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die Gerichte in der Lage sind, durch Ausübung des Fragerechts jedesmal Gewißheit darüber zu verschaffen, ob der an sich zweifellose Fall a oder aber der Streitfall b vorliegt, und regelmäßig wird sich das erstere herausstellen. In RG 80, 164 hat das Reichsgericht, indes ohne nähere Begründung, den Beweiserhebungsgrundsatz gebilligt. — Hat der Beklagte seine Gegenforderung erst im Laufe des Prozesses erworben, und wird der Rechtsstreit demnächst auf Grund der eventuell erklärten Aufrechnung für erledigt erklärt, so hängt die Entscheidung über die Kosten davon ab, welche Partei zur Zeit der Klageerhebung materiell im Unrechte war (RG 57, 101). — Auch der Kläger ist zur eventuellen Aufrechnung berechtigt und sonach imstande, von seiner Gesamtforderung nur den bestimmten Teil einzuklagen, der abzüglich der (an sich bestrittenen) angeblichen Gegenforderung des Beklagten übrigbleibt, und der letztere kann daher in diesem Falle nicht die Aufrechnung gerade gegen den eingeklagten Teil geltend machen (RG 57, 101). In RG 66, 266 ist anderseits mit Recht angenommen worden, daß eine ohne Berücksichtigung einer Gegenforderung eingeklagte Teilforderung durch die Einklagung derart verselbständigt wird, daß sie sich gegenüber dem nicht eingeklagten Teile auch als die lästigere Forderung darstellt, und daß demgemäß der Beklagte, der nunmehr mit einer Gegenforderung gegen die Klageforderung aufrechnet, vom Kläger nicht auf den nicht eingeklagten Teil der Hauptforderung verwiesen werden darf; es stehe ihm § 396 zur Seite (RG 80, 393). Vgl. auch RG JW 1911, 979[12].

§ 389

[1]) Die Aufrechnung bewirkt, daß die Forderungen, soweit sie sich decken[2]), als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind[3]).

E I 283; M 2 108; P 1 366.

1. **Die Wirkung der Aufrechnung.** Diese Vorschrift enthält einen allgemeinen und einen besondern Grundsatz. Der erstere besagt, daß die Aufrechnung das Erlöschen der Forderungen bewirkt, der zweite geht dahin, daß diese Wirkung auf den Zeitpunkt zurück-

zubeziehen ist, „in dem die Forderungen zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind". Dabei ergibt sich aus der Fassung des Gesetzes, daß es den Grund für die von ihm angenommene Wirkung ausschließlich in der „Aufrechnung", mithin gemäß § 388 lediglich in der Vornahme dieses Geschäfts, nicht aber schon in der Tatsache des Sichgegenüberstehens von Forderung und Gegenforderung findet. Denn abgesehen von dem ausdrücklichen Ausspruche „die Aufrechnung bewirkt", besagt das Gesetz anderseits nur, daß die Forderungen in dem Augenblicke des Sichgegenübertretens als erloschen „gelten". Eine unmittelbare Wirkung kann also dem bloßen Sichgegenüberstehen nicht beigemessen sein; vielmehr handelt es sich bei der Rückbeziehung nur um eine bloße Unterstellung kraft Gesetzes, die sich wiederum als eine unmittelbare Folge des Aufrechnungsgeschäfts ergibt und nur das Mittel darstellt, auf Grund dessen die an das Aufrechnungsgeschäft selbst geknüpfte schuldtilgende Wirkung zweckgemäß auf den früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden kann (RG 66, 372). Völlig rechtsunerheblich ist allerdings auch nicht die bloße Tatsache des Sichgegenüberstehens von an sich aufrechnungsfähigen gegenseitigen Forderungen. So berechtigt dieser Umstand insbesondere den Bürgen zur Einrede aus § 770. Aber es handelt sich hier nur um eine aufschiebende Einrede und nicht um die Geltendmachung einer rechtsvernichtenden Tatsache. Vgl. ferner die Ausführungen zu § 392. Wäre übrigens schon das Gegenüberstehen von Forderung und Gegenforderung von rechtszerstörender Wirkung, so müßte es bedeutungslos bleiben, wenn in der Folge die eine der beiden Forderungen erlöschen würde, bevor die Aufrechnung erklärt worden. Das ist aber nicht der Fall. Die Aufrechnungserklärung setzt für ihre Wirksamkeit vielmehr voraus, daß beide Forderungen noch zur Zeit der Aufrechnung bestehen. Endlich steht dem Teile, der seine Schuld in Unkenntnis seiner Gegenforderung vor der Aufrechnung bezahlt, keineswegs der Bereicherungsanspruch auf Grund der bloßen Behauptung zu, daß er eine deswegen anzunehmende Nichtschuld bezahlt habe, weil sich Forderung und Gegenforderung schon im Zeitpunkt der Zahlung gegenübergestanden hätten (a. A. Oertmann A 1 und Planck A 3). Es wird sich eben schwerlich sagen lassen, daß wegen des Gegenüberstehens einer Gegenforderung die Hauptforderung mit einer persönlichen Einrede im Sinne des § 813 behaftet gewesen sei. Auch der Grundsatz der Rückwirkung greift mithin nur unter der Voraussetzung Platz, daß die Erklärung der Aufrechnung selbst noch mit Erfolg abgegeben werden kann. Die **Wirkung der Aufrechnung** tritt mit allen regelmäßigen Folgen einer solchen ohne weiteres kraft Gesetzes und endgültig ein. Daher ist aber auch die sog. replica compensationis, der Versuch des Klägers, gegen die bereits aufgerechnete Gegenforderung des Beklagten mit einer andern ihm gegen den Beklagten zustehenden Forderung seinerseits aufzurechnen, wirkungslos (RG JW 1911, 151[5]). Stellt sich nachträglich heraus, daß der Gegenforderung eine zerstörliche Einrede entgegenstand (§ 390), so wird der Anspruch aus einer zu Unrecht erfolgten Aufrechnung nach den Grundsätzen über Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung beurteilt (RG 26. 6. 07 V 572/06).

2. Die Aufrechnung einer Forderung **gegen eine größere Forderung** bringt diese so weit zum Erlöschen, als der aufgerechnete Betrag reicht. Durch die Abtretung sowie durch die Einklagung eines Teilbetrags einer Forderung wird dieser Teil derart verselbständigt, daß er für die Aufrechnung als eine Forderung für sich in Betracht kommt. Daher kann auch der Gläubiger, der einen Teilbetrag eingeklagt hat, den Beklagten, der gegen die Klagforderung aufrechnet, nicht auf den nicht eingeklagten Teil seiner Forderung verweisen (RG 66, 271; 80, 393). Vgl. dagegen Planck A 1. Dem Gläubiger der größeren Forderung ist es natürlich unbenommen, zuerst seinesteils von der Aufrechnung Gebrauch zu machen und so dem Beklagten die Möglichkeit zu entziehen, sich gegen die Klage durch die Aufrechnung zu verteidigen. Erst nach der Klageerhebung versagt dies Mittel.

3. Die **Zurückbeziehung** äußert sich insbesondere dahin: Eine seit dem Sichgegenüberstehen der Forderungen inzwischen abgelaufene Verjährung (der eine rechtszerstörende Wirkung fehlt, § 222) ist als nicht eingetreten anzusehen (§ 390); Leistungsverzug (§ 284) ist seit jenem Zeitpunkte ausgeschlossen, mithin auch der Verfall einer Vertragsstrafe; der Zinsenlauf hört auf; endlich sind vom bezeichneten Zeitpunkte ab auch Bürgen und Pfänder befreit. Gemäß § 767 ZPO kann gegen eine bereits rechtskräftig zuerkannte Forderung nicht aufgerechnet werden (RG Warn 1913 Nr 389). — Für den Prozeß hat die Rückwirkung auf die Kostenlast insofern entscheidenden Einfluß, als der Kläger die Kosten selbst dann zu tragen hat, wenn die Aufrechnung erst im Prozesse erklärt wird, vorausgesetzt selbstverständlich, daß die beiden Forderungen sich schon vor dem Prozesse aufrechnungsfähig gegenüberstanden (RG 50, 389). Vgl. über den Einfluß der Prozeßaufrechnung auf die Prozeßkosten weiter § 388 A 3 a. E.

§ 390

Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Die Verjährung schließt die Aufrechnung nicht aus, wenn die ver-

jährte Forderung zu der Zeit, zu welcher sie gegen die andere Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war[1]).

E I 282; M 2 106; P 1 362.

1. **Mit einer Einrede behaftete Forderungen,** sei es mit einer rechtszerstörenden, sei es auch nur mit einer verzögerlichen, können vom Forderungsberechtigten nicht zur Aufrechnung benutzt werden. Zu den verzögerlichen Einreden gehört auch die der Zurückbehaltung aus § 273. Befindet sich aber der Aufrechnungsgegner im Annahmeverzuge, dann ist der Aufrechnende an der Aufrechnung nicht dadurch gehindert, daß sein Gegner das Zurückbehaltungsrecht geltend macht; nur muß der Aufrechnende seine Leistung anbieten und zur Verfügung halten (RG 94, 310, unter Hinweis zugleich auf § 274 Abs 2). Daß die Einrede der Verjährung hier einflußlos ist, sofern sie erst nach dem Sichgegenübertreten der Forderungen entstanden ist, ergibt sich, wie schon bei § 389 A 2 ausgeführt worden, aus dem Grundsatze der anzunehmenden Rückwirkung der Aufrechnung. Wohl aber ist die Aufrechnung gegen eine mit einer Einrede behaftete Forderung möglich. Nur wird der Aufrechnende gegebenenfalls nach § 813 vom Gegner die diesem durch die erfolgte Aufrechnung zuteil gewordene ungerechtfertigte Bereicherung herausfordern können (RG 63, 189), allerdings nur unter der Bedingung, daß er von seiner Einrede nicht schon bei der Aufrechnung unterrichtet war (§ 814). Betreffs § 212 KO vgl. RG 56, 365. — Daß es sich im Sinne des § 390 nicht auch um solche Einreden handelt, die in der Nichtigkeit der Forderung ihren Grund haben, folgt bereits aus den allgemeinen Voraussetzungen der Aufrechnung (§ 387 A 4). Die Anfechtbarkeit einer Forderung, z. B. wegen Irrtums, schließt, solange die Anfechtung nicht erfolgt ist, die Aufrechnungsfähigkeit der Forderung nicht aus (a. A. Planck A 1a). Erfolgt jedoch die Anfechtung, so wirkt die Vernichtung der Forderung notwendig auch auf die Aufrechnung zurück (§ 142). Dabei ist jedoch nicht zu übersehen, daß in der Aufrechnung gegen eine anfechtbare Forderung trotz Kenntnis ihrer Anfechtbarkeit offenbar eine Bestätigung des Geschäfts mit der Wirkung des § 144 enthalten wäre. Da die Rechtshängigkeit eine Einrede gegen die Forderung überhaupt nicht schafft (§ 265 ZPO), so beeinflußt sie auch nicht die Aufrechnungsfähigkeit. Die Aufrechnung mit einer Forderung, über die erst durch ein Schiedsgericht zu entscheiden ist, ist unzulässig (RG JW 1912, 132[3]). Der § 479 (betreffend den Anspruch auf Schadensersatz nach vollendeter Verjährung) schränkt den Satz 2 § 390 dahin ein, daß der Schadensersatzanspruch nach Vollendung der Verjährung nur dann aufgerechnet werden kann, wenn eine der in § 478 bezeichneten Handlungen vor Ablauf der Verjährungszeit vorgenommen war (Warn 1914 Nr 46).

§ 391

Die Aufrechnung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß für die Forderungen verschiedene Leistungs- oder Ablieferungsorte bestehen. Der aufrechnende Teil hat jedoch den Schaden zu ersetzen, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er infolge der Aufrechnung die Leistung nicht an dem bestimmten Orte erhält oder bewirken kann[1]).

Ist vereinbart, daß die Leistung zu einer bestimmten Zeit an einem bestimmten Orte erfolgen soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Aufrechnung einer Forderung, für die ein anderer Leistungsort besteht, ausgeschlossen sein soll[2]).

E I 285; M 2 111; P 1 371.

1. **Verschiedenheit der Leistungs- oder Ablieferungsorte.** Daß Zusammenhang (Konnexität) in Ansehung des Erfüllungsorts kein gesetzliches Erfordernis für die Aufrechnung bildet, ist bereits bei § 387 A 5 bemerkt. Für den etwaigen Schadensersatz kann gemäß § 251 nur eine Geldleistung in Frage kommen.

2. Die **gesetzliche Vermutung** („im Zweifel") ist von der aufrechnenden Partei zu widerlegen. Über das Fixgeschäft s. § 361.

§ 392

Durch die Beschlagnahme einer Forderung wird die Aufrechnung einer dem Schuldner gegen den Gläubiger zustehenden Forderung nur dann ausgeschlossen, wenn der Schuldner seine Forderung nach der Beschlagnahme

erworben hat oder wenn seine Forderung erst nach der Beschlagnahme und später als die in Beschlag genommene Forderung fällig geworden ist[1] [2]).

E I 286; M 2 111; P 1 373.

1. **Die beschlagnahmte Forderung.** Hat A gegen B eine Geldforderung und wird diese von seinem (des A) Gläubiger C gepfändet, so ergeht an B gemäß § 829 ZPO das Zahlungsverbot. In Befolgung dieses Grundsatzes würde B den A auch nicht mehr durch Aufrechnung befriedigen dürfen. Aus Billigkeit für den Drittschuldner (B) ist jedoch bestimmt, daß er durch die Beschlagnahme an der Aufrechnung grundsätzlich nicht gehindert sein soll. Es ist berücksichtigt, daß der Drittschuldner (B), sofern sich Forderung und Gegenforderung bereits vor der Beschlagnahme aufrechnungsfähig gegenüberstanden, auch zur Aufrechnung schon vor jenem Zeitpunkte in der Lage gewesen wäre, und daß die demnächst beschlagnahmte Forderung zur Zeit der Beschlagnahme im Falle rechtzeitiger Geltendmachung der Aufrechnung ohnehin nicht mehr bestanden hätte. Dieser Rechtsgrund versagt nun, wenn der Drittschuldner vor der Beschlagnahme zur Aufrechnung aus irgendeinem Grunde noch nicht in der Lage gewesen wäre, und demgemäß soll auch die Beschlagnahme die Möglichkeit der Aufrechnung nicht nur dann ausschließen, wenn der Drittschuldner seine Gegenforderung erst nach der Beschlagnahme erworben hat (RG Warn 1912 Nr 380), sondern auch dann, wenn zwar das Gegenteil zutrifft, die Aufrechnung aber durch den Mangel der Fälligkeit der Gegenforderung (oder, muß man hinzudenken, wegen des damaligen Mangels ihrer Gleichartigkeit) einstweilen noch gehindert war. Gemäß § 136 wirkt im übrigen die Beschlagnahme auch in jenen Ausnahmefällen ausschließlich zugunsten dessen, für den sie bewirkt worden ist, daher in dem oben vorausgesetzten Falle nicht auch zugunsten des Forderungsberechtigten A. — Die Grundsätze des § 392 werden entsprechend auch bei einem Aufrechnungsvertrage anwendbar sein.

2. Über den Einfluß des Konkurses auf die Aufrechnung vgl. die §§ 53—56 KO.

§ 393

Gegen eine Forderung aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung ist die Aufrechnung nicht zulässig[1]).

E I 287; M 2 112; P 1 374.

1. **Unzulässigkeit der Aufrechnung** gegen eine solche Forderung, die dem Gläubiger aus einer **vorsätzlich** (§ 276 A 2) **begangenen unerlaubten Handlung** dem andern Teile gegenüber erwachsen ist. Der Schuldner muß in diesem Falle unbedingt Zahlung leisten. Unbenommen wäre natürlich dem Gläubiger die Aufrechnung mit seiner Schadensersatzforderung. — Der Begriff der unerlaubten Handlung ist auch hier im Sinne der §§ 823ff. (RG Warn 1911 Nr 69), insbesondere des § 826 (RG 56, 321), zu verstehen. Strafbarkeit der Handlung ist bei § 393 kein Erfordernis (RG Warn 1911, 73[69]). Der Wucherer kann sonach nicht aufrechnen (RG 21. 12. 06 II 254/06); ebensowenig der Empfänger eines Wechsels gegen einen Anspruch des Wechselgebers, der sich nach § 826 darauf gründet, daß der Empfänger des Wechsels diesen geflissentlich, um den Wechselgeber zu schädigen, abredewidrig weiterbegeben hat (RG 56, 317). Gegenüber der Forderung des Auftraggebers gegen den Beauftragten (Einziehungsbevollmächtigten, Agenten), der eingegangene Beträge nicht abgeliefert, sondern verheimlicht hat, kann der Beauftragte insoweit nicht aufrechnen, als der Anspruch des Auftraggebers sich als Schadensersatzforderung wegen rechtswidriger Vorenthaltung darstellt. Unzulässig ist die Aufrechnung gegen einen Ersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung (RG LZ 09, 310[9]). Der bloße Vertragsanspruch dagegen aus der Vertragsverletzung findet in § 393 keinen Schutz gegen die Aufrechnung (RG SeuffA 63 Nr 361; RG 56, 321). Die Aufrechnung gegen eine Forderung auf Schadensersatz allein aus dem Grunde der Arglist nach § 463 dürfte ebenfalls zulässig sein, da diese Forderung nicht eine vorsätzlich auf Schadenszufügung gerichtete Handlung im Sinne des § 826 voraussetzt (vgl. § 123 A 2 a. E.; RG JW 07, 358[5]) und eine Ausdehnung der Ausnahmevorschrift des § 393 als unstatthaft erscheint. Für den § 393 ist endlich insoweit überhaupt kein Raum, als die beiderseitigen Vorteile und Nachteile auf derselben Grundlage beruhen, weil sich in solchem Falle Vorteile und Nachteile in entsprechender Höhe ohne weiteres gegeneinander ausgleichen, selbständige gegeneinander aufrechnende Forderungen somit nicht bestehen (RG 54, 139). — Der § 393 ist zwingenden Rechtes, im voraus auch durch Abrede nicht abänderlich (RG LZ 1912, 71[25]), und ist auch dann anzuwenden, wenn sich die Forderung und Gegenforderung bereits vor dem 1. Januar 1900 aufrechnungsfähig gegenüberstanden, die Aufrechnung aber erst später erfolgt ist (RG 12. 10. 11 VI 452/10).

§ 394

Soweit eine Forderung der Pfändung nicht unterworfen ist, findet die Aufrechnung gegen die Forderung nicht statt. Gegen die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen, insbesondere aus Knappschaftskassen und Kassen der Knappschaftsvereine, zu beziehenden Hebungen können jedoch geschuldete Beiträge aufgerechnet werden[1]).

E I 288; M 2 114; P 1 374.

1. **Gegen unpfändbare Forderungen** ist innerhalb der Grenze der Unpfändbarkeit („soweit"; vgl. RG Gruch 52, 668) die Aufrechnung, von den in Satz 2 vorgesehenen Ausnahmefällen abgesehen, **unzulässig**. Diese Vorschrift ist zwingend. Die Pfändbarkeit schließen namentlich aus: ZPO (§ 850 in Verbindung mit LohnBG, §§ 851, 852); HilfskG (§ 10); KrankVG (§ 56); GewUVG (§ 68); InvVG (§ 55); GewO (§ 100c Abs 2); GenG (§ 22 Abs 3); Pr Angestellten VersG (§ 26); FürsG (§ 19); RVO (§§ 119, 621, 955, 1127, 1324, 1325); RVG (§§ 128ff.). Eine diesen zwingenden Vorschriften zuwider selbst durch Vertrag vorgenommene Aufrechnung ist wirkungslos. Da ein zu einer Vorerbschaft gehörender Gegenstand unter den Voraussetzungen des § 2115 BGB im Wege der Zwangsvollstreckung nicht überwiesen werden soll, kann insoweit auch der Schuldner einer zu einer Vorerbschaft gehörenden Forderung gegen diese nicht mit einer ihm gegen den Vorerben persönlich zustehenden Forderung aufrechnen (RG 80, 30). Dem Aufrechnungsverbote des § 394 gegenüber schlägt jedoch die Einrede der Arglist durch, falls die zu tilgende Gegenforderung sich auf eine vorsätzliche unerlaubte Handlung des Gläubigers (Bediensteten) gründet, die dieser im Rahmen eben des Verhältnisses (Dienstverhältnisses) begangen hat, auf dem seine Forderung (Gehaltsforderung) beruht (RG 85, 116). — Vorbehalte für die Landesgesetzgebung gemäß EG Artt 80, 81 erstrecken sich nur auf Sonderbestimmungen der Landesgesetze, nicht aber auch auf allgemeine Grundsätze des früheren Rechtes (RG 55, 2). — Endlich besteht neben § 394 der § 115 GewO, wonach Löhne der Arbeiter bar auszuzahlen sind. Auch mit der Forderung auf Rückzahlung zuviel gezahlter Beträge kann gegen später fällig werdende nicht aufgerechnet werden (RG 21. 3. 04 IV 363/03; betreffend Unterhaltsforderungen eines unehelichen Kindes). Das Verbot der Aufrechnung mit Forderungen eines Gesellschafters einer Gesellschaft m. b. H. gegen den Anspruch auf Einzahlung der Stammeinlage gemäß § 19 Abs 2 GmbHG besteht auch dem Rechtsnachfolger des Gesellschafters gegenüber, an den der letztere die aufzurechnende Forderung abgetreten oder der die Forderung gepfändet hat (RG 85, 351). Der § 19 a. a. O. schließt auch die vertragsmäßige Aufrechnung aus (RG 85, 354). Eine abredegemäße Verrechnung zwischen dem Preise für eine eingebrachte Sache und der Einlage ist nichtig, wenn die Vereinbarung nicht in die Satzung der Gesellschaft m. b. H. aufgenommen worden ist (RG 86, 291). Der § 105 GenG will die Aufrechnung derart beschränken, daß die in der Vorschußberechnung festgesetzten Beiträge der Konkursmasse unverkürzt zufließen sollen (RG 88, 49). — Kann der Gläubiger der unpfändbaren Forderung mit dieser aufrechnen? Die Frage ist zu bejahen, soweit nicht das Gesetz, wie § 2 des LohnBG, dem Gläubiger zugleich die Verfügung über die Forderung entzieht. Denn das Gesetz schließt an sich nur die Aufrechnung „gegen" eine unpfändbare Forderung aus. Der § 400 ferner erklärt zwar eine unpfändbare Forderung für nicht abtretbar. Indessen es ist doch etwas anderes, ob der Gläubiger seine der Pfändung entzogene Forderung zum Zwecke der Veräußerung abtritt oder ob er sie unmittelbar zur Tilgung einer Schuld mittels Aufrechnung verwendet. Entzieht freilich das Gesetz dem Gläubiger die Verfügung über seine Forderung überhaupt, dann ist ihm damit schlechthin jede Art Verfügung entzogen, mithin auch die in einer Aufrechnung enthaltene.

§ 395

Gegen eine Forderung des Reichs oder eines Bundesstaats sowie gegen eine Forderung einer Gemeinde oder eines anderen Kommunalverbandes ist die Aufrechnung nur zulässig, wenn die Leistung an dieselbe Kasse zu erfolgen hat, aus der die Forderung des Aufrechnenden zu berichtigen ist[1]).

E I 289; M 2 114; P 1 375.

1. Diese, nur aus Zweckmäßigkeitsgründen gegebene Vorschrift schließt unbedingt nur die Aufrechnung **gegen** Forderungen der bezeichneten Art aus, aber nicht die Aufrechnung mit ihnen. Entscheidend wird sein, ob die Kasse eine selbständige, gesonderte Verwaltung hat. Denn ausschlaggebend ist der Gedanke, daß eine Verwirrung vermieden werden soll (RG

82, 236). Da die Reichsstempelabgaben (nach bisherigem Rechte) von den Einzelstaaten in eigenem Namen, nicht aber in Vertretung des Reiches erhoben werden, ist die Aufrechnung gegen Reichsstempelforderungen mit einer gegen den die Abgabe einfordernden Einzelstaat bestehenden Forderung zulässig und durch den § 395 nicht gehindert (**RG** 93, 63).

§ 396

Hat der eine oder der andere Teil mehrere zur Aufrechnung geeignete Forderungen, so kann der aufrechnende Teil die Forderungen bestimmen, die gegeneinander aufgerechnet werden sollen. Wird die Aufrechnung ohne eine solche Bestimmung erklärt oder widerspricht der andere Teil unverzüglich, so findet die Vorschrift des § 366 Abs 2 entsprechende Anwendung[1]).

Schuldet der aufrechnende Teil dem anderen Teile außer der Hauptleistung Zinsen und Kosten, so finden die Vorschriften des § 367 entsprechende Anwendung[2]).

E I 284; M 2 110; P 1 368; 6 166.

1. **Mehrheit aufrechnungsfähiger Forderungen.** Voraussetzung des Abs 1 ist, daß entweder der Aufrechnende mehrere Forderungen hat, mit denen er aufrechnen kann, oder daß dem Gegner mehrere Forderungen zustehen, gegen welche die Aufrechnung möglich ist. Für diese Fälle gilt folgendes: a) Der aufrechnende Teil kann die aufzurechnenden Forderungen bestimmen; tut er das und schweigt der Gegner, dann greift die getroffene Bestimmung durch; widerspricht der Gläubiger, und zwar unverzüglich (§ 121), dann entscheiden die in § 366 Abs 2 gegebenen Regeln. b) Trifft der Aufrechnende keine Bestimmung, dann ist wiederum die Regel des § 366 Abs 2 maßgebend; auf den Gegner geht also das Bestimmungsrecht nicht über. — Es ist in Zweifel gezogen, ob eine Aufrechnungserklärung überhaupt als abgegeben angesehen werden kann, wenn der Aufrechnende gar nicht erkennen läßt, „mit" welcher von seinen mehreren Forderungen er aufrechnen will. Die Fassung der Vorschrift gibt jedoch zu einem solchen Zweifel keine Berechtigung, da sie nach ihrer uneingeschränkten Fassung ebensowohl für den Fall zutrifft, daß der Aufrechnende diejenige seiner mehreren Forderungen nicht bestimmt, „mit" der aufgerechnet werden soll, wie für den Fall, daß er eine bestimmte Gegenforderung nicht bezeichnet, „gegen" die aufgerechnet werden soll. Nach beiden Richtungen ist es auch möglich, die fehlende Bestimmung aus dem Gesichtspunkte des § 366 Abs 2 zu ersetzen. — „Bestimmung" wie Widerspruch sind einseitige empfangsbedürftige (§§ 131 u. 132), unwiderrufliche Willenserklärungen. — Hat der Kläger nur einen Teil seiner Forderung eingeklagt, und der Beklagte eine Gegenforderung zur Aufrechnung gestellt, dann ist der Kläger nicht berechtigt, die Aufrechnung auf den nichteingeklagten Teil seiner Forderung zu verweisen (**RG** 66, 266; **RG** 80, 394). Vgl. auch § 388 A 3 a. E. — Über Aufrechnung im Kontokorrentverkehr vgl. **RG** 56, 24; 59, 194.

2. Im Falle des Abs 2 werden gemäß § 367 von der Aufrechnung **zuerst die Kosten, dann die Zinsen, zuletzt die Hauptforderung betroffen.** Der Aufrechnungsgegner kann in diesem Falle die Aufrechnung ablehnen, wenn der Aufrechnende eine andere Reihenfolge bestimmt, und macht damit die Aufrechnungserklärung wirkungslos. A. A. Planck A 2 Abs 2.

Vierter Titel

Erlaß

§ 397

Das Schuldverhältnis erlischt, wenn der Gläubiger dem Schuldner durch Vertrag die Schuld erläßt[1]).

Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger durch Vertrag mit dem Schuldner anerkennt, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe[2]).

E I 290; M 2 114; P 1 376.

1. Wie bereits bei § 362 A 1 ausgeführt worden ist, so stellt der **Erlaß** einen **Schulderlöschungsgrund** dar. Das Eigentümliche dabei ist, daß er seine Wirkung ausschließlich kraft Willenserklärungen hervorbringt, nämlich **durch Vertrag,** also durch die gegenseitige, möglicherweise auch bloß stillschweigend erfolgende (**RG** 72, 171; JW 1911, 1014[6]) Willenseinigung

darüber, daß die Schuld nicht mehr bestehe. In dieser Hinsicht unterscheidet sich der Erlaß von dem sog. Aufhebungsvertrage (§ 305 A 1), weil dieser sich unmittelbar gegen das Bestehen gerade des Schuldgrundes, nicht aber, ohne Rücksicht auf den Schuldgrund, gegen das Bestehen der Schuld wendet. Da zum Schulderlasse unbedingt ein Vertrag gehört, so kommt er nicht schon durch einseitige Erklärung zustande, etwa also dadurch, daß der Gläubiger auf den Schuldschein schreibt: „Dieser Schein wird mit meinem Tode ungültig"; im übrigen würde es hier auch an der gehörigen Form sowohl der Schenkung wie einer letztwilligen Verfügung mangeln (RG 11. 2. 08 III 318/07). Der schenkungshalber erfolgende Schulderlaß (RG 53, 294; 80, 138) ist freilich als sofort vollzogene Schenkung der Form nicht bedürftig (§ 518). Dagegen ist dem Formzwange unterworfen die mit der Aufhebung des Schulderlasses verbundene unentgeltliche Wiederherstellung des früheren Schuldverhältnisses (RG 76, 59). — Da der Erlaßvertrag für sein Zustandekommen nichts weiter fordert als die Willenseinigung, und da diese Willenseinigung unmittelbar auf ein bestehendes Recht einwirkt, so gehört der Erlaß zu den dinglichen Verträgen. Weil ferner seine Wirkung von einem den Erlaß etwa veranlassenden Grundgeschäfte unabhängig ist, so folgt endlich, daß er auch den abstrakten Rechtsgeschäften (Vorbem 5 vor § 104) zugehört (RG 53, 296). Als solches ist der Erlaß grundsätzlich von der Rechtsbeständigkeit des etwaigen Grundgeschäfts unabhängig, insbesondere ist dessen Formerfordernis für ihn ohne Bedeutung (RG 53, 294; JW 1913, 428; Gruch 57, 959). Es kann freilich beabsichtigt sein, den Erlaß vom Bestimmungsgrunde derartig abhängig zu machen, daß er hinfällig wird, wenn sich der Bestimmungsgrund nicht als rechtsbeständig erweist, dann tritt die Hinfälligkeit gegebenenfalls ohne weiteres ein (RG JW 1911, 488[11]). Auch kann dem Erlasse eine aufschiebende (RG JW 1911, 1014) wie auch eine auflösende Bedingung zugefügt sein, deren Eintritt ihn ebenfalls unwirksam macht (RG Warn 1911 Nr 259). In der Natur der Sache liegt es aber weiter, daß der Erlaßvertrag die ihm zukommende dingliche Wirkung nur dann auszuüben vermag, wenn er, wie dies das Gesetz ausdrücklich vorsieht, zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossen wird, so daß auch ein gegenüber dem Hauptschuldner zugunsten der etwaigen Bürgschaftsschuld eines Dritten erklärter Erlaß wirkungslos wäre (RG 24. 2. 02 VI 32/02). Dem Gläubiger muß auch, da der Erlaß eine Verfügung über die Forderung enthält, die Verfügungsbefugnis über die Forderung zugestanden haben; oder es könnte dieser Mangel nur unter den in § 185 gegebenen, hier ebenfalls zutreffenden Bedingungen behoben werden. Da die Folge eines Erlasses schließlich auch die ist, daß der Schuldner durch ihn auf negative Weise eine Vermögensvermehrung erfährt, so stellt er zugleich eine Leistung des Gläubigers im Sinne des § 812 dar (RG 53, 296). — Da der Erlaß die Schuld endgültig zum Erlöschen bringt, ist es auch nicht möglich, die erlassene Schuld durch bloße Abrede wiederherzustellen. Vielmehr bedarf es einer erneuten Schuldbegründung (RG 76, 59), und so, falls eine Darlehnsschuld erlassen ist, zur Begründung eines Darlehnsverhältnisses der erneuten Hingabe des Geldes (RG JW 1911, 400[9]). Liegt dem Erlasse ein gegenseitiger Vertrag zugrunde, dann kann er durch einen Rücktritt von diesem Vertrage nach den Regeln der §§ 327, 346ff. wieder beseitigt werden (RG JW 1913, 427[4]). Der Erlaß setzt begrifflich eine bereits bestehende Forderung voraus, so daß der „Erlaß" einer erst künftigen Forderung überhaupt nicht einen solchen aus § 397, sondern eine Abrede darstellt, die schon die Entstehung der Forderung hindert (vgl. RG 72, 170). — Auch eine auf Verlangen des Schuldners abgegebene Entlastungserklärung kann einen Erlaß im Sinne des § 397 darstellen (RG SeuffA 70 Nr 75).

Zu unterscheiden vom Erlasse sind: a) Das lediglich eine persönliche (obligatorische) Verpflichtung begründende Versprechen des Gläubigers, den Schuldner nicht, insbesondere nicht innerhalb gewisser Frist, in Anspruch nehmen zu wollen (pactum de non petendo); vgl. dazu hinsichtlich der Gesamtschuldverhältnisse § 423 und betreffs des Einrederechts des Bürgen die §§ 768, 770. b) Der Verzicht. Dem Erlasse mit einem Verzicht gemeinsam ist, daß auch dieser den Untergang eines Rechtes zur Folge hat. Aber der im BGB überhaupt nicht einheitlich behandelte Verzicht hat seinen Platz auch bei der Aufgabe von bloßen Befugnissen und Einreden (§§ 239, 571, 671, 768, 739 Nr 1, 1137, 1822 Nr 2) sowie von Rechten außerhalb des Gebiets der Schuldverhältnisse, während der Erlaß ausschließlich hier in Betracht kommt; endlich setzt der Verzicht überhaupt nicht ein bereits wohlerworbenes Recht voraus (§§ 2303, 2346, 2347), und zu seiner Begründung verlangt er begrifflich auch nicht ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (§§ 376, 382, 533, 658, 1406 Nr 1, 1453, 1643), abgesehen vom Gebiete der Schuldverhältnisse, wo die Annahme des Verzichts und daher ein Vertrag erforderlich ist (RG 72, 171). Anderseits gehört es nicht zum Wesen des Verzichts, daß er ohne Gegenleistung, unentgeltlich erfolgt (vgl. §§ 1491 Abs 2, 1501 Abs 1; RG 75, 259). Auch ein Verzicht kann übrigens stillschweigend erklärt werden; er betrifft alsdann aber nur die dem Erklärenden bekannten Rechte und nicht auch solche, die ihm etwa aus Fahrlässigkeit unbekannt geblieben sind. Eine allgemeine Auslegungsregel, daß Rechtsverzichte nicht zu vermuten seien, ist dem BGB unbekannt (RG 19. 11. 06 IV 181/06). Steht ein unentgeltlicher Verzicht auf ein wohlerworbenes Recht in Frage, dann ist, da eine allgemeine Verkehrs-

sitte hier schwerlich besteht, gemäß § 157 der etwaige Vertrag gegen den auszulegen, dem der Verzicht zugute käme (RG JW 1911, 1014[6]). „Der Verzicht auf das Eigentum oder auf sonstige dingliche Rechte an beweglichen Sachen bedarf nur der Kundgabe an den andern Beteiligten, bedarf dagegen nicht auch der Annahme seitens des letzteren" (RG 66, 344). Bei diesem bedenklichen Ausspruche ist übersehen, daß die Aufgabe des Eigentums an einer beweglichen Sache überhaupt nicht erfordert, daß die Aufgabe einem andern gegenüber erklärt wird, und daß zur Aufgabe des Eigentumsrechts auch nicht einmal die Kundgabe des Verzichtswillens einem andern gegenüber erforderlich ist, daß vielmehr nach § 959 zur Entäußerung des Eigentums genügt, wenn der Besitz mit dem Willen aufgegeben wird, auf das Eigentum zu verzichten. Im Falle von RG 66, 344 handelte es sich indessen überhaupt nicht um einen Verzicht auf das Eigentum, in welchem Falle die Sache herrenlos geworden wäre, sondern um einen Verzicht auf den vertragsmäßigen Vorbehalt des Eigentums an der dem Vertragsgegner bereits übergebenen Sache (RG Warn 1911 Nr 71). Durch diesen Verzicht erfüllte sich mithin auch nur die Bedingung für das Wirksamwerden der zum Zwecke der Übereignung bereits erfolgten Übergabe. Vgl. § 455 A 8. Bei Rechten an einer fremden beweglichen Sache (Nießbrauch und Pfandrecht) ist allerdings eine einseitige Erklärung dem andern Beteiligten gegenüber (Eigentümer oder Besteller) erforderlich und genügend (§§ 1064, 1255). Bei Aufgabe von Rechten an Grundstücken im Wege des Verzichts kann dieser sowohl demjenigen gegenüber, zu dessen Gunsten die Aufgabe erfolgt, wie auch dem Grundbuchamte gegenüber erklärt werden (§§ 875, 1064, 1183, 1192, 1199, 1255). — Zur Begründung eines Verzichts auf ein negatorisches Recht reicht die bloße Tatsache, daß das Recht nicht ausgeübt worden ist, nicht aus (RG JW 1910, 941[18]; SeuffA 56 Nr 104). Zur Begründung eines Verzichts auf hypothekarische Rechte im Konkurse ist nicht der Nachweis des inneren Verzichtwillens erforderlich; es genügt vielmehr die Feststellung eines unzweideutigen Verhaltens des Berechtigten, das von dem Erklärungsgegner nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte sowie nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen als Aufgabe des Rechtes angesehen werden konnte (RG 11. 12. 15 V 248/15).

2. Der sog. **negative Anerkennungsvertrag** ist nach Abs 2 dem Erlasse gleichgestellt. Er bringt mithin wie der Erlaß das bestehende Schuldverhältnis — bei gegenseitigen Verträgen den betroffenen Einzelanspruch — zum Erlöschen. Über den zwangsweisen Erlaß im Wege des Zwangsvergleichs s. § 173 KO. Hat jemand das Nichtbestehen einer Forderung anerkannt, wiewohl er von ihrem Bestehen Kenntnis hatte, so hat er das Anerkenntnis ohne Rücksicht auf den Bestand des Schuldverhältnisses abgegeben und damit das Rückforderungsrecht (die Kondiktion des Anerkenntnisses) verwirkt (RG Warn 1911 Nr 4). Vgl. im übrigen betreffs der Rückforderung der im negativen Anerkennungsvertrage enthaltenen Leistung die Erläuterungen zu § 812 Abs 2.

Vierter Abschnitt

Übertragung der Forderung

§ 398

Eine Forderung²) kann von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden (Abtretung)¹). Mit dem Abschlusse des Vertrags tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers³)⁴).

E I 293; M 2 118; P 1 377.

1. **Abtretung.** Nach dem BGB sind wie Sachen so auch Forderungen im allgemeinen frei veräußerlich (vgl. § 137 A 1) und daher mit der Wirkung rechtsgeschäftlich übertragbar, daß der eine Teil sein Gläubigerrecht verliert und der andere es erwirbt. Das entsprechende Rechtsgeschäft ist die Abtretung. Nach diesem ihrem Zwecke spielt sie im Gebiete der Forderungsrechte die gleiche Rolle wie bei der Veräußerung von Sachen die Übergabe im Sinne des § 929 und die Auflassung und Eintragung nach § 873. Denn überall handelt es sich hier um die Übertragung von Rechten, nur daß der Gegenstand des Rechtes je ein verschiedener ist und demgemäß auch das Übertragungsmittel entsprechend anders geartet sein muß. Allein ein Erfordernis stellt das Gesetz für alle Fälle von Rechtsübertragungen gleichmäßig auf, das ist die Vornahme des sog. dinglichen Vertrags, d. h. der Einigung des Veräußerers und des Erwerbers über den Rechtsübergang. Bei der reinen Forderung, der lediglich ein Verhältnis von Person zu Person zugrunde liegt, ohne daß das Recht an einen sonstigen Rechtsträger gebunden wäre (§§ 793ff.), reicht auch das eine Mittel der Willenseinigung für den Rechtserfolg völlig aus. Für die dingliche Wirkung der Rechtsübertragung allein kommt

hier mithin weiteren Vorgängen (wie der Anzeige an den Schuldner, bei beurkundeten Forderungen der Übergabe der Urkunde) überhaupt keine entscheidende Bedeutung zu. Auch zur Abtretung eines Sparkassenguthabens bedarf es der Übergabe des Sparkassenbuchs nicht (RG Warn 1916 Nr 74). Nur zur Übertragung einer Wechselforderung gehört auch die Übertragung des Wechsels (RG 88, 292), und bei Hypothekenforderungen die Übergabe des Hypothekenbriefs (§ 1154). — Da die Wirkung der Abtretung lediglich an die Willenseinigung geknüpft, von einem etwaigen Grundgeschäfte mithin unabhängig gemacht ist, ein solches nicht einmal zur notwendigen Voraussetzung hat (RG 87, 68), so gehört auch die Abtretung wie der Erlaßvertrag zu den abstrakten Rechtsgeschäften (RG 68, 99; 87, 71; JW 1911, 653[26]; 1915, 650). Ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis wird zwischen den Parteien durch das Rechtsgeschäft der Abtretung allein für sich nicht begründet; eine solche Folge kann vielmehr nur das etwaige der Abtretung zugrunde liegende Grundgeschäft haben, sei es, daß dieses ihm vorangegangen ist, sei es, daß beide Rechtsgeschäfte zusammenfallen (M 1, 128; RG JW 1914, 188[4]). Aus dieser Rechtsnatur der Übertragung als dingliches und abstraktes Geschäft erklären sich mannigfache Erscheinungen. Zunächst die, daß die Übertragung, soweit nicht Sonderbestimmungen Platz greifen (§§ 1154, 1155, 1159, 1192; § 15 Abs 3 GmbHG; RG Warn 1912 Nr 105), einer Form selbst dann nicht bedarf, wenn sie sich als die Vollziehung eines formbedürftigen Grundgeschäfts (wie eines Schenkungsversprechens) darstellt (RG 53, 270; 14, 868; JW 07 S. 73[3] u. 329[5]); ferner die Tatsache, daß die Nichtigkeit sowie die Anfechtung des etwaigen Grundgeschäfts nicht ohne weiteres und unbedingt auch die Übertragung mit beeinträchtigt (vgl. darüber RG 57, 95; 69, 16; 70, 89 und § 125 A 1c).

Weiter erklärt sich das praktisch bedeutsame Ergebnis, daß die Abtretung ihre dingliche Wirkung auch dann ausübt, wenn die Parteien nach dem Grundgeschäfte nicht eine Veräußerung, sondern nur ein **Sicherungsgeschäft** oder nur eine Übertragung zur Einziehung (Inkassovollmacht) bezweckt haben. Denn in diesem Falle kommt den Vorbehalten Bedeutung nur für das Innenverhältnis zwischen den Parteien selbst zu (wonach der Zessionar bei Verwertung der Forderung zur Vermeidung eigener Haftung das Interesse des Zedenten wahrzunehmen hat, RG JW 1911, 712[10]), während die Übertragung ihre Wirkung nach außen hin selbständig äußert. Vgl. über die sog. fiduziarischen Geschäfte Vorbem 6 vor § 104; ferner § 117 A 3 und RG 53, 416; 76, 347; Warn 1911 Nr 70. — Ist bei einer Sicherungsabtretung der Zweck bereits völlig erreicht, so steht dem Abtretenden gegen den Zessionar ein Anspruch auf Rückabtretung zu (RG 95, 245; Warn 08 Nr 197); sonst nach dem Grundsatze von der ungeteilten Haftung des Pfandes erst dann, wenn die gesamte zu sichernde Forderung erloschen ist (RG Gruch 51, 374; 54, 1175; JW 1912, 135[7], wonach der Fiduziar gegebenenfalls, wenn er sich zur Rückübertragung außerstand gesetzt hat, zum Schadensersatze verpflichtet ist). Ohne weiteres endigt mit der Befriedigung des Gläubigers die Wirkung der Sicherungsabtretung nur dann, wenn die Befriedigung oder das sonstige Erlöschen der Forderung als auflösende Bedingung gesetzt worden sind (RG Gruch 54, 1172; Warn 1914 Nr 7). Andernfalls muß der Schuldner (Zedent), der das Übertragungsgeschäft rückgängig machen will, vorleisten, und er entbehrt auch des Zurückbehaltungsrechts (RG Warn a. a. O.). — Der Fiduziar ist auch zur Weiterübertragung der Forderung (RG 95, 245) sowie zu ihrer Einklagung befugt, und eine Abmachung zwischen ihm und dem Zedenten, daß dieser auch selbst im eigenen Namen klagen dürfe, oder daß er allein der Klageberechtigte sein solle, wäre wirkungslos (RG JW 05, 718[8]; sowie Warn 1911 Nr 14) und würde damit den ganzen Abtretungsvertrag vernichten (vgl. RG 92, 109 und die dort angeführten zahlreichen Urteile). Danach genügt es auch nicht zur Wirksamkeit der Zession, wenn dem Zessionar die Klagebefugnis nur für den Fall ausbedungen worden ist, daß der Zedent durch Maßregeln seiner Gläubiger bedroht wird. Und anderseits genügt zur Vereitlung der Zession schon die Abrede, daß der Zessionar nicht befugt sein soll, dem Schuldner die Zession bekanntzumachen (RG 92, 108). Zur Wirksamkeit einer Zession ist es eben unbedingtes Erfordernis, daß nach außen hin der Zessionar als der nunmehrige Gläubiger in die Erscheinung treten soll, und zwar an Stelle des bisherigen Gläubigers. Daher widerspricht es auch durchaus dem Wesen der Zession, wenn dem Zedenten die Verfügung über die Forderung in eigenem Namen und die Verwendung des eingezogenen Betrags zu eigenem Zwecke dauernd verbleiben soll (RG Gruch 60, 851); während es mit dem Wesen der Zession noch als vereinbar erscheint, wenn der Zedent das Recht nur so lange behalten soll, als er seinen Zahlungsverpflichtungen dem Zessionar gegenüber nachkommt, dieser jedoch seinerseits zu eigener Einziehung der Forderung befugt sein soll, sobald der Zedent eine fällige Verpflichtung nicht erfüllt; daher sind auch solche Zessionen, wie sie namentlich behufs Diskontierung von Buchforderungen vorgenommen werden, nicht schlechthin unwirksam (RG 12. 3. 18 II 528/17; vgl. auch JW 09, 734, wonach es in solchen Fällen nicht der Anzeige an den Schuldner bedürfen soll). Der Fiduziar hat im übrigen wie ein Beauftragter die Pflicht, behufs Erhaltung der Forderung und bei ihrer Verwertung das Interesse seines Schuldners (des Zedenten) zu schützen (RG 76, 347; JW 1911, 581[23]; Warn 1914 Nr 7). Vgl. weiter § 117 A 3.

Möglich ist es auch, **lediglich das Verfügungsrecht über eine Forderung** oder über ein Recht, insbesondere die bloße Klagebefugnis, derart abzutreten, daß das Gläubigerrecht oder das Recht selbst dem Zedenten verbleibt, und der Zessionar mithin das ihm übertragene Recht zwar in eigenem Namen und in eigenem Interesse, aber doch für fremde Rechnung und als ein fremdes auszuüben vermag (RG 53, 418; 73, 306; 78, 90; Warn 08 Nr 197; Gruch 59 Nr 12); so zur Einziehung erfüllungshalber (RG 76, 348; Warn 1913 Nr 136); vgl. dazu auch § 117 A 3 und § 364 A 2. Zulässig ist es daher auch, daß in einem bestätigten Zwangsvergleiche jemand (dem Konkursverwalter) die Befugnis eingeräumt wird, die Masse zu verwerten und zu verteilen, der Ermächtigte ist dann aktiv und passiv legitimiert (RG 89, 133). Unbedingtes Erfordernis ist es jedoch bei Abtretung der bloßen Einziehungs- oder Klagebefugnis, daß der Zessionar ein eigenes rechtliches Interesse an Geltendmachung des Rechtes für sich hat, da ihm andernfalls das erforderliche Rechtsschutzinteresse mangeln würde; im Grunde handelt es sich in solchen Fällen auch nur um eine Ermächtigung (RG 91, 395). Da in Fällen gedachter Art das Gläubigerrecht in Wirklichkeit beim Zedenten verbleibt, so ist auch die Ansicht zu billigen, daß das dem Einziehungszessionar gegenüber ergehende Urteil seine Rechtskraft gemäß § 322 ZPO auch auf den Zedenten erstreckt (RG 52, 216; JW 1910, 1101[8]). Ein Nießbrauchrecht kann zur bloßen Ausübung mit Klagebefugnis einem andern wirksam übertragen werden. — Zu bemerken ist, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach auch die Übertragung von bloßen aus dem Rechte abgeleiteten Befugnissen oder die Abtretung lediglich zur Einziehung möglich ist, im Schrifttume vielfach angefochten worden ist; vgl. insbesondere Planck A 1b β. Indes die Rechtsprechung dient einem praktischen Bedürfnisse.

Da die Abtretung dinglich wirken soll, so ist es notwendige Vorbedingung hierfür, daß dem Abtretenden selbst das **Verfügungsrecht** über die Forderung zusteht. Jedoch sind die Regeln des § 185 auch hier entsprechend anwendbar. Durch den bloßen Vorvertrag, das keiner Form bedürftige (RG 87, 71; 54, 147; JW 1915, 1007) pactum de cedendo, wird nur eine persönliche Verpflichtung zur Abtretung begründet, und daher kann sie auch von einem nicht Verfügungsberechtigten eingegangen werden. Unanwendbar sind die nur für das Sachenrecht gegebenen Grundsätze vom gutgläubigen Erwerbe (vgl. indessen § 405). — Widerrufbar ist die erfolgte Abtretung dann, wenn sie nur im Interesse des Zedenten vorgenommen worden ist, regelmäßig jedoch dann nicht, wenn es zugleich auch im Interesse des Zessionars geschehen ist, oder wenn dieser den Prozeß gegen den Schuldner auf eigene Gefahr führen soll (RG Warn 1919 Nr 162).

Nach den allgemeinen Grundsätzen von Willenserklärungen kann die Abtretung auch **stillschweigend** erfolgen; so die einer verbrieften Forderung durch Übergabe der Urkunde (RG JW 04, 337[3]; 07, 329[5]) und die Abtretung der dinglichen Klagerechte sowie des Berichtigungsanspruchs durch die Erteilung der Auflassung betreffs eines Grundstücks, auf dem der des Berechtigungsanspruchs teilhaftige Auflassende als Eigentümer selbst nicht eingetragen steht (RG 46, 225; 59, 294); endlich der vom Zwangsverwalter erstrittene Anspruch auf Zurückschaffung von Gegenständen, die vom Grundstücke entfernt sind, durch Aufnahme dieses Anspruchs in die Versteigerungsbedingungen (RG 3. 4. 11 V 348/10; vgl. auch RG 74, 201 darüber, daß gegebenenfalls das Zuschlagsurteil obligatorische Wirkungen erzeugt). Es muß sich stets nur ergeben, daß mit Vornahme des ausdrücklich erklärten Geschäfts auch die Abtretung verbunden sein sollte (RG JW 04, 337[3]).

2. Im allgemeinen ist **jede Forderung abtretungsfähig,** also auch eine sog. unvollkommene (§ 134 A 4). Übertragbar sind grundsätzlich (vgl. über die Ausnahme § 399 A 4) auch Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen, ohne daß hierdurch das Einrederecht des andern Teiles aus den §§ 320, 321 u. 404 berührt wird (RG 51, 170; 64, 122; Gruch 55, 640). Hat der Verpflichtete seinen Anspruch (Kaufpreisforderung) an einen andern abgetreten, dann kann er gleichwohl auch noch selbst seine Leistung verweigern, bis der Berechtigte seine Schuld dem Zessionar gegenüber erfüllt (RG JW 1916, 1115[3]). Bei der Übertragung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen, die auf die Dauer gerichtet sind, ist auslegungsweise festzustellen, in welchem Umfange die Forderung abgetreten ist; regelmäßig wird als Parteiabsicht anzunehmen sein, daß Erweiterungen der Forderung mit übertragen sind (RG Warn 1915 Nr 260). Die Abtretung des Anspruchs aus einem Teillieferungsvertrage (Sukzessivlieferungsvertrage) hindert den abtretenden Verkäufer nicht, dem Lieferungsanspruche des Käufers gegenüber die Einrede der Zurückbehaltung aus § 320 geltend zu machen (RG 88, 254). — Übertragbar ist auch der Anspruch aus einem Baugeldvertrage auf Zahlung der bereits fälligen Raten (RG Warn 1911 Nr 320); ferner der Auseinandersetzungsanspruch aus einem Gesellschaftsvertrage (nicht aber aus einer Erbengemeinschaft; RG 60, 126); der Anspruch aus einem Wettbewerbsverbote mit Übertragung des Geschäfts (RG 56, 227); das Recht aus einer Löschungsvormerkung (RG 52, 11; vgl. dazu § 401 A 1 a. E.); des ferneren wie der Anspruch auf Herausgabe gemäß §§ 870, 931 so auch die Besitzklage aus § 861 (RG 4. 4. 14 V 535/13). Abtretbar ist im

Falle der Weiterzession auch der dem (ersten) Zessionar aus dem Vertrage mit seinem Zedenten erwachsene, wenngleich erst in der Person des Nachzessionars zur Entstehung gelangende Gewährleistungsanspruch (RG Gruch 49, 906). — Übertragbar sind insbesondere die Ansprüche auf Auflassung sowie auf Berichtigung des Grundbuchs, letzteres jedoch mit der Einschränkung, daß in dieser Zession nur eine Ermächtigung, das Recht des Zedenten in eigenem Namen und eigenem Interesse auszuüben, gefunden werden kann (RG 64, 68), da der an das dingliche Recht gebundene Berichtigungsanspruch allein für sich nicht übertragbar ist und nur der gegenwärtige Rechtsinhaber berichtigungsberechtigt ist (RG Warn 1911 Nr 239; RG 53, 408). Die Frage jedoch, ob der Berichtigungsanspruch nur im Wege der Auflassung (RG 62, 327; Warn 1911 Nr 185) oder auch selbständig für sich durch (ausdrückliche) Zession übertragen werden kann, ist im letzteren Sinne zu beantworten, weil es grundsätzlich überhaupt möglich ist, Befugnisse, die an das Recht selbst gebunden sind, allein für sich mit der alleinigen Wirkung auf einen andern zu übertragen, daß dieser dadurch ermächtigt wird, die Befugnis in eigenem Interesse und in eigenem Namen kraft des fremden Rechtes durch Klage zur Geltung zu bringen (RG 73, 306 u. 78, 87). Aber, wie das Reichsgericht annimmt, so kann der Zessionar nach dem geltenden Rechte die Berichtigung stets nur auf den Namen des Auflassenden oder des Zedenten verlangen, weil das Gesetz im Gebiete des Liegenschaftsrechts eine Abtretung des Eigentumsanspruchs im Sinne des § 931 nicht kennt (RG 62, 327; 64, 165; 66, 22). Indessen dieses Ergebnis befriedigt schwerlich, weil es zu unnützen Weiterungen führt. Freilich ist nicht zu verkennen, daß nach dem herrschenden Rechte Eigentum an einem Grundstücke rechtsgeschäftlich nur im Wege der Auflassung und Eintragung erworben werden kann, und daß, wenn der Erwerber infolge der Geltendmachung des seinem Veräußerer zustehenden Berichtigungsanspruchs auch wirklich die Eintragung des Eigentums auf seinen Namen erwirkte, es immer doch noch an der Auflassung an ihn fehlen würde. Zu einem befriedigenden Ergebnisse könnte man bei dieser Sachlage trotzdem gelangen, wenn man gegebenenfalls in der Auflassungserklärung des nicht eingetragenen, des Berichtigungsanspruchs teilhaftigen wahren Eigentümers eine Abtretung des Anspruchs gegen den eingetragenen Nichteigentümer nicht auf die Berichtigung des Eigentums, sondern auf die Auflassung an den Erwerber finden wollte. Der Zessionar träte hierin alsdann an die Stelle des Berichtigungsberechtigten (§ 398 Satz 2), und er könnte die Auflassung unmittelbar für sich selbst fordern, und der eingetragene Nichteigentümer, der die Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen verpflichtet wäre, hätte kein anerkennenswertes Interesse daran, dem Zessionar die Auflassung zu verweigern und ihm entgegenzuhalten, daß er nur in die Grundbuchsberichtigung auf den Namen des wahren Eigentümers und nur in der Form des § 894 einzuwilligen verpflichtet sei. Eine solche Einrede wäre schikanös und verstieße gegen Treu und Glauben (§ 242). — Über „Abtretung des Portefeuilles" vgl. RG 56, 292.

Wie im ganzen, so ist eine Forderung auch **teilweise übertragbar**, vorausgesetzt, daß sie an sich teilbar ist (RG 64, 120), wobei im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß der Zedent dem Zessionar das Vorrecht zugunsten der abgetretenen Teilforderung hat abtreten wollen (RG JW 1914, 528[5]; nemo surrogat contra se). Ebenso ist von mehreren in dem nämlichen Vertrage begründeten Ansprüchen nur der eine übertragbar (RG Gruch 54, 924). Abtretbar sind auch Forderungen aus Vorverträgen (RG 66, 361; 68, 356). Das Nähere § 399 A 4 a. E.

Kommt der Abtretung auch gleich der Übergabe eine dingliche Wirkung zu, so ergibt sich aus der Natur der Sache doch der Unterschied, daß die Übergabe notwendig eine bereits vorhandene Sache voraussetzt, weil eine körperliche Übergabe einer nicht vorhandenen Sache undenkbar ist, daß hingegen die sich allein durch Willenserklärungen vollziehende **Abtretung auch erst künftiger Forderungen** wie Rechte begrifflich möglich ist. Notwendig dazu ist freilich, daß die künftige Forderung schon so genügend bestimmt, wenigstens bestimmbar (RG JW 1917, 764[7]) ist, daß es nur noch ihrer Entstehung bedarf, um die Übertragung von da ab ohne weiteres wirksam werden zu lassen (RG 55 S. 334, 404; 58, 72; 67, 166; sowie 75, 225). Die Übertragung künftiger Forderungen hat daher auch sofort die dingliche Wirkung, daß bei Entstehung der Forderung der Übergang sich ohne weiteres vollzieht (RG JW 1913, 132[8]). So ist auch die Abtretung künftiger Zinsen (vgl. § 246 A 1 a. E.) sowie aller Mietansprüche aus einem bestimmten Mietverhältnisse zulässig (RG Gruch 48, 891; Warn 1912 Nr 361); ferner die Übertragung künftiger Hypotheken (RG 74, 416). Da die Abtretung unbedingt erst mit Entstehung der Forderung oder des Rechtes wirksam werden kann und eine Rückwirkung ausgeschlossen ist, so sind bei einer künftigen Hypothek auch die Grundsätze vom gutgläubigen Erwerbe nicht anwendbar (RG 74, 416). Über die Abtretbarkeit der Baugeldhypothek auch vor erfolgter Valutierung vgl. § 157 A 3 (RG JW 1910, 755[17]). Wird eine abredegemäß in Teilzahlungen zu tilgende Hypothek nur zu einem Teilbetrage abgetreten, so steht der Anspruch auf die Tilgungsbeiträge den einzelnen Teilhypothek-Gläubigern nach Verhältnis ihrer Anteile zu, und zwar auch dann, wenn bei der Abtretung der einen Teilhypothek vor der andern der Vorrang eingeräumt worden ist (RG Warn 1911 Nr 192). Weiter ist im

Fall eines gemäß § 328 zugunsten des Zedenten abgeschlossenen Vertrags (beispielsweise eines Lebensversicherungsvertrags) die Weiterübertragung der Forderung schon in einem Zeitpunkte möglich, in welchem der Zedent den Anspruch im Sinne des § 328 Abs 2 noch nicht erworben hat (RG 13. 2. 06 VII 241/05). Zulässig ist auch, daß einem andern eine noch nicht bestehende Forderung mit der Abrede eingeräumt wird, daß er diese (angebliche) Forderung einem Dritten abtrete, um die von diesem alsdann zu gewährende Leistung dem Schuldner zuzuführen, so daß das Schuldverhältnis in Wirklichkeit erst zwischen dem Dritten und dem Schuldner begründet wird und der Zessionar nur zur Empfangnahme der vom Dritten zu gewährenden Leistung ermächtigt sein soll (RG 12. 2. 10 V 198/09 u. 26. 11. 10 V 273/10). Es liegt hier kein Scheingeschäft vor (RG 60, 23). Dabei ist auch die Zession in blanco statthaft derart, daß der Zessionar ermächtigt ist, den künftigen Gläubiger erst seinerseits zu bestimmen und die Zessionsurkunde auf dessen Namen auszufüllen. **Abtretungsfähig ist dagegen nicht** ein erst künftiges Patentrecht, solange die Erfindung noch nicht gemacht ist (RG 75, 228). Ebensowenig die Abtretung aller künftigen Einnahmen, da es an der erforderlichen Bestimmtheit fehlt (RG JW 1911, 576[10]). Einer ausreichenden Bestimmtheit ermangelt auch die Abtretung „aller aus den Büchern ersichtlichen Kundenforderungen", oder die Abtretung „aller auf die angegebene Art erworbenen Forderungen" (RG Warn 1916 Nr 71), oder die Abtretung „der jeweils jüngsten Forderungen einer Gesellschaft" (RG 93, 246). — Als **wider die guten Sitten verstoßend ist nichtig** die fiduziarische Abtretung „aller Außenstände" (RG Gruch 55, 838); die zur Verschleierung dienende Abtretung (RG Gruch 49, 252); ferner die Abtretung allein zu dem Zwecke, um dem Zessionar die Klage im Armenrechte zu ermöglichen (RG 81, 175). Die Abtretung allein zu dem Zwecke, den Zedenten als Zeugen auftreten zu lassen, verstößt noch nicht gegen die guten Sitten (RG JW 09, 270[8]; 1913, 317[3]); wohl aber dann, wenn zugleich bezweckt ist, den Zedenten Unwahres aussagen zu lassen (RG 81, 162; Gruch 53, 918). Daß **bedingte** und **befristete Forderungen** zur Übertragung geeignet sind, folgt schon aus ihrer Natur als erworbenes Recht (Vorbem 5 vor § 158). Endlich ist auch die bedingte Abtretung erst künftiger Forderungen zulässig (RG 67, 166; 75, 227; Warn 1912 Nr 157, wonach in der Abrede, daß die Versicherungsgesellschaft durch Zahlung der Versicherungssumme in die Rechte des Versicherten eintrete, eine derartige Abtretung liegt). — Durch die noch geltende Vorschrift des Anhangs § 163 PrAGO sind der Abtretbarkeit entzogen Gehaltsansprüche eines preußischen Beamten.

Hinsichtlich der Übertragbarkeit von Rechten vgl. § 413. Über den Übergang von Forderungen kraft Gesetzes (cessio legis) vgl. § 412; auf Grund richterlicher Anordnungen §§ 835—838, 844, 857, 859, 860 ZPO; über die Abtretung einer rechtshängigen Forderung § 265 ZPO; der Kläger kann alsdann nur noch Zahlung an den Zessionar verlangen (RG 56, 301). — Über die Fälle mangelnder Übertragbarkeit s. § 399 (A 1 u. 4) und § 400. Darüber, ob das Recht aus einem bereits zugegangenen, noch nicht vorgenommenen Vertragsantrage abtretbar ist, vgl. § 145 A 2 a. E.

3. Mit dem Vorgange, daß der neue **Gläubiger an Stelle des bisherigen Gläubigers tritt**, hört das Gläubigerrecht des bisherigen Gläubigers völlig auf, und es steht fortan dem Zessionar zu (RG 56, 301), und zwar nach § 401 nebst allen hiermit verbundenen Nebenrechten. Mit der Abtretung ist daher eine Abrede unvereinbar, infolge deren dem Zedenten das Recht vorbehalten wird, über die Forderung für sich zu verfügen, oder wonach der Zessionar nicht befugt sein soll, die Forderung in eigenem Namen geltend zu machen; die Übertragung wäre gegebenenfalls nichtig (RG 90, 249; 92, 240; JW 1914, 528[6]). Behält sich der Gläubiger das Recht vor, die Forderung in eigenem Namen einzuziehen, dann liegt ein Scheingeschäft vor (RG 90, 275). Die bloße Ermächtigung, die Forderung des Gläubigers einzuziehen, enthält daher ebenfalls keine Abtretung (RG 92, 239). — Im Falle einer wirklichen Zession kann der Zedent auch nicht mehr Handlungen zugunsten des Zessionars im eigenen Namen vornehmen (auch dann nicht, wenn Gegenstand der Abtretung das Recht aus einem Schiedsspruche gewesen, RG JW 1911, 644[9]). Insbesondere kann der alte Gläubiger für den neuen nicht mehr Nebenrechte erwerben oder die Verjährung unterbrechen, gleichgültig, ob dem Schuldner die Zession schon bekannt war oder nicht (RG 52, 181). Wohl aber kann der Versprechensempfänger aus einem **pactum de mutuo dando** nach Abtretung dieses Anspruchs (vgl. § 399 A 4 a. E.) immer noch auf Zahlung an den Zessionar klagen, da er seinem Vertragsgegner gegenüber trotz der Abtretung der Vertragsberechtigte bleibt, wie er anderseits auch durch Zahlung des Darlehnsbetrags an den Zessionar der Schuldner wird (RG 66, 359; 68, 356; 77, 407). Im übrigen ist es auch möglich, daß der Darlehnsvorvertrag zugunsten des Dritten mit der Wirkung des § 328 abgeschlossen wird und der Dritte sonach unmittelbar und sofort den Anspruch auf Gewährung der Darlehnssumme erhält (§ 328 A 3). Auch im Falle der Pfändung und Überweisung einer Forderung kann der Pfandschuldner auf Zahlung an den Pfändungsgläubiger gegen den Drittschuldner klagen, dagegen nicht gleichfalls auf Hinterlegung (RG JW 1912, 34[19]; Gruch 49, 1061).

4. **Übergangsrecht.** Die Rechtsfolgen einer nach dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Abtretung sind nach dem BGB zu beurteilen, auch wenn die Forderung vor dem angegebenen Zeitpunkte entstanden war (RG 56, 301).

§ 399

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden[1]), wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhalts erfolgen kann[2]) oder wenn die Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen ist[3])[4]).

E I 295; M 2 121; P 1 384.

1. Die **Unübertragbarkeit der Forderung.** Sie hat an sich zur Folge, daß die Abtretung auch dem Zessionar gegenüber (RG 86, 351) wirkungslos bleibt. In den Fällen des § 399 handelt es sich jedoch nicht um zwingendes Recht im öffentlichen Interesse (wie bei § 400), sondern gegenüber dem Grundsatze der freien Veräußerlichkeit (§ 398 A 1) nur um Ausnahmebestimmungen zugunsten des Schuldners, so daß mit dem Einverständnisse des Schuldners der Hinderungsgrund selbst fortfällt (RG 29. 10. 06 I 110/06) und auch eine verbotswidrig erfolgte Abtretung durch die nachfolgende Genehmigung des Schuldners wirksam wird (RG 75, 144; 29. 11. 07 VII 80/07); indessen nicht mit rückwirkender Kraft. Denn die Voraussetzungen des § 184 sind hier nicht gegeben. Der § 184 handelt von Rechtsgeschäften eines Nichtberechtigten, der Ausschluß der Abtretbarkeit einer Forderung entzieht dagegen dem Gläubiger nicht das Gläubigerrecht (RG 75, 144). Vgl. §§ 181 A 1 und 184 A 2. Wenn das RG a. a. O. die Anwendbarkeit der §§ 182—185 im Falle des § 399 auch deswegen verneint wissen will, weil die verbotswidrig erfolgte Abtretung der Forderung ein nichtiges Rechtsgeschäft sei, so ist das allerdings bedenklich. Läge wirklich Nichtigkeit vor, dann könnte das Geschäft auch nicht durch den Verzicht des Schuldners rechtswirksam werden, es bedürfte vielmehr nach der Erklärung des Verzichts noch einer neuen Abtretung (§ 125 A 1 und vgl. weiter § 141). Daß der Verzicht die unstatthafte Übertragung wirksam macht, liegt vielmehr daran, daß der Ausschluß der Abtretbarkeit die Abtretung gegebenenfalls nur unwirksam macht (vgl. § 135 A 1 u. § 182 A 1). Weil die Übertragbarkeit der Rechte die Regel bildet, trifft die Beweislast für die Ausnahme den Schuldner (RG JW 01, 725[20]). — Auch der auf § 67 Satz 1 des VersVG beruhende Übergang des dem Versicherungsnehmer gegen einen Dritten zustehenden Schadensersatzanspruchs auf den Versicherer kann durch Vereinbarung wirksam ausgeschlossen werden (RG 97, 78).

2. Es genügt nicht eine solche **Veränderung des Inhalts der Forderung,** die bloß in der verschiedenen Art der Gläubiger ihren Grund hätte (der eine ist beispielsweise nachsichtiger als der andere); es muß vielmehr die Veränderung des Gläubigers zugleich den Inhalt der Leistung ändern. Beispiele hierfür bietet das Gesetz selbst in den §§ 613 Satz 2, 664 Abs 2. Eine Veränderung des Leistungsinhalts liegt insbesondere vor, wenn die Leistung nach Lage des Falles überhaupt nur zugunsten des alten Gläubigers erfolgen kann, wie das beispielsweise bei dem Anspruche auf Schuldbefreiung zutrifft (RG JW 1911, 711[8]); es sei denn, daß die Abtretung des Schuldbefreiungsanspruchs an den Gläubiger selbst erfolgt (RG 80, 183; 81, 253). Bei gegenseitigen Verträgen kann die eine Forderung übertragbar sein, die andere nicht, wie beispielsweise beim Mietvertrage der Anspruch auf die Miete frei übertragbar ist, das Mietrecht dagegen nur mit Erlaubnis des Vermieters (§ 549), weil die Leistung des Vermieters an sich eine andere ist, je nachdem er den Gebrauch dieser oder jener Persönlichkeit zu überlassen hat (RG JW 1911, 487[7]). Im übrigen vgl. § 398 A 2.

3. Ist die **Abtretung durch Vereinbarung mit dem Schuldner ausgeschlossen,** so wirkt der Ausschluß nicht nur zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern auch jedem Dritten, insbesondere dem Zessionar (RG JW 1915, 577[11]), gegenüber, nimmt also der Forderung selbst die Eigenschaft der Veräußerungsfähigkeit. Vgl. aber über den Einfluß des guten Glaubens des Zessionars § 405. In RG 86, 352 ist ausgeführt, daß gegebenenfalls von vornherein nicht ein veräußerliches, sondern ein höchstpersönliches Recht geschaffen wird, das an die Person des Gläubigers gebunden ist, die Frage aber, ob und in welcher Weise die Zustimmung des Schuldners das Rechtsverhältnis ändern könne, ist unentschieden gelassen. Der Grundauffassung der angeführten Entscheidung kann jedoch überhaupt nicht zugestimmt werden. Durch die Vereinbarung im Sinne des § 398 wird nicht ein höchstpersönliches Recht geschaffen; im Ausschlusse der Abtretbarkeit kann vielmehr nur eine zugunsten des Schuldners getroffene Verfügungsbeschränkung gefunden werden. Vgl. RG 95, 207, wonach auch eine gegen das Verbot des § 98 VersVG erfolgte Abtretung der Versicherungssumme nicht nichtig, sondern nur zugunsten der geschützten Personen (§ 1128 des Ges.)

unwirksam ist. Vgl. auch § 135 A 2 und oben A 1. — Auch dem Erwerber einer Hypothek kann mangels guten Glaubens die Einrede entgegengesetzt werden, daß der Zedent nach einer mit dem Eigentümer getroffenen Abrede zur Abtretung der Hypothek nicht berechtigt sein solle. — Das Verbot der Abtretung einer Forderung hindert nicht, daß auf den Fall der Zuwiderhandlung wirksam eine Strafe gesetzt wird, da schon der Versuch der Abtretung durch die Strafandrohung gehindert werden soll (RG 25. 9. 15 V 143/15).

4. Verschieden von den in § 399 getroffenen Fällen sind diejenigen, in denen das Gesetz die Unübertragbarkeit eines Anspruchs ohne weiteres um deswillen annimmt, weil hier das Recht notwendig als an die Person des Berechtigten gebunden erachtet wird, also bei **höchstpersönlichen Rechten.** Aus diesem Grunde sind insbesondere nicht übertragbar das Gesellschaftsrecht (RG 67, 17), der Anspruch auf Rechnungslegung (RG 52, 35; 90, 19; JW 1917, 539[7], wonach der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben zwar abtretbar, die Geltendmachung aber von der Feststellung des Betrags durch die Gesellschafter abhängig ist), der Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens (§ 847 Satz 2), der Anspruch aus der Defloration (§ 1300), der Anspruch auf Aussteuer (§ 1623), der Anspruch der Erben auf Auseinandersetzung (RG 60, 132); sowie Ansprüche auf Unterhalt, soweit es sich nicht um bereits festgestellte, bestimmte Beträge handelt (RG JW 05, 684); Ansprüche aus einem Kreditvertrage (RG 51, 119); auf Befreiung von einer Schuld (RG JW 1911, 71; 1912, 857; Gruch 59, 911), falls nicht die Abtretung an den Gläubiger selbst erfolgt (RG 80, 184; 81, 252). Ansprüche, die der Zwangsverwalter durch Urteil erstritten hat (der Anspruch auf Zurückschaffung von entfernten Zubehörstücken), sind abtretbar, und es kann die Abtretung als Versteigerungsbedingung in den Zuschlag aufgenommen werden, weil der Verwalter, wenn er auch in eigenem Namen handelt, den Anspruch doch sachlich für die Masse geltend macht (RG 3. 4. 11 V 348/10). Aus Gründen des öffentlichen Interesses sind durch § 400 als unübertragbar erklärt unpfändbare Forderungen. Auch öffentliche Pfandleiher (§ 34 GewO) können Forderungen, die sie in diesem Gewerbebetriebe gegen Faustpfänder erworben haben, an Dritte, die nichtöffentliche Pfandleiher sind, nicht abtreten (RG 58, 71). — Endlich sind nicht selbständig übertragbar bloße Rechtsbefugnisse wie der Feststellungsanspruch, das Rücktrittsrecht und das Anfechtungsrecht; sie können von den ihnen zugrunde liegenden Rechtsverhältnissen nicht losgelöst werden (RG JW 09, 685[8]; Warn 1912 Nr 67; Gruch 55, 1068). Wohl aber ist es auch in den bezeichneten Fällen möglich, einen andern durch Abtretung der bloßen Rechtsbefugnis zur Durchführung des Anspruchs auf eigenen Namen und für eigene Rechnung zu ermächtigen, während das Vermögensrecht selbst dem Abtretenden verbleibt. Voraussetzung ist dabei jedoch, daß die Abtretung zur Wahrnehmung eines eigenen Interesses des Zessionars erfolgt, da es ihm sonst am Rechtsschutzinteresse fehlen würde (RG 53 S. 275, 411 und 73, 307; 91, 395; vgl. oben A 1 Abs 3). — Fraglich ist, ob **Nebenrechte** (akzessorische Rechte) selbständig übertragbar sind. Hinsichtlich der Vertragsstrafe ist dieses bereits bei § 339 A 1 bejaht worden. Zinsansprüche, die bereits entstanden sind, haben die Eigenschaft selbständiger Rechte. Aber auch Ansprüche auf künftige Zinsen sind nach den unter § 398 A 2 erörterten Grundsätzen abtretungsfähig. Die Bürgschaft und das Pfandrecht werden dagegen vom Gesetze nach § 401 als unselbständige, nur dem Hauptanspruche dienende Rechte aufgefaßt und sind daher auch nicht selbständig übertragungsfähig (RG 15, 278; JW 09, 685[8]; a. A. Planck § 401 A 1c), wie dies § 1153 Abs 2 hinsichtlich der Hypothek ausdrücklich ausspricht. Unübertragbar sind auch der Substanz nach (vgl. A 2) die mit dem Eigentume untrennbar verbundenen Rechte. So der Berichtigungsanspruch als solcher (RG Gruch 54, 943) und das Recht auf den Vorrang, das sich der Eigentümer zugunsten einer von ihm künftig zu bestellenden Hypothek vorbehält (RG 28. 1. 11 V 151/10, teilweise abgedruckt JW 1911, 334[28]), endlich der Anspruch auf Vorlegung aus §§ 809, 810 ohne den Hauptanspruch (RG Gruch 54, 943). Das in einem Gesellschaftsvertrage (einer offenen Handelsgesellschaft) einem Gesellschafter vorbehaltene Recht, die Anteile der übrigen Gesellschafter zu erwerben, ist jedenfalls dann abtretbar, wenn es zugleich mit dem Gesellschaftsrechte selbst (zulässigen Falles) abgetreten wird (RG 92, 167). — Kann der Anspruch aus einem **Vorvertrage** auf Abschluß des Endvertrags übertragen werden? Das dürfte nach den allgemeinen Grundsätzen des § 399 zu beurteilen sein und danach wäre insbesondere entscheidend, ob die Änderung des Gläubigers das Interesse des Schuldners verletzte. Demgemäß ist der Anspruch aus einem Darlehnsvorvertrage (**pactum de mutuo dando**), soweit er auf Abschluß des Darlehnsvertrags durch Gewährung des Darlehns geht, regelmäßig nicht übertragbar; übertragbar ist dagegen unbedenklich der bloße Anspruch auf Auszahlung des Geldes mit der Wirkung, daß nicht nur der Zedent auf Zahlung an den Zessionar (RG 77, 407; JW 1912, 192[11]) klagen, sondern auch der Zessionar selbständig die Zahlung für sich fordern kann, daß anderseits jedoch trotz dieser Zahlung der Zedent selbst der Darlehnsschuldner wird (RG 68, 355; JW 1910, 747[3]; Warn 09 Nr 15). Das gilt auch beim zugesagten Baugelddarlehn (RG 66, 359; JW 09, 309[4]; Warn 1911 Nr 320).

§ 400

Eine Forderung kann nicht abgetreten werden, soweit sie der Pfändung nicht unterworfen ist[1]).

E I 296; M 2 123; P 1 384.

1. Vgl. hierzu die Ausführungen unter § 394. Vgl. ferner § 850 und anderseits § 851 Abs 2 ZPO über die **Unpfändbarkeit** von unübertragbaren Forderungen, ferner § 857 Abs 3 ZPO über die Pfändbarkeit unveräußerlicher Rechte der Ausübung nach; endlich **RG** 67, 15 zu § 717 ZPO, wonach § 400 Platz greift, auch wenn die Übertragbarkeit nach altem Rechte zu beurteilen ist. Die entgegen § 400 erfolgte Abtretung ist nichtig. Der § 817 Abs 2 ist hier aber nur dann anwendbar, wenn die Abtretung zur Erfüllung eines Vertrags geschah, der einen gesetzlich verbotenen Zweck verfolgte (**RG** Gruch 61, 304). Der dem Schuldner zustehende lebenslängliche Nießbrauch an einer Hypothek ist in Ansehung des Zinsanspruchs pfändbar und daher auch abtretbar; um den Gläubiger gegen eine Vereitlung des Pfändungspfandrechts, namentlich durch Löschung des Nießbrauchs auf Grund eines Verzichts zu schützen (§ 892 Satz 2), bedarf es der Eintragung der Verfügungsbeschränkung (**RG** 74, 78). Der § 400 gilt auch für die kraft Gesetzes übergehenden Forderungen (§ 412). Der § 400 hindert nicht die Abtretung des bloßen Verfügungsrechts über eine Forderung derart, daß das Gläubigerrecht dem Zedenten verbleibt (**RG** 94, 137). Vgl. § 398 A 1 Abs 3. Soweit das Recht aus einem Darlehnsvorvertrage abtretbar ist (vgl. § 398 A 4 a. E.), ist es auch pfändbar.

§ 401

Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte aus einer für sie bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über[1]).

Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen[2])[3]).

E I 297; M 2 124; P 1 385.

1. **Der Mitübergang von Nebenrechten auf den neuen Gläubiger** entspricht der Auffassung, daß Nebenrechte, wie Hypothek, Pfandrecht (auch wenn es in Form einer Sicherungsübereignung bestellt worden, **RG** Warn 1910 Nr 404), weiter die Bürgschaft der Selbständigkeit entbehren (§ 399 A 4) und daher dem Hauptrechte, um dessentwillen sie begründet wurden, ohne weiteres folgen (anders das Verhältnis zwischen Sache und Zubehör; vgl. dazu die Ausführungen bei § 314). Wird daher das Hauptrecht mit Ausschluß des Nebenrechts übertragen, was begrifflich möglich ist, dann führt eine solche Übertragung notwendig zum Untergange des Nebenrechts, wie das in § 1250 Abs 2 hinsichtlich des Pfandrechts ausdrücklich vorgesehen ist (**RG** 85, 364). „Wie das Pfandrecht, so werden auch andere nicht mit abgetretene Nebenrechte, die selbständig nicht bestehen können, als erloschen zu gelten haben" (**RG** JW 05, 428[6]). Im Falle einer Übertragung sicherungshalber ist § 401 nicht anwendbar. Dient die Übertragung gegebenenfalls auch dem gleichen Zwecke wie die eigentliche Verpfändung, so besteht doch der entscheidende Unterschied, daß der Gläubiger im letzteren Falle ein an sich unselbständiges Recht erlangt, im Falle der Übereignung sicherheitshalber dagegen die dazu übertragene Forderung selbst zu eigenem Rechte erwirbt, während sich der Sicherungszweck nur nach der schuldrechtlichen Seite im Innenverhältnisse äußert; vgl. § 117 A 3. Der Gläubiger, der vom Bürgen Befriedigung erhält, ist verpflichtet, die ihm sicherheitshalber übertragene Forderung auf den Bürgen zu übertragen (**RG** 89, 195). Vgl. auch **RG** 91, 280, wo unter den sonst erforderlichen Voraussetzungen eine entsprechende Anwendung des § 401 bei der bloß sicherungshalber erfolgten allerdings befürwortet ist. Zwischen Forderung und Hypothek ist ein so unlösbarer Zusammenhang angenommen, daß auch die erstere ohne die letztere wie die letztere nicht ohne die erstere übertragen werden kann, und daß ein dagegen verstoßendes Rechtsgeschäft somit nichtig ist (§ 1153 Abs 2). Anders verhält es sich nur bei der Höchstbetragshypothek, weil eine solche überhaupt nicht der Sicherung einer bestimmten Forderung dienen soll (§ 1190 Abs 4). — Selbständige Ansprüche gehen, auch wenn sie mit dem abgetretenen Anspruche zusammenhängen, nicht ohne weiteres mit der Abtretung der letzteren über, vielmehr müssen sie mitabgetreten sein: so Schadensersatzansprüche (**RG** Warn 1912 Nr 11), vertragsmäßige Gewährleistungsansprüche des Zessionars gegen den Zedenten, weil durch das Versprechen der Gewährleistung nicht die Haftung für eine fremde Schuld (Bürgschaft), sondern eine selbständige Verpflichtung übernommen wird (**RG** 60, 371; 72, 141); desgleichen die Übernahme der Haftung für

die Zulänglichkeit der zur Deckung einer bloß dinglichen Schuld gewährten Sache, weil darin keine Bürgschaft liegt, bei welcher die Haftung für die Leistung des persönlichen Schuldners erforderlich ist (RG Warn 1916 Nr 130); ferner der Anspruch des Hypothekengläubigers auf Herausgabe des Hypothekenbriefs (RG 54, 111). Das nicht selbständige Anfechtungsrecht gehört nicht zu denjenigen Nebenrechten im Sinne des § 401, die ohne weiteres mitübergehen, und geht also ebenfalls ohne besondere Übertragung auf den Rechtsnachfolger nicht über (RG 30, 74; Warn 1912 Nr 67). Vgl. noch § 142 A 1. Das Recht auf die noch nicht verfallene Vertragsstrafe geht als Bestandteil des Gläubigerrechts bei dessen Übertragung ohne weiteres mit über (Prot 1, 422). — Die **Anwendbarkeit** des § 401 beschränkt sich im übrigen nicht auf die dort ausdrücklich aufgeführten Nebenrechte (RG 60, 371). Insbesondere gehören auch die Erfüllungsübernahme gemäß §§ 415 Abs 3, 329 (RG 65, 170) und das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht hierher (RG JW 07, 170[8]). Ob und inwieweit die Zinsansprüche der abgetretenen Forderung, die an sich selbständig übertragbar sind (RG 74, 81), als mitübertragen zu erachten sind, ist durch Auslegung der Erklärung festzustellen (RG Warn 08 Nr 454; 1914 Nr 244). Im Zweifel dürfte anzunehmen sein, daß die Übertragung des Anspruchs auf bereits fällige Zinsen, da er zu einer selbständigen Forderung geworden ist, nicht beabsichtigt war, daß dagegen das Umgekehrte hinsichtlich des Anspruchs auf die noch nicht fälligen Zinsen zutrifft. Streitig. Jedenfalls ist es zulässig, bei Abtretung der Forderung das Zinsrecht als solches vorzubehalten, und zwar auch bei Hypotheken- und Grundschuldforderungen, wiewohl das Zinsrecht an sich das Schicksal des Hauptrechts teilt und erst die einzelne, fällig gewordene Zinsrate sich als selbständiges Recht vom Hauptrechte ablöst (RG 74, 70; Warn 1914 Nr 244). Vgl. § 246 A 1. Nach den Umständen des Falles ist auch zu beurteilen, ob Forderungen auf Schadensersatz und auf eine bereits verfallene und daher schon zum selbständigen Anspruche erwachsene Vertragsstrafe als mitübertragen zu gelten hat (RG 60, 371; 65, 170; JW 07 S. 171[9] u. 745[16]), während das Recht auf die noch nicht verwirkte Strafe mit dem Vertragsrechte verbunden bleibt, wenngleich sie als bedingtes Recht auch allein für sich übertragen werden kann. Ob mit Abtretung der Hypothekenforderung auch die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Hypothekenbriefs verbunden worden ist, wird gleichfalls auslegungsweise festzustellen sein (vgl. RG 54, 111; ferner § 402 A 1). Der Anspruch aus einer Löschungsvormerkung ist an sich abtretbar (RG 52, 11); er geht mit Übertragung der geschützten Hypothek nicht ohne weiteres über; doch kann auch bei ihm eine stillschweigende Abtretung aus den Umständen gefolgert werden (RG 11. 6. 13 V 23/13). Daß die Mitübertragung beabsichtigt war, wird wohl meist anzunehmen sein. Daß der Erwerber eines Anspruchs, der zugleich in das entsprechende Schuldverhältnis durch Schuldübernahme eintritt, ohne weiteres auch von den Einreden aus §§ 273 u. 320 Gebrauch machen kann, ergibt sich schon aus den Grundsätzen von der Schuldübernahme (§ 417). Das in § 19 Abs 2 des Ges., betr. Gesellschaften m. b. H., vorgesehene Aufrechnungsverbot gegenüber der Forderung auf Einzahlung der Stammeinlage wirkt, weil es der Forderung selbst dienen soll, auch zugunsten des Zessionars fort (RG 85, 351).

2. **Mitübergang von Vorzugsrechten,** die im Falle des Konkurses (§§ 47 ff., 61, 62 KO) sowie der Zwangsvollstreckung bestehen (§ 804 Abs. 2 ZPO). Der Mitübergang beschränkt sich nur auf die mit der Forderung verbundenen Vorzugsrechte, erstreckt sich also nicht auch auf solche, die etwa dem Zedenten persönlich zustehen. Gemäß Abs 2 erwirbt auch derjenige, der nach § 268 den am zollpflichtigen Gegenstande pfandberechtigten Fiskus wegen seiner Zollforderung befriedigt, dessen Zollanspruch mit dem konkursrechtlichen Vorrechte aus § 61 Nr 2 KO (RG 67, 214).

3. Die Bestimmungen von Abs 1 u. 2 greifen Platz auch im Falle des **Übergangs** der Forderung **kraft Gesetzes** (§ 412) sowie zufolge der **Überweisung** im Zwangsvollstreckungsverfahren (§§ 836 ff. ZPO). Nur gewährt der § 838 das. dem Schuldner gegenüber dem Anspruche seines Gläubigers auf Herausgabe des Pfandes ein einredeweise geltend zu machendes Zurückbehaltungsrecht. — Im übrigen sind die Vorschriften des § 401 nicht erschöpfend und sie gestatten eine entsprechende Anwendung (RG 24. 2. 02 IV 351/01). Hat der Bürge den Gläubiger befriedigt, dann geht auf ihn auch der Anspruch des Gläubigers aus dem mit seinem Schuldner abgeschlossenen Erfüllungsübernahmevertrage über (RG JW 07, 170[8]), und im Falle des § 225 Abs 2 KO auf den zahlenden Erben das mit der berichtigten Forderung verbundene Hypothekenrecht (RG 55, 157). Falls einer von mehreren Gesamtschuldnern den Gläubiger befriedigt, geht auf ihn dessen Forderung nebst den für diese bestellten Sicherungshypotheken, und falls an deren Stelle im Zwangsversteigerungsverfahren der Erlös getreten ist, der Anspruch auf Befriedigung aus dem Erlöse mit über (§§ 426 Abs 2, 401, 412; RG JW 07, 305[7]; RG 65, 414). — Ist durch das zwischen Gläubiger und Schuldner bestehende Rechtsverhältnis (§ 1 Abs 1 GewGG) ein Sondergericht begründet, so entfällt dessen Zuständigkeit, wenn die Forderung auf eine dritte Person übergeht; zuständig sind alsdann die ordentlichen Gerichte (RG 51, 193).

§ 402

Der bisherige Gläubiger ist verpflichtet, dem neuen Gläubiger die zur Geltendmachung der Forderung nötige Auskunft zu erteilen und ihm die zum Beweise der Forderung dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern[1]).

E I 301; M 2 128; P 1 387.

1. **Diese Verpflichtung des bisherigen Gläubigers** zur Auskunftserteilung und zur Auslieferung der Urkunden trifft den Gläubiger schon infolge der Abtretung, ohne Rücksicht also auf das etwaige Grundgeschäft. Im Falle der Zuwiderhandlung ist der Zedent dem Zessionar für den ihm daraus entstehenden Schaden haftbar. — Auskunft beispielsweise über die Leistungszeit, den Leistungsort oder den Wohnsitz des Schuldners. Die Beweisurkunden sind auszuliefern einschließlich der etwaigen Briefschaften. Befindet sich der Zedent nur im mittelbaren Besitze der Urkunden, dann wird er zur Abtretung des Herausgabeanspruchs (§ 870) verpflichtet sein. Streitig. Vgl. auch § 444: „soweit sie sich in seinem Besitze befinden". Dieser Ausspruch fehlt eben in § 402. — Das Eigentum an der Schuldurkunde erwirbt der Zessionar gemäß § 952 Satz 1 schon mit dem Gläubigerrechte selbst. Die Ansicht, daß der Zedent gemäß § 402 auch verpflichtet sei, sein Eigentumsrecht an der Urkunde dem Zessionar zu verschaffen (Staudinger A 1b zu § 402), scheint daher nicht zutreffend. Denn hat der Zessionar das Eigentum bereits nach § 952 erworben, dann würde die Verpflichtung des Zedenten zur Verschaffung des Eigentums auf eine unmögliche Leistung gerichtet sein (§ 275 A 2). Im Falle der Abtretung einer Briefhypothek erlangt freilich der Zessionar Eigentum am Hypothekenbriefe erst mit dessen Übergabe (§ 1154), und es steht ihm bis dahin nur ein persönlicher Anspruch gegen den Schuldner auf Herausgabe des Hypothekenbriefs zu (**RG** Warn 08 Nr 64). — Bei einer Teilabtretung wird der Zedent seiner Verpflichtung aus § 402 genügen, falls er dem Zessionar beglaubigte Abschriften erteilt. Streitig; vgl. aber § 444 und GBO § 61 über den Teilhypothekenbrief. An der Schuldurkunde selbst entstände notwendig Miteigentum. — Die gleichen Bestimmungen greifen Platz auch im Falle der Überweisung im Zwangsvollstreckungsverfahren gemäß § 836 Abs 3 ZPO.

§ 403

Der bisherige Gläubiger hat dem neuen Gläubiger auf Verlangen eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die Abtretung auszustellen. Die Kosten hat der neue Gläubiger zu tragen und vorzuschießen[1]).

E I 301; M 2 128; P 1 387.

1. Diese Verpflichtung folgt ebenfalls aus der bloßen Tatsache der Übertragung (§ 402 A 1). — **Die öffentliche Beglaubigung** (§ 129) dient zur zweifelsfreien Legitimation des Zessionars dem Schuldner gegenüber (vgl. §§ 409, 410). Einer öffentlich beglaubigten Urkunde ist ein rechtskräftiges Urteil, das die erfolgte Abtretung feststellt, gleichzustellen (**RG** JW 1916, 1173[6]). Verweigert der Zessionar den **Kostenvorschuß**, so hat der Zedent ein Zurückbehaltungsrecht aus § 273. Anwendbar ist die Bestimmung auch im Falle des Übergangs der Forderung kraft Gesetzes (§ 412).

§ 404

Der Schuldner kann dem neuen Gläubiger die Einwendungen[1]) entgegensetzen, die zur Zeit der Abtretung der Forderung gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren[2—4]).

E I 302; M 2 128; P 1 387.

1. **Einwendungen gegen den neuen Gläubiger.** Durch die Änderung der Person des Gläubigers soll der Schuldner nicht schlechter gestellt werden, als er im Falle der Fortdauer der Gläubigerschaft des Zedenten stände. Er muß demgemäß berechtigt sein, auch dem neuen Gläubiger gegenüber alle Einwendungen geltend zu machen, die gegen den bisherigen Gläubiger begründet waren; mithin aber nicht nur die Einreden im eigentlichen Sinne (§ 202 A 2; **RG** 72, 215), sondern auch die rechtshindernden (§§ 117, 118, 138) und rechtsvernichtenden Tatsachen (§§ 119, 123; **RG** JW 07, 742[8]; § 320). So wie der Empfänger eines abstrakten Versprechens selbst (§§ 780, 781) muß sich auch sein Rechtsfolger die Zurückforderung nach § 812 gefallen lassen (**RG** 86, 303). Vgl. auch § 334. Auch der prozessuale Einwand aus Vereinbarungen über den Gerichtsstand gehört hierher; ferner der Einwand des Schieds-

vertrags (RG 56, 83); sowie der Einwand der mangelnden Kostenerstattung in einem Vorprozesse (RG 33, 361). Über die Aufrechnung vgl. die Sonderbestimmung des § 406. Die einredeweise Entgegensetzung von Forderungen gemäß § 404 (beispielsweise einer Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung gegenüber einer Marklohnforderung aus demselben Vertrage nach § 320) enthält keine Aufrechnung, und daher kommt es hier nicht auf die Voraussetzungen des § 406 an (RG Warn 1913 Nr 278; 1914 Nr 329). — Der § 404 enthält nicht zwingendes Recht (RG 71, 32); daher kann zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und dem Schuldner wirksam vereinbart werden, daß dieser Einwendungen, die an sich die Forderung betreffen, insbesondere die des nicht erfüllten Vertrags, dem Zessionar nicht entgegengesetzt werden dürfen.

2. Die Einwendungen sind **schon zur Zeit der Abtretung begründet gewesen,** wenn sie damals auch nur dem Rechtsgrunde nach bereits gegeben waren (RG 72, 213), wie namentlich das Verweigerungsrecht im Sinne der §§ 320, 321 schon in dem gegenseitigen Vertrage seinen Grund hat (RG 77, 158; Warn 08 Nr 28), so daß es auch im Falle des § 321 auf die Verschlechterung des Vermögens des Zedenten allein ankommt (RG 51, 170). Ob die den Bestand des abgetretenen Rechtes verändernden Umstände vor oder nach der Abtretung eingetreten sind, ist unerheblich. Nach den Motiven muß es sich nur um Tatsachen handeln, die, ohne in ausschließlicher Beziehung zum Wechsel des Gläubigers zu stehen, den Schuldner zu einer Einwendung nach dem Wesen und Inhalte des Schuldverhältnisses berechtigen, wie beispielsweise die erst nach der Abtretung eingetretene Entwehrung oder der erst nachträglich erfolgte Eintritt einer Bedingung. Die Veränderungen, die das Schuldverhältnis durch Handlungen oder Unterlassungen des Zedenten in seiner Eigenschaft als Schuldner (bei gegenseitigen Verträgen) erleidet, hat der Zessionar zu tragen, selbst wenn die Handlungen oder Unterlassungen erst nach der Abtretung vorgefallen sind; die Veränderungen wurzeln im ursprünglichen Vertrage (RG 72, 215, wo ein abgetretener Versicherungsanspruch dem Zessionar aberkannt worden ist, wiewohl der Anspruch durch das Verhalten des Zedenten erst nach der Zession verwirkt wurde; ferner RG Warn 09 Nr 347 u. 1911 Nr 16). Der Schuldner verliert jedoch seine Einwendungen dem neuen Gläubiger gegenüber, wenn er die Abtretung mit dem aus den Umständen und nach der Verkehrssitte erkennbaren Willen angenommen hat, hierdurch die Forderung des neuen Gläubigers als eine einwandlos zu Recht bestehende anzuerkennen (RG 77, 157, wo der Bauunternehmer seinen Anspruch dem Geldgeber abgetreten und dieser die Abtretung anerkannt hatte). Vgl. auch RG 83, 186: „In der Regel weiß und will der Schuldner, der die Forderung und nicht nur die Abtretung anerkennt, daß er bei seinem Worte festgehalten werden kann"; ferner JW 1917, 763[3]; SeuffA 71 Nr 226. Wird ein Anspruch aus einem **gegenseitigen Vertrage** abgetreten, dann erwirbt der Zessionar den Anspruch nur so, wie ihn der Zedent nach Maßgabe des Vertrags hatte, daher auch unter Belastung mit der Einrede des Schuldners aus § 320 sowie mit seinen Rechtsbehelfen aus § 326. Daher kann auch der Zessionar, falls der Verpflichtete etwa wegen Verzugs des Zedenten vom Vertrage zurückgetreten ist, nicht seinerseits die Erfüllung verlangen, selbst wenn der Verzug erst nach der Abtretung eingetreten ist (RG Gruch 55, 639). Gegenüber der dinglichen Klage aus einer Hypothek hat der Schuldner gemäß §§ 892, 1138 den Betrugseinwand nur dann, wenn der Zessionar ihn beim Erwerbe der Hypothek erweislich gekannt hat; dem persönlichen Anspruche gegenüber greift aber § 404 Platz (RG 23. 3. 07 V 449/06). Über die Frage, ob der Zessionar auch zur Anfechtung befugt ist, vgl. die Ausführungen unter A 2 § 142 und unter A 1 § 334 a. E. Über das Einrederecht gegenüber Forderungen aus Schuldverschreibungen vgl. § 796, aus Wechseln Art 82 WO. Über die Einrede der Unzuständigkeit eines Sondergerichts vgl. A 3 a. E. bei § 401.

Tritt der Zessionar die Forderung weiter ab, dann stehen dem Schuldner die Einreden zu, die er gegen den ursprünglichen Gläubiger und gegen den Zwischenzessionar hatte.

3. Abgesehen von den Einwendungen aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse kann der Schuldner auch die ihm gegen den Zessionar unmittelbar gegebenen Einwendungen gebrauchen; so den Einwand des Scheingeschäfts (RG JW 06, 329[2]) und der Arglist. Hatte der Zessionar beim Erwerbe der Forderung Kenntnis von der Absicht des Zedenten, dem Schuldner durch die Abtretung Einwendungen abzuschneiden, die seiner etwaigen eigenen Klage entgegenstehen würden, so kann auch der Zessionar die Forderung im Klagewege nicht geltend machen (RG Warn 08 Nr 454).

4. Der § 404 findet Anwendung **auch bei der Verpfändung,** und zwar bei der Verpfändung von Hypotheken, soweit es sich hier um Geltendmachung des persönlichen Anspruchs handelt (RG Warn 1914 Nr 245); ferner bei dem Übergange kraft Gesetzes (§ 412) sowie bei Überweisungen im Zwangsvollstreckungsverfahren.

§ 405

Hat der Schuldner eine Urkunde über die Schuld ausgestellt, so kann er sich, wenn die Forderung unter Vorlegung der Urkunde abgetreten wird, dem neuen Gläubiger gegenüber nicht darauf berufen, daß die Eingehung oder Anerkennung des Schuldverhältnisses nur zum Schein erfolgt oder daß die Abtretung durch Vereinbarung mit dem ursprünglichen Gläubiger ausgeschlossen sei, es sei denn, daß der neue Gläubiger bei der Abtretung den Sachverhalt kannte oder kennen mußte[1]).

E II 348; P 1 389; 6 167.

1. **Schutz des gutgläubigen Zessionars.** Der gutgläubige Rechtserwerb von Forderungen ist im allgemeinen nicht geschützt. Der § 405 berücksichtigt jedoch den guten Glauben des Zessionars in den beiden Sonderfällen: a) daß die ihm übertragene Forderung aus einem Scheingeschäfte herrührt; b) daß die Übertragbarkeit der Forderung abredegemäß ausgeschlossen gewesen war (§ 399). Entgegen dem allgemeinen Grundsatze des § 404 geht nämlich der Schuldner des Einwandes des Scheines sowohl wie des Einwandes des Veräußerungsverbots verlustig, falls der gute Glaube des Zessionars auf den Inhalt der Schuldurkunde gestützt wird und die Forderung auch unter Vorlegung der Urkunde abgetreten worden war. Sind diese beiden Bedingungen erfüllt, dann soll der Rechtserwerb trotz der an sich bestehenden Hinderungsgründe als ein vollkommener gelten. Die beiden Bedingungen können der Natur der Sache nach niemals erfüllt sein, wenn die Forderung überhaupt nicht beurkundet war, aber nach ausdrücklicher Bestimmung auch dann nicht, wenn der Zessionar den wirklichen Sachverhalt bei der Abtretung auch nur **hat kennen müssen** (vgl. § 122 Abs 2), was ihm der Gegner nachzuweisen hat. Unter solchen Umständen wäre die Übertragung im Falle des Scheingeschäfts nichtig und im Falle des Veräußerungsverbots unwirksam (vgl. § 399 A 1, 3). Ob ein Scheingeschäft vorliegt, entscheidet sich nach § 117. Auch das dissimulierte Geschäft kommt hier in Frage (RG Warn 1914 Nr 245, in welchem Falle ein Hypothekengläubiger die Hypothek für ein verzinsliches Darlehn verpfändet hatte, während in Wirklichkeit dem Geschäfte durchaus andere Vereinbarungen zugrunde lagen). Trotz der Vorschrift des § 405 kann jedoch der auf Herausgabe eines Hypothekenbriefs verklagte Schuldner geltend machen, daß die Hypothek zum Scheine übertragen sei, wenn er ein besonderes Interesse daran hat; denn der § 405 besteht nur zugunsten und nicht auch zuungunsten des Schuldners (RG 30. 1. 09 V 156/08). — Da der gutgläubige Erwerb nach dem Gesagten rechtsbegründend wirkt, so kann es, falls der gutgläubige Zessionar die ihm abgetretene Forderung weiter überträgt, auf die Gutgläubigkeit seines Nachmanns überhaupt nicht mehr ankommen. In der Hand des Zessionars hätte sich vielmehr die bloße Scheinforderung in eine rechtsbeständige verwandelt und wäre die Abtretung auch trotz eines entgegenstehenden rechtsgeschäftlichen Veräußerungsverbots ein für allemal wirksam geworden (a. A. Staudinger A 3). Vgl. die ähnliche Rechtslage auch bei dem gutgläubigen Erwerbe einer Hypothek gemäß § 1138. Eine Rechtsfolge des § 405 ist es auch, daß der gutgläubige Erwerber einer beurkundeten Scheinforderung diese auch im Konkurse geltend machen kann, selbst wenn ihm die Forderung erst nach Eröffnung des Konkurses abgetreten war (RG 87, 420). Anderseits schließt der § 405 nicht die Geltendmachung von Gegenforderungen des Scheinschuldners gegen den Scheingläubiger im Rahmen des § 406 aus (RG a. a. O.). — Der § 405 ist eine Sondervorschrift und läßt keine ausdehnende Anwendung auf Einreden anderer Art als die im § 405 vorgesehenen zu, insbesondere auch nicht auf die der Nichtigkeit der Forderung (RG 71, 30; 74, 421; Warn 1912 Nr 334). Er will nur gegen die zwei in ihm ausdrücklich bezeichneten Einwände schützen (RG JW 1911, 216[17]). Er findet im übrigen Anwendung auch im Falle des Rechtsübergangs kraft Gesetzes, wobei es auf die Kenntnis der den Übergang begründenden Tatsachen ankommt (RG 60, 204; JW 1912, 153[39], ergangen zu §§ 407, 412). — Der § 405 ist auch bei Verpfändungen anwendbar (RG Warn 1914 Nr 495).

§ 406

Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen, es sei denn, daß er bei dem Erwerbe der Forderung von der Abtretung Kenntnis hatte oder daß die Forderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als die abgetretene Forderung fällig geworden ist[1])[2]).

E I 303; M 2 131; P 1 91

1. **Aufrechnung gegenüber dem neuen Gläubiger.** Soll der Schuldner durch die Übertragung der Forderung auf den neuen Gläubiger nicht schlechter gestellt werden (§ 404 A 1), so muß er auch berechtigt bleiben, die Schuld im Wege der Aufrechnung mit einer ihm gegen den alten Gläubiger zustehenden Forderung zu tilgen. Dem trägt das Gesetz in weitem Maße Rechnung. Denn grundsätzlich gewährt es dem Schuldner das Aufrechnungsrecht ohne Rücksicht darauf, ob seine Forderung an den Zedenten vor oder nach der Abtretung entstanden ist. Auch ist es nicht erforderlich, daß sich die aufzurechnenden Forderungen schon vor der Zession als fällige gegenüberstanden (RG Warn 1910 Nr 105); auch nicht, daß die Forderung bereits unbedingt geworden war, es genügt vielmehr, daß die rechtliche Grundlage für die Forderung (§ 405 A 1) vor Kenntnis von der Abtretung schon bestanden hatte (RG 73, 140; JW 1910, 147; Gruch 55, 903; SeuffA 69 Nr 234). Ähnlich wie im Falle des § 392 zieht das Gesetz jedoch auch hier sofort eine Schranke, indem es dem Schuldner die in Rede stehende Aufrechnungsbefugnis entzieht: a) falls er die Gegenforderung erst nach der Abtretung **und in Kenntnis von der Abtretung** erworben hat, b) oder, zweitens falls die **Fälligkeit** seiner Gegenforderung erst nach Erlangung jener Kenntnis und nach Fälligwerden seiner Schuld eingetreten war (RG Warn 1912 Nr 380). Vorausgesetzt ist hier überall als Kenntnis wirkliches Wissen (gemäß RG 74, 117; 88, 6, vgl. § 407 A 1), gleichgültig, worauf es beruht, während Kennenmüssen (§ 122 Abs 2) nicht in Betracht kommt. Im übrigen aber müssen die wesentlichen Bedingungen der Aufrechnung (§ 387), namentlich das Erfordernis der Gleichartigkeit schon zur Zeit der Kenntnis von der Abtretung, erfüllt gewesen sein (RG Gruch 55, 903; 57, 1076; Warn 1911 Nr 365). Dem allgemeinen Rechtsgedanken des § 406 entspricht es, dem Schuldner die Aufrechnungsbefugnis auch dann zuzugestehen, wenn der Gläubiger die Gegenforderung kraft Gesetzes oder gemäß § 118 ZVG durch Überweisung im Zwangsversteigerungsverfahren erworben hat (RG 84, 12). Vgl. § 387 A 2. — Die einredeweise Entgegensetzung von Forderungen nach § 404 (beispielsweise einer Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung gegenüber einer Werklohnforderung) enthält keine Aufrechnung und ist daher nicht an die Beschränkungen des § 406 gebunden (RG Warn 1913 Nr 278; 1914 Nr 329). Der § 405 schließt nicht die Geltendmachung von Gegenforderungen des Scheinschuldners gegen den Scheingläubiger im Rahmen des § 406 aus (RG 87, 420). — Bei mehrfacher Abtretung erweitert sich die Aufrechnungsbefugnis des Schuldners gemäß § 406 dahin, daß dieser gegen den letzten Zessionar auch mit seinen Gegenforderungen an die Zwischenzessionare aufrechnen kann. — Die Ausgleichung zwischen Zedent und Zessionar regelt sich, falls der Schuldner von seiner Aufrechnungsbefugnis dem Zessionar gegenüber Gebrauch macht, nach dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnisse. Rechnet der Schuldner (debitor cessus) dem Zessionar gegenüber mit einer Forderung auf, die er gegen den Zedenten hat, dann wird dieser von seiner entsprechenden Schuld befreit, und es geschieht das gegebenenfalls auf Kosten des Zessionars, da der letztere infolge der Aufrechnung der ihm abgetretenen Forderung verlustig geht. Alsdann greifen im Verhältnisse zwischen Zedent und Zessionar die Vorschriften der §§ 812ff., 816 Abs 3 Platz. Nach dem Grundsatze des § 389 von der Rückwirkung der Aufrechnung hätte überdies die Aufrechnung mit einer schon vor der Zession aufrechnungsfähig gegenüberstehenden Gegenforderung mittelbar zur Folge, daß eine nicht bestehende Forderung übertragen worden wäre, und es träfe demnach der § 437 zu, wonach der Verkäufer einer Forderung für ihren rechtlichen Bestand haftet. — Der § 406 greift auch dann Platz, wenn die Hauptforderung erst nach erhobener Klage an einen Dritten abgetreten wird und daher fortab die Aufrechnung nur noch dem neuen Gläubiger gegenüber erfolgen kann (§ 325 ZPO). Vgl. dazu RG Warn 1912 Nr 380. — Die Beweislast betreffs der die Unzulässigkeit der Aufrechnung ergebenden Umstände hat der Zessionar.

2. Die Regel des § 406 bleibt nach § 1156 insoweit außer Anwendung, als der Eigentümer von dem Rechtsnachfolger eines Hypothekengläubigers mit der dinglichen Klage in Anspruch genommen wird (RG 30. 3. 10 V 333/09). Das Nähere hierüber § 1156 A 3.

§ 407

Der neue Gläubiger muß eine Leistung, die der Schuldner nach der Abtretung an den bisherigen Gläubiger bewirkt, sowie jedes Rechtsgeschäft, das nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommen wird, gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei der Leistung oder der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt[1]).

Ist in einem nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger anhängig gewordenen Rechtsstreit ein rechtskräftiges

Urteil über die Forderung ergangen, so muß der neue Gläubiger das Urteil gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß der Schuldner die Abtretung bei dem Eintritte der Rechtshängigkeit gekannt hat[2])[3]).

E I 304; M 2 132; P 1 391.

1. Schutz des gutgläubigen Schuldners. Bei strenger Durchführung des in § 398 Satz 2 aufgestellten Grundsatzes müßten alle Rechtsgeschäfte, die der Schuldner mit dem bisherigen Gläubiger nach der Abtretung in Ansehung der übertragenen Forderung vornimmt, wirkungslos bleiben. Das brächte aber dem Schuldner unter Umständen einen unbilligen Nachteil. Hätte er insbesondere gutgläubig noch an den alten Gläubiger geleistet, so käme er in die Gefahr, dem neuen Gläubiger nochmals leisten zu müssen, während sein Rückerstattungsanspruch an den alten Gläubiger tatsächlich wertlos sein könnte. Einem solchen Ergebnisse will das Gesetz vorbeugen, indem es auch hier den guten Glauben des Schuldners bei seinen etwaigen mit dem alten Gläubiger in Ansehung der Forderung vorgenommenen Rechtsgeschäften, insbesondere bei seiner etwaigen Leistung derart berücksichtigt, daß auch der neue Gläubiger diese Rechtsgeschäfte gegen sich gelten lassen muß. Als derartige Rechtsgeschäfte kommen namentlich weiter in Betracht Kündigung, Stundung, Erlaß, alle Erfüllungsgeschäfte §§ 362 ff., sodann auch die Aufrechnung gemäß § 387; ferner gemäß § 25 Abs 2 HGB die Mitteilung der abweichenden Vereinbarung mit dem Dritten (RG 67 S. 9 u. 414; 80, 94). Ausgeschlossen wird hier die Gutgläubigkeit nur durch wirkliche Kenntnis und nicht schon durch Kennenmüssen. Kenntnis ist aber schon dann anzunehmen, wenn der Schuldner auf irgendeine Weise Umstände erfahren hat, die vernünftigerweise den Schluß auf die erfolgte Abtretung ergeben (RG 74, 117), wobei nicht schon die Möglichkeit eines Zweifels die Kenntnis ausschließt (RG 88, 6). Daher kann unter Umständen die Kenntnis ausreichend auch schon durch die einfache, glaubwürdige Anzeige eines neuen Gläubigers vermittelt werden, falls er eine vertrauungswürdige Persönlichkeit ist und auch seine wirtschaftliche Lage den Gedanken an eine beabsichtigte Täuschung ausschließt; urkundliche Kenntnis und Ausschluß jedes Irrtums erfordert der § 407 nicht (RG 74, 117). Doch darf der Schuldner nicht begründete Zweifel hegen (RG Warn 1911 Nr 426). „Wo ein vernünftiger Zweifel aufhört, wird daher die sichere Kenntnis anzunehmen sein, und wenn eine an sich zuverlässige Vermittlung der Kenntnis nachgewiesen ist, wird es Sache des Mitteilungsempfängers sein, die Begründetheit seiner Zweifel nachzuweisen" (RG 88, 6). Fahrlässige Unkenntnis reicht niemals aus. Die bloße Erklärung eines Dritten, daß an ihn abgetreten sei, braucht der Schuldner grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, die Ungewißheit berechtigt ihn zwar zur Hinterlegung, kann ihn aber nicht dazu verpflichten (RG 61, 245), und eine nicht weiter belegte Mitteilung verpflichtet den Schuldner auch nicht ohne weiteres zur Anstellung von weiteren Nachforschungen (RG JW 05, 641[8]). Vgl. auch Warn 1910 Nr 427, betreffend den Fall der Überweisung nach zuvor erfolgter Abtretung. Vgl. anderseits § 409 im Falle der Anzeige des Gläubigers. Entscheidend für die Gutgläubigkeit ist derjenige Zeitpunkt, in dem der Schuldner das seinerseits zur Begründung des Rechtsgeschäfts Erforderliche getan hat. Daher beispielsweise bei der Erfüllung schon der Zeitpunkt, in dem der Schuldner das Geld absendet, und nicht der, in dem der alte Gläubiger das Geld empfängt. — Der Grundsatz des Abs 1 ist insbesondere auch anwendbar im Gebiete der Unfallversicherungsgesetze. Denn die Berufsgenossenschaft erwirbt den Anspruch auf Ersatz des dem Verletzten entstandenen Schadens nicht unmittelbar, sondern erst durch Übergang kraft Gesetzes aus der Person des Verletzten. Daher ist auch ein Vergleich, den der Verletzte behufs seiner Abfindung mit dem Täter in Unkenntnis von dem Bestehen der Versicherung abschließt, der Berufsgenossenschaft gegenüber wirksam und hindert so den Erwerb der Ersatzforderung durch die Genossenschaft (RG 60 S. 200 ff., 204, 207). Der Aussteller eines Lagerscheins, der die eingelagerten Güter dem Einlagerer ohne Rückempfang des Lagerscheins ausliefert, muß dessen gutgläubigem Erwerber nochmals leisten (RG 78, 149). Teilt der Veräußerer im Falle des § 416 die Schuldübernahme, nachdem der Gläubiger die Forderung auf einen andern übertragen hat, gutgläubig noch dem alten Gläubiger mit, so ist die Anforderung des § 416 auch dem neuen Gläubiger gegenüber erfüllt (RG 67, 412; 80, 92). — Da der § 407 nur den Schutz des gutgläubigen Schuldners bezweckt, so ist sein Fall nicht gegeben, wenn die zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner getroffene Vereinbarung die Verschlechterung der Lage des Schuldners bewirkt hat, und das Rechtsgeschäft daher allein dem Gläubiger zum Vorteile gereicht (wie die Verpfändung oder die Unterbrechung der Verjährung; RG 52, 183); derartige Vereinbarungen sind vielmehr schlechthin wirkungslos (RG Warn 1912 Nr 202). Aus dem gleichen Grunde kann auch der Schuldner, der in Nichtkenntnis der Abtretung an den alten Gläubiger gezahlt hat, die Leistung gemäß § 812 zurückfordern (RG 83, 187, betreffend die Rückforderung eines Schuldanerkenntnisses). — Greift § 407 auch Platz, wenn der Gläubiger nach § 267 durch einen Dritten befriedigt wird?

Das dürfte zu verneinen sein (a. A. Oertmann A 1b bei § 407), weil der Dritte, der ohne Verpflichtung hierzu leistet, keinen begründeten Anspruch auf Schutz hat, wie der gutgläubige Schuldner. Jedenfalls wendet das Gesetz seinen Schutz ausdrücklich nur dem Schuldner zu. — Der § 407 ist anwendbar auch bei Rechtsübergängen kraft Gesetzes, wobei es auf die Kenntnis derjenigen Tatsachen ankommt, die den Übergang bewirkt haben (RG 60, 204; JW 1912, 153[39]).

2. **Wirkung des** nach der Abtretung zwischen dem Schuldner und dem bisherigen Gläubiger ergangenen **rechtskräftigen Urteils.** Eine weitere Gefahr kann dem Schuldner, der von der Abtretung nicht unterrichtet ist, auch aus dem prozessualen Grundsatze entstehen: sententia jus facit inter partes. Unterläßt er es nämlich wegen seiner Unkenntnis von der Abtretung, dem alten Gläubiger, der ihn noch nach der Abtretung verklagt, den Einwand mangelnder Sachzuständigkeit entgegenzusetzen, und unterliegt er im Prozesse, so hätte er den bezeichneten Einwand dem alten Gläubiger gegenüber gemäß § 767 ZPO endgültig eingebüßt, und seinem neuen Gläubiger gegenüber könnte er den Einwand, daß er schon auf die Klage des Zedenten verurteilt sei, überhaupt nicht erheben. Erlangt anderseits der Schuldner die Abweisung des früheren Gläubigers, und zwar aus Gründen, die die Beschaffenheit der Forderung selbst betreffen, so nützte ihm gegenüber einer späteren Klage des neuen Gläubigers auch dieses Urteil nichts. Um nun den Schuldner, der sich gutgläubig noch auf den Prozeß mit dem früheren Gläubiger eingelassen hat, auch gegen die zuvor erwogenen Gefahren zu schützen, verpflichtet der Abs 2 den neuen Gläubiger, auch das zwischen seinem Rechtsvorgänger und dem Schuldner ergangene Urteil gegen sich gelten zu lassen, falls der Rechtsstreit *erst nach der Abtretung anhängig gemacht* worden ist und der Beklagte *in diesem Zeitpunkte die Abtretung nicht gekannt* hat (über die Voraussetzungen der Kenntnis vgl. § 406 A 1). Unbenommen ist es dabei dem Schuldner, falls er von der erfolgten Abtretung noch im Laufe des Prozesses mit dem alten Gläubiger erfährt, nunmehr von den Rechtsbehelfen aus den §§ 72, 75 ZPO Gebrauch zu machen. Hat der Schuldner dagegen von der erfolgten Abtretung schon bei Eintritt der Rechtshängigkeit Kenntnis gehabt, so braucht er keinen besondern Schutz, da er alsdann ohnehin in der Lage war, die richtige Verteidigung zu wählen. Auch ein Urteil, durch welches der Schuldner dem Gläubiger gegenüber die Schuld mit Erfolg *angefochten* hätte, würde ihm dem Zessionar gegenüber nichts nützen, falls es nach der Zession ergangen wäre und der Schuldner bei der Rechtshängigkeit die Abtretung schon gekannt hätte (RG JW 06, 379[7]). Ist endlich der Rechtsstreit zur Zeit der Abtretung bereits anhängig gewesen, so kann diese auf den Prozeß gemäß § 265 ZPO überhaupt keinen Einfluß haben. — Ist die Abtretung erst erfolgt, nachdem der alte Gläubiger ein obsiegliches Urteil erlangt hatte, dann greift lediglich § 407 Abs 1 Platz; dies ist auch dann der Fall, wenn die Abtretung zwar vor dem Rechtsstreite zwischen dem alten Gläubiger und dem Schuldner erfolgt war, der Schuldner aber erst später Kenntnis von der Abtretung erlangt und daraufhin trotzdem noch an den alten Gläubiger geleistet hatte, auch jetzt braucht der neue Gläubiger die Leistung nicht gegen sich gelten zu lassen, selbst wenn der Schuldner zur Leistung an den alten Gläubiger verurteilt worden ist (RG 84, 298).

Die *Beweislast* betreffs der Kenntnis des Schuldners liegt im Falle des Abs 1 sowie des Abs 2 dem neuen Gläubiger ob, der die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts oder die Unmaßgeblichkeit des Urteils behauptet (RG 52, 143; 61, 250).

3. Besondere Wirkungen treten ein, falls der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung *anzeigt*; darüber § 409. — Der § 407 ist anwendbar auch bei Übertragungen *kraft Gesetzes* (§ 412), dagegen *nicht bei Überweisungen* im Zwangsvollstreckungsverfahren, da mit der Zustellung des Überweisungsbeschlusses dieser als dem Schuldner zugegangen gelten muß, gleichviel ob er von der Zustellung erfährt oder nicht (vgl. § 132 A 1). Die Erwägung, daß die Überweisung erst mit der Zustellung „wirksam wird" (Staudinger A 4), dürfte nicht durchschlagen; denn im Sinne des § 407 kommt es nicht auf das Wirksamwerden der Abtretung, die der Paragraph ohnehin voraussetzt, sondern darauf an, welchen Schutz der Schuldner trotz der Wirksamkeit der Abtretung zufolge seiner Unkenntnis von dieser genießen soll. — Über die etwa erforderlich werdende *Ausgleichung zwischen* dem neuen und dem alten Gläubiger s. § 406 A 1. Vgl. ferner über das Recht des Zessionars zur Erhebung der Hauptintervention § 64 und zur Nebenintervention § 66 ZPO. — Die Bestimmungen des Abs 1 u. 2 stehen dem Eigentümer, der von dem Rechtsnachfolger eines Hypothekars mit der dinglichen Klage in Anspruch genommen wird, gemäß § 1156 nicht zur Seite. Das Nähere s. § 1156 A 2.

§ 408

Wird eine abgetretene Forderung von dem bisherigen Gläubiger nochmals an einen Dritten abgetreten, so finden, wenn der Schuldner an den Dritten leistet oder wenn zwischen dem Schuldner und dem Dritten ein Rechts-

geschäft vorgenommen oder ein Rechtsstreit anhängig wird, zugunsten des Schuldners die Vorschriften des § 407 dem früheren Erwerber gegenüber entsprechende Anwendung[1]).

Das gleiche gilt, wenn die bereits abgetretene Forderung durch gerichtlichen Beschluß einem Dritten überwiesen wird oder wenn der bisherige Gläubiger dem Dritten gegenüber anerkennt, daß die bereits abgetretene Forderung kraft Gesetzes auf den Dritten übergegangen sei[2])[3]).

E I 305; M 2 134; P 1 393.

1. **Wiederholte Abtretung.** Hat der Gläubiger seine Forderung einmal übertragen, so ist er seines Rechtes ledig geworden, und eine nachträgliche nochmalige Abtretung an einen andern könnte diesem somit keinerlei Rechte mehr an der Forderung verschaffen. Aus diesem Grunde müßten daher auch solche Rechtsgeschäfte, die der Schuldner mit einem nachfolgenden zweiten Zessionar des Gläubigers in Ansehung der Forderung abschlösse, dem ersten Zessionar gegenüber wirkungslos bleiben. Das begründet für den Schuldner, der etwa in Unkenntnis von einer ersten Zession mit einem zweiten Zessionar des alten Gläubigers verhandelt oder sich auf dessen Klage eingelassen hat, die Gefahr, daß der erste Zessionar jene Verhandlungen, Leistungen usw. nicht gelten läßt, die Leistung vielmehr nachmals noch für sich fordert. In Erwägung dessen kommt das Gesetz dem gutgläubigen Schuldner in Abs 1 auch hier zu Hilfe, indem es den Grundsatz des § 407 heranzieht, und so vorsieht, daß das, was dort hinsichtlich der Rechtsgeschäfte zwischen dem Zedenten und Schuldner zuungunsten des Zessionars bestimmt worden ist, entsprechend auch betreffs der Rechtsgeschäfte zwischen dem Schuldner und dem zweiten Zessionar zuungunsten des ersten Zessionars zu gelten hat. Und ein gleiches gilt hinsichtlich der Rechtskraftwirkung eines Urteils. Vgl. § 407 A 1 und 2. — Es ist streitig, ob der erste Zessionar auch eine vom Schuldner gegenüber dem „Dritten" (also dem weiteren Zessionar des alten Gläubigers) erklärte Aufrechnung gegen sich gelten lassen muß. Falls der Schuldner mit einer Forderung aufrechnet, die ihm an den Dritten selbst zusteht, entbehrt die Sache jedes Zweifels, da ein solcher Fall schon durch den § 408 allein gedeckt wird (Vornahme eines Rechtsgeschäfts, das zur Tilgung führt). Hat aber der Schuldner mit einer Forderung an den Zedenten aufgerechnet, so reicht die Bestimmung des § 408 nicht aus, weil eine derartige Aufrechnung gegen den Grundsatz compensatio fit inter easdem partes verstößt (§ 387) und daher strenggenommen (als rechtlich wirkungslos) zur Tilgung überhaupt nicht führen könnte. Hier wird jedoch die Lücke durch den allgemeinen Grundsatz des § 406 ausgefüllt, daß sich der Zessionar grundsätzlich die Aufrechnung mit einer Forderung an den Zedenten gefallen lassen muß. Allerdings würde die Aufrechnung im vorausgesetzten Falle nicht dem Zessionar selbst, sondern einem Dritten gegenüber erklärt sein, welchen Fall der § 406 unmittelbar im Auge hat. Aber hier greift wiederum der § 408 ein, da er allgemein darauf abzielt, die vom Schuldner dem Dritten gegenüber hinsichtlich der Forderung gutgläubig vorgenommenen Rechtsgeschäfte auch gegen den früheren Zessionar wirksam werden zu lassen. Die aufgestellte Frage ist also zu bejahen (a. A. Oertmann A 1).

2. Anwendung der Regel des Abs 1 auf den Fall, daß eine bereits abgetretene Forderung nachträglich einem Dritten **gerichtlich überwiesen wird,** oder falls der bisherige Gläubiger nach der Abtretung seiner Forderung einem Dritten gegenüber **anerkennt,** daß auf diesen die Forderung kraft Gesetzes übergegangen sei. In diesen beiden Fällen ist der Schuldner ebenso mißlich gestellt wie im Falle der wiederholten rechtsgeschäftlichen Abtretung (M 2, 134). Die Anerkennung ist eine empfangsbedürftige, keiner Form bedürfende Erklärung (§ 130).

3. Gemäß § 412 greifen die Regeln des § 408 auch zuungunsten desjenigen entsprechend Platz, der die Forderung vor deren Abtretung bereits kraft Gesetzes erworben hatte. Falls die Forderung vor ihrer Abtretung einem andern durch gerichtlichen Beschluß bereits überwiesen war (§§ 835 ff. ZPO), kann dagegen der § 408 überhaupt nicht in Frage kommen, da die Zustellung des Überweisungsbeschlusses die Gutgläubigkeit des Vollstreckungsgläubigers im Rechtssinne ausschließt (§ 407 A 3).

Die Beweislast regelt sich wie im Falle des § 407.

§ 409

Zeigt der Gläubiger dem Schuldner an, daß er die Forderung abgetreten habe, so muß er dem Schuldner gegenüber die angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist[1]). Der

Anzeige steht es gleich, wenn der Gläubiger eine Urkunde über die Abtretung dem in der Urkunde bezeichneten neuen Gläubiger ausgestellt hat und dieser sie dem Schuldner vorlegt[1]).

Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Gläubiger bezeichnet worden ist[2])[3]).

E I 306; M 2 135; P 1 394.

1. **Anzeige des Gläubigers an den Schuldner, daß er die Forderung abgetreten habe und beurkundete Abtretung.** Ein nichtiger oder im Wege der Anfechtung vernichteter Abtretungsvertrag vermag die Übertragung nicht zu bewirken oder nicht aufrechtzuerhalten (RG 93, 75). Vgl. auch § 142 A 1. Die Folge ist, daß Rechtsgeschäfte, die der Schuldner in Ansehung der Forderung mit dem Zessionar vornimmt, dem vormaligen Gläubiger gegenüber in Fällen der angegebenen Art stets wirkungslos bleiben müßten, und der Schuldner dadurch insofern gefährdet würde, als der Zedent die dem unbefugten Dritten (angeblichen Zessionar) gegenüber vorgenommenen Rechtsgeschäfte gegebenenfalls nicht gelten zu lassen brauchte. Um deswillen bestimmt Abs 1 zum Schutze des Schuldners, daß der Gläubiger (der Zedent) auch die nichtige oder unwirksame Abtretung als wirksam gelten lassen muß, wenn er **dem Schuldner angezeigt hat,** daß er die Forderung abgetreten habe, oder wenn er die Abtretungserklärung beurkundet und der Zessionar die Urkunde dem Schuldner vorgelegt (d. h. der sinnlichen Wahrnehmung ihres Inhalts hinreichend zugänglich gemacht, RG 56, 66) hat. Unter diesen Voraussetzungen ist der Schuldner so unbedingt geschützt, daß es nicht einmal auf seine Gutgläubigkeit oder Schlechtgläubigkeit ankommt. Der Gläubiger, der die Anzeige macht, muß sich beim Worte nehmen lassen: Erklärungsgrundsatz (vgl. Vorbem 5 vor § 116). A. A. Planck A 1d, wo zu Unrecht entgegengehalten wird, daß das Festhalten des Gläubigers eine ungebührliche Strafe für ihn bedeuten würde. Eines Schutzes gerade des guten Glaubens bedurfte es hier überhaupt nicht, weil der Schuldner nach § 410 ohnehin nur verpflichtet ist, gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde oder auf eine Anzeige hin zu leisten. Vgl. die ähnlichen Vorschriften der §§ 171, 172, anderseits die Abweichung des § 173. Da § 409 lediglich eine Schutzvorschrift zugunsten des Schuldners darstellt (während die Anzeige gemäß § 1280 schon für die Begründung des Pfandrechts wesentlich ist, RG 79, 308), so schließt er nicht das Recht des Schuldners aus, trotz der ihm gemachten Anzeige die Nichtigkeit der Zession (oder eine wirksam erfolgte Anfechtung) seinerseits geltend zu machen und daraufhin — auf die Gefahr hin, daß die Zession wirksam ist — die Leistung dem (angeblichen) Zessionar gegenüber zu verweigern (RG 53, 420; 63, 235; 70, 89; 93, 75); alsdann aber hat er seinen Einwand zu beweisen, gegebenenfalls kann er sich höchstens, um der Gefahr des Verzugs zu entgehen, durch Hinterlegung befreien (RG 53, 420; 70, 89). Die Anzeige kann natürlich auch durch einen Stellvertreter erklärt werden; er muß sich aber als solchen zu erkennen gegeben haben (RG 88, 308). — Einer öffentlich beglaubigten Urkunde ist ein Urteil gleichzustellen, das die erfolgte Abtretung rechtskräftig feststellt (RG JW 1916, 1273[6]). — Dem Gesetzeswortlaute nach beschränkt sich die Regel des Abs 1 auf das Verhältnis zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger und ist daher im Verhältnisse zwischen dem alten Gläubiger und dem neuen in keiner Weise anwendbar (RG 63, 235). — Bei einer Hypothekenklage würde sich der Schuldner dem angeblichen Zessionar gegenüber nicht darauf berufen können, daß die ihm angezeigte Abtretung zum Scheine erfolgt sei (RG 4. 3. 05 V 558/04). Hat der Gläubiger einer Hypothek die Forderung schriftlich abgetreten, auch die Abtretungsurkunde und den Hypothekenbrief dem Zessionar ausgehändigt, dann kann er einem gutgläubigen Dritterwerber gegenüber nicht einwenden, daß sein Übertragungsgeschäft als Scheingeschäft rechtsunwirksam gewesen sei (RG 90, 278).

2. Die **Zurücknahme der Anzeige** ist nur mit Zustimmung der in ihr als Zessionar bezeichneten Persönlichkeit zulässig, weil deren Interesse durch die Zurücknahme berührt wird, oder wenigstens berührt werden kann. Überdies muß der Schuldner Gewißheit darüber haben, ob er an die ihm als Zessionar bezeichnete Person gefahrlos leisten kann. Verweigert diese nach dem zwischen ihr und dem Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisse die Zustimmung zum Widerrufe widerrechtlich, so kann der Gläubiger auf Abgabe der Erklärung klagen, wonach die §§ 894—898 ZPO Anwendung fänden. Gegebenenfalls könnte der Gläubiger die Anzeige auch durch Anfechtung seiner Erklärung beseitigen, da diese nach richtiger Ansicht nicht bloß eine tatsächliche Mitteilung, sondern eine rechtserhebliche Erklärung und daher eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung darstellt. Vgl. RG 70, 89. — Die Zustimmungserklärung regelt sich nach den §§ 182ff.

3. Nach § 412 findet § 410 auch bei einer Übertragung kraft Gesetzes entsprechende Anwendung. Über die Wirksamkeit eines zu Unrecht erlassenen Überweisungsbeschlusses und anderseits über ihre Beseitigung vgl. § 836 Abs 2 ZPO.

§ 410

Der Schuldner ist dem neuen Gläubiger gegenüber zur Leistung nur gegen Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger über die Abtretung ausgestellten Urkunde verpflichtet[1]). Eine Kündigung oder eine Mahnung des neuen Gläubigers ist unwirksam, wenn sie ohne Vorlegung einer solchen Urkunde erfolgt und der Schuldner sie aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist[2]).

Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der bisherige Gläubiger dem Schuldner die Abtretung schriftlich angezeigt hat[3])[4]).

E I 308; M 2 137; P 1 396.

1. **Leistungspflicht des Schuldners nur gegen Aushändigung einer Abtretungsurkunde** (§ 403). Damit soll der Schuldner ganz besonders gegen die Gefahr geschützt werden, doppelte Zahlung leisten zu müssen. Er kann mithin die Leistung gegebenenfalls verweigern und kommt alsdann nicht in Verzug. Anderseits aber gibt Abs 1 dem Schuldner noch keinen Anspruch auf Aushändigung der Urkunde, und daher (§ 273 A 3) handelt es sich bei dem Weigerungsrechte aus § 410 nur um eine bloß aufschiebende Einrede (§ 202 A 2) und nicht um ein Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 273 (RG 56, 303) oder um eine Zug-um-Zug-Leistung im Sinne des § 274, ebensowenig hinsichtlich der Aushändigung der Urkunde um eine Gegenleistung des Zessionars im Sinne des § 592 ZPO (RG 56, 301). Daher wird es auch nicht einmal zulässig sein, den Schuldner, dem die Abtretungsurkunde vorenthalten wird, unter entsprechender Anwendung des § 274 zur Zahlung gegen Aushändigung der Abtretungsurkunde zu verurteilen. A. A. Planck A 1a. Der Zessionar anderseits ist zur Aushändigung der Abtretungsurkunde nur dann verpflichtet, wenn der Schuldner sich zur Leistung bereit erklärt, mithin nur Zug um Zug gegen die Leistung. Demnach braucht auch der Beklagte, der die Klageforderung gegen eine ihm abgetretene Forderung aufrechnet, dem Kläger die Abtretungsurkunde nur dann auszuhändigen, wenn der Kläger die Aufrechnung gelten läßt (RG 70, 164). Hat ein Bevollmächtigter des Gläubigers anstelle dessen die Abtretung erklärt, so ist der Schuldner nicht berechtigt, nach § 410 die Aushändigung auch der Vollmachtsurkunde zu verlangen (RG 56, 304).

2. Der Schuldner braucht auch eine **Kündigung oder Mahnung des neuen Gläubigers** nur dann entgegenzunehmen, wenn ihm dabei die Abtretungsurkunde vorgelegt wird. Er muß jedoch, wenn letzteres nicht geschieht, die Erklärungen aus diesem Grunde *unverzüglich zurückweisen*, widrigenfalls Kündigung wie Mahnung wirksam werden (vgl. noch § 174). Eine Klage des Zessionars könnte als wirksame Kündigung überhaupt nur dann angesehen werden, wenn darin mindestens die Anzeige von der erfolgten Abtretung enthalten wäre (RG Warn 08 Nr 32).

3. Im Falle der **schriftlichen Anzeige** ist der Schuldner schon nach § 409 geschützt.

4. Der Paragraph findet auch bei Übertragungen *kraft Gesetzes* entsprechende Anwendung (§ 412). Es muß also eine den Rechtsübergang nachweisende Urkunde ausgehändigt werden. Bei Überweisungen im Zwangsvollstreckungsverfahren vertritt die Zustellung des Beschlusses zugleich die Anzeige (§ 836 Abs 1 ZPO). — Gleichgültig für die *Anwendbarkeit des Paragraphen* ist es, ob das Schuldverhältnis bereits vor dem *1. Januar 1900* entstanden war, nur muß die Abtretung nach dem 31. Dezember 1899 erfolgt sein (RG 56, 302).

§ 411

Tritt eine Militärperson, ein Beamter, ein Geistlicher oder ein Lehrer an einer öffentlichen Unterrichtsanstalt den übertragbaren Teil des Diensteinkommens, des Wartegeldes oder des Ruhegehalts ab, so ist die auszahlende Kasse durch Aushändigung einer von dem bisherigen Gläubiger ausgestellten, öffentlich beglaubigten Urkunde von der Abtretung zu benachrichtigen. Bis zur Benachrichtigung gilt die Abtretung als der Kasse nicht bekannt[1]).

E I 311; M 2 140; P 1 404.

1. **Öffentliche Kassen** sind hiernach im gegebenen Falle zur Zahlung an den Zessionar nur verpflichtet, wenn ihnen die Abtretung durch Aushändigung einer öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde bekanntgemacht worden ist.

§ 412

Auf die Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes finden die Vorschriften der §§ 399 bis 404, 406 bis 410 entsprechende Anwendung[1]).

E I 293; M 2; P wie bei den einzelnen Paragraphen.

1. Fälle der **Übertragung einer Forderung kraft Gesetzes** enthalten die §§ 268 Abs 3, 426 Abs 2, 774 Abs 1 (der auch zugunsten des Nachbürgen gilt, **RG** 83, 342), 1143 Abs 1, 1225, 1249, 1438, 1519 Abs 2, 1549, 1607 Abs 2, 1709 Abs 2; ferner die Versicherungsgesetze (vgl. **RG** 60, 200), insbesondere § 67 VersVG; § 1542 RVO; § 57 Abs 4 KrankVG, wobei es gleichgültig ist, ob die Ortskrankenkasse den Schadensersatzanspruch eines gesetzlich Versicherungspflichtigen oder eines ihr freiwillig Beigetretenen zahlt (**RG** 83, 316); weiter § 225 Abs 2 KO (**RG** 55, 61); § 12 des BeamtUFürsG v. 18. 6. 01 (**RG** 80, 49, in welchem Falle die Betriebsverwaltung die auf sie übergegangene Forderung des Entschädigungsberechtigten auch weiter übertragen kann). Gemäß §§ 69ff. VersVG tritt der Erwerber einer versicherten Sache an Stelle des Veräußerers in dessen Rechte und Pflichten ein, und zwar für die Dauer seines Eigentums. Dazu vgl. **RG** 84, 409. Der Rechtsübergang knüpft sich in diesen Fällen ohne weiteres an den Eintritt der ihn bewirkenden Tatsache an. Über die dem Rechtsnachfolger kraft Gesetzes in den bezeichneten Gesetzesstellen zum Schutze des Rechtsvorgängers auferlegte Verfügungsbeschränkung vgl. § 268 A 4. Auf den Erwerber eines Grundstücks geht auch das Recht aus der für die Miete bestellte Bürgschaft über (**RG** Warn 1913 Nr 286).

§ 413

Die Vorschriften über die Übertragung von Forderungen finden auf die Übertragung anderer Rechte entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt[1]).

E I 312; M 2 141; P 1 404.

1. **Übertragung anderer Rechte.** In Betracht kommen hier als nicht aus Schuldverhältnissen hervorgehende Forderungen Ansprüche dinglicher (§§ 931, 986) und familienrechtlicher Art, ferner Erbansprüche, insbesondere aber die nicht im BGB behandelten Patentrechte und Urheberrechte aller Art, „sonstige Rechte" im Sinne des § 823. Darüber, ob aus dem Vertragsantrage für den Antragsgegner ein übertragbares Recht entsteht, vgl. § 145 A 2. Besonders geregelt ist die Abtretung des Rechtes aus dem Meistgebote in §§ 81, 118 ZVG. Die Übertragung der Forderung an den Ersteher auf die Berechtigten hat die Wirkung, daß sie als Befriedigung aus dem Grundstücke gilt.

Fünfter Abschnitt

Schuldübernahme[1])

§ 414

[1]) Eine Schuld kann von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, daß der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt[2])[3]).

E I 314; M 2 142; P 1 405.

1. Der **Eintritt in ein fremdes Schuldverhältnis** auf der Schuldnerseite kann in folgender Form erfolgen: a) Der Dritte tritt an die Stelle des ausscheidenden bisherigen Schuldners, so daß, als Gegenstück zur Abtretung, eine Sondernachfolge auf der Schuldnerseite rechtsgeschäftlich begründet wird — translative, befreiende oder privative Schuldübernahme; davon handeln die §§ 414, 415. b) Der Dritte tritt neben dem bisherigen Schuldner als weiterer Schuldner hinzu, und zwar unter Übernahme einer neuen Verbindlichkeit neben der bereits bestehenden mit gleichem Inhalte (**RG** Warn 1913 Nr 407) — gehäufte, kumulative Schuldübernahme. Diesen zweiten Fall hat das Gesetz nicht besonders berücksichtigt (vgl. aber die §§ 419, 556 Abs 3, 2382, 2385); er regelt sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen wie folgt: Begründet wird die **gehäufte Schuldübernahme** durch Vertrag des Dritten entweder mit dem Gläubiger oder mit dem Schuldner. Letzterenfalls liegt ein Vertrag zugunsten eines Dritten gemäß § 328 vor und der Gläubiger er-

wirbt das Recht an den Dritten selbständig (anders als im Falle der bloßen Erfüllungsübernahme im Sinne des § 329, wo der Anspruch auf Vornahme der Erfüllung lediglich dem Schuldner zusteht). Bei einem Vertrage anderseits zwischen dem Gläubiger und dem Dritten ist die gehäufte Schuldübernahme, je nach der Absicht der Parteien und dem verfolgten Zwecke an sich in zweifacher Gestalt möglich: Entweder soll die Haftung des Dritten abhängig sein von dem Bestehen der übernommenen Schuld und der Dritte demzufolge nur wie ein selbstschuldnerischer Bürge haften. Alsdann liegt nur ein bürgschaftliches Verhältnis vor und der Vertrag bedarf dann auch der Schriftform gemäß § 766. Oder die Haftung soll von der Verpflichtung des Schuldners unabhängig sein und der Dritte demzufolge selbständig haften; alsdann richtet sich seine Haftung nach den Regeln von der Gesamtschuld und der Vertrag ist formfrei (vgl. RG 51, 120; 59, 232; 64, 318; 61, 157; 71, 118; Warn 1915 Nr 113). Ob das eine oder das andere gewollt war, ist Sache der Auslegung. Beispielsweise, wenn vereinbart wird, der Dritte solle leisten, „falls der Schuldner nicht zahle" (RG Warn 08 Nr 199). Für die Haftbarkeit als Gesamtschuldner spricht es, wenn der Dritte die Schuld im eigenen Interesse übernommen hat (RG 64, 318; JW 08 S. 31[6] u. 137[5]; 09, 459[14]; 1911, 581[22]; Warn 1918 Nr 7). Solange solches nicht nachgewiesen wird, ist in der Erklärung, die Schuld eines andern auf sich nehmen zu wollen, der Regel nach nur ein Bürgschaftsversprechen zu finden (RG Warn 1911 Nr 171). Vgl. ferner § 438 A 1 u. 2 für den Fall, daß der Verkäufer einer Forderung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder für den (vollständigen und pünktlichen) Eingang der Forderung Gewähr leistet. — Die Schuldübernahme setzt zu ihrer Wirksamkeit nicht eine klagbare Schuld voraus, es genügt vielmehr auch eine nur natürliche Verbindlichkeit (RG Warn 1916 Nr 68).

Wird die selbständige, nicht akzessorische Verpflichtung, für einen bestimmten Erfolg einzustehen, insbesondere das Risiko aus einem Unternehmen, oder das Einstehen für den Verlust, den ein anderer aus dem einem Dritten gewährten Kredite erleiden sollte, übernommen, so handelt es sich um einen Garantievertrag; ein solcher setzt voraus, daß der etwaige Schade zur Zeit der Garantieübernahme noch nicht eingetreten ist, mit seinem Eintritte vielmehr erst gerechnet wird (RG 90, 416).

2. Die **befreiende Schuldübernahme,** vermöge deren **der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt,** kann ebenfalls **durch Vertrag** des Dritten sowohl mit dem Gläubiger wie dem Schuldner begründet werden. Sie stellt eine Nachfolge in die alte Schuld dar und erfolgt mittels eines keiner Form bedürftigen, einseitigen, von dem zugrunde liegenden Rechtsgrunde unabhängigen Vertrags (RG Gruch 56, 928; 58, 386; 63, 46), der auch stillschweigend zustande kommen kann (RG 72, 404). Den ersteren der beiden bezeichneten Fälle trifft der § 414, den letzteren § 415. Möglich ist es auch, daß der Schuldner für einen noch nicht vorhandenen Dritten (eine erst zu bildende juristische Person) als dessen auftragsloser Geschäftsführer dem Gläubiger gegenüber den Schuldübernahmevertrag abschließt. Die Schuldübernahme wird alsdann mit Entstehung des Dritten und mit dessen Genehmigung wirksam (RG JW 06, 303[8]). Im Falle des § 414 bedarf es der Zustimmung des Schuldners nicht. Die Abmachung zwischen dem Dritten und dem Gläubiger befreit den Schuldner ohne weiteres; falls sich überhaupt nur aus den Umständen mit Sicherheit ergibt, daß der Gläubiger den Dritten an Stelle des alten Schuldners als solchen annehmen wolle (RG Warn 1914 Nr 281; LZ 1913, 366[3]). Nach früherer Auffassung handelte es sich hier um Novation oder Passivdelegation. Dieser Schuldübernahmevertrag folgt den gewöhnlichen Regeln, ist formfrei (RG 60, 263; 64, 318; 68, 130) und kann auch stillschweigend zustande kommen (RG 59, 233). In der bloßen Annahme eines weiteren Schuldners liegt noch nicht die Entlassung des alten Schuldners (RG JW 1910, 284[14]). Daß die Schuld, die übernommen wird, zu der Zeit schon besteht, oder daß sie überhaupt klagbar ist, ist ebenfalls kein Erfordernis (RG Warn 1916 Nr 68); eine wirksame Schuldübernahme kann daher auch dann vorliegen, wenn etwa die Urkunde die Schuld als eine bereits bestehende behandelt, während in Wirklichkeit ihre Entstehung noch erst begründet werden soll, nur hat alsdann der Gläubiger das Sachverhältnis zu beweisen (RG Warn 1910 Nr 428). Beim Abschlusse eines Vertrags im Sinne des § 414 ist auch eine Vertretung des Dritten zulässig, insbesondere auch durch den Schuldner selbst. Falls der Vertreter ohne Vollmacht handelte, wird der Vertrag durch die nachträgliche Genehmigung der Stellvertretung wirksam (RG JW 06, 303[8]).

3. **Der bisherige Schuldner wird frei.** Dieser Einfluß der Schuldübernahme auf die Haftung des alten Schuldners ist selbstverständlich von der Rechtsbeständigkeit der Schuldübernahme abhängig. Im Falle ihrer Nichtigkeit sowie im Falle der Anfechtung bleibt daher jede Einwirkung auf das bisherige Schuldverhältnis von vornherein oder aber vermöge der Rückwirkung (§ 142) aus. Eine etwaige spätere Aufhebung des Übernahmevertrags durch einseitigen Rücktritt (§ 346) oder durch Vertrag könnte dagegen die einmal eingetretene Befreiung des Schuldners nicht wieder rückgängig machen

§ 415

Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab[1]). Die Genehmigung kann erst erfolgen, wenn der Schuldner oder der Dritte dem Gläubiger die Schuldübernahme mitgeteilt hat[2]). Bis zur Genehmigung können die Parteien den Vertrag ändern oder aufheben[3]).

Wird die Genehmigung verweigert, so gilt die Schuldübernahme als nicht erfolgt[1]). Fordert der Schuldner oder der Dritte den Gläubiger unter Bestimmung einer Frist zur Erklärung über die Genehmigung auf, so kann die Genehmigung nur bis zum Ablaufe der Frist erklärt werden; wird sie nicht erklärt, so gilt sie als verweigert[4]).

Solange nicht der Gläubiger die Genehmigung erteilt hat, ist im Zweifel der Übernehmer dem Schuldner gegenüber verpflichtet, den Gläubiger rechtzeitig zu befriedigen. Das gleiche gilt, wenn der Gläubiger die Genehmigung verweigert[5]).

E I 315; M 2 143; P 1 405.

1. **Schuldübernahme durch Vertrag zwischen dem Dritten und dem Schuldner** (Expromission). Davon ist der Fall zu unterscheiden, daß sich ein Schuldner (A) des Schuldners (B) diesem gegenüber nur das Recht ausbedingt, an den Gläubiger (C) des Schuldners (B) mit befreiender Wirkung für sich (A) dem B gegenüber leisten zu dürfen (**RG** SeuffA 61 Nr 135). — Grundsatz ist im Falle des § 415, daß die befreiende Einwirkung des Übernahmevertrags auf die Haftung des alten Schuldners **von der Genehmigung des Gläubigers abhängt**, da dessen Interesse in Frage steht. Unabhängig dagegen von der Genehmigung des Gläubigers ist das Rechtsverhältnis zwischen dem alten Schuldner und dem Dritten (Abs 3). Demnach gestaltet sich die gesamte Rechtslage folgendermaßen: Erteilt der Gläubiger seine Genehmigung, dann treten ohne weiteres die in § 414 vorgesehenen Rechtsfolgen ein, und zwar gemäß § 184 mit rückwirkender Kraft; versagt er dagegen die Genehmigung, dann „gilt die Schuldübernahme (als solche) als nicht erfolgt", und der Gläubiger bleibt mithin von ihr unberührt; auch eine spätere Genehmigung wäre wirkungslos. Anderseits aber behält der bezeichnete Vertrag im Verhältnisse zwischen dem Schuldner und dem Dritten im Zweifel die Eigenschaft eines Schulderfüllungsvertrags im Sinne des § 329, mit dem Anspruche auf Befreiung von der Schuld. Die Übernahme einer Schuld, für die eine Hypothek bestellt ist, durch den Erwerber des Grundstücks stellt sich regelmäßig als eine befreiende (§ 414 A 2) Schuldübernahme dar (**RG** 56, 200; 75, 338; Warn 1912 Nr 249). — Auch ein während bestehender Ehe geschlossener Ehevertrag, durch den an Stelle der bisherigen Gütergemeinschaft Gütertrennung eingeführt wird, und in dem der eine Teil die bisherigen Gesamtgutsverbindlichkeiten übernimmt, stellt eine Schuldübernahme dar, und ist der Ehevertrag im Güterregister eingetragen, dann kann sich der Gläubiger auf die Übernahme berufen, auch wenn sie ihm nicht mitgeteilt wurde (**RG** 14. 4. 08 II 32/08). Der Schuldübernehmer braucht nicht immer ein bisher Unbeteiligter zu sein. Eine Schuldübernahme kann vielmehr auch in der Weise erfolgen, daß von mehreren Gesamtschuldnern der eine die Schuld mit befreiender Wirkung für die übrigen allein übernimmt, beispielsweise indem bei Auflösung einer offenen Handelsgesellschaft der eine Gesellschafter eine Gesellschaftsschuld übernimmt (**RG** 13. 4. 12 VI 399/11). Im übrigen aber muß der Schuldübernehmer ein anderer sein als der bereits vorhandene Schuldner (**RG** JW 1913, 324[9]). Vgl. auch A 5 a. E.

2. Für die **Genehmigung des Gläubigers** besteht an sich (vgl. A 4) keine Frist (**RG** 56, 202; 75, 342). Die Verzögerung der Genehmigung darf jedoch nicht aus arglistiger Absicht erfolgt sein, widrigenfalls die Genehmigung durch die Einrede der Arglist (exceptio doli generalis) entkräftet wird (**RG** 75, 342). Die Mitteilung der Schuldübernahme ist an sich also etwas Erhebliches (**RG** Warn 1912 Nr 67 u. 249; 1914 Nr 281). Anderseits ist für die Genehmigung regelmäßig **erst nach Empfang der Mitteilung** von der Schuldübernahme Raum, weil der Gläubiger alsdann erst erfährt, was er genehmigen soll (JW 1912, 683[7]). Dies schließt jedoch nicht aus, daß der beim Vertragsabschlusse anwesende Gläubiger schon hierbei (**RG** Warn 1915 Nr 205), oder daß der Gläubiger schon vor Abschluß des Übernahmevertrags sein Einverständnis hiermit und seine Einwilligung in die Schuldübernahme wirksam erklären kann (**RG** Warn 1911 Nr 262; 1919 Nr 29), und zwar dem Schuldner gegenüber. In solchem Falle würde die Schuldübernahme, ohne daß es noch einer späteren Mitteilung bedürfte (**RG** 60, 416), mit Abschluß des Vertrags ohne weiteres für den Gläubiger und gegen den Übernehmer wirksam werden (**RG** 60, 416). Es kann indessen der Gläubiger seine im

voraus erteilte Einwilligung, falls nicht besondere Umstände entgegenstehen, gemäß § 183 noch einseitig widerrufen (RG Warn 1910 Nr 189 u. 651). Bei der Übernahme von Hypotheken ist allerdings regelmäßig noch die Eintragung des Käufers als Eigentümers Bedingung für die Wirksamkeit der Zustimmungserklärung des Gläubigers (RG 60, 415; Warn 1912 Nr 262). — Die Genehmigung kann auch stillschweigend erklärt werden, so insbesondere durch Anstellung der Klage (RG JW 08, 108[6]; 1911, 213[9]; Warn 1912 Nr 67). Stundung aber enthält noch keine Genehmigung (RG JW 1910, 13[18]), auch bloßes Schweigen noch nicht (RG Warn 1912 Nr 67); desgleichen noch nicht die Annahme von Hypothekenzinsen (RG 59, 32; 63, 44) oder eine sonstige Verhandlung mit dem Eigentümer. Es muß sich vielmehr der Wille, auf die Haftung des alten Schuldners zu verzichten, aus den Umständen mit Sicherheit ergeben (RG Warn 1914 Nr 281 u. 29; LZ 1919, 1133[4]). Gemäß § 182 kann die nachträgliche Erklärung sowohl dem Schuldner wie dem Übernehmer gegenüber abgegeben werden (RG JW 1911, 644[10]). Wird das vom Gläubiger verkaufte Grundstück von seinem Käufer weiterverkauft und dessen Kaufschuld aus dem ersten Kaufvertrage von seinem demnächstigen Abkäufer wiederum in Anrechnung auf den Preis übernommen, dann kann der Gläubiger die erste Schuldübernahme auch dann noch wirksam genehmigen, wenn der Schuldübernehmer das Grundstück demnächst weiterveräußert hat, oder wenn es versteigert worden (RG 75, 338). — Da nach der Verkehrsauffassung bei der Übernahme einer Hypothek durch den Käufer eine befreiende Schuldübernahme als gewollt gilt, so ist für die Wirksamkeit der Schuldübernahme dem Gläubiger gegenüber auch nicht erforderlich, daß ihm dieser Wille noch besonders erkennbar gemacht wird (RG 56, 200; 75, 339; JW 1911, 644[10]; 1918, 376[2]; 1915, 917[5]). Genehmigt mithin der Gläubiger den die Schuldübernahme enthaltenden Vertrag — was besonders strenge zu prüfen ist (RG JW 1819, 376[2]) —, dann wird hierdurch der alte Schuldner ohne weiteres frei, mag sich auch der Gläubiger dieser Rechtsfolge seiner Erklärung nicht bewußt geworden sein (RG 6. 11. 15 V 245/12; Warn 1916 Nr 227). Dies alles gilt jedoch nicht in gleicher Weise im Falle des § 414 (RG LZ 1913, 366[3]). Vgl. § 414 A 2. Die Vereinbarung zwischen dem Hypothekengläubiger und dem Grundstückserwerber über Stehenlassen der Hypothek und über ihre Zahlungsbedingungen bezieht sich im Zweifel nur auf die dinglichen Leistungen, und es kann daher aus einer solchen Vereinbarung (regelmäßig) noch nicht die Absicht des Gläubigers entnommen werden, den alten Schuldner zu entlassen (RG JW 1919, 237[2]).

3. Während des **Schwebezustandes bis zur Genehmigung** haben der Schuldner und der Dritte noch freie Verfügung über den Vertrag, und der Gläubiger vermag sie daran vor Erteilung der Genehmigung selbst dann nicht zu hindern, wenn ihm die Schuldübernahme (der Vertrag) bereits mitgeteilt war (RG 3. 2. 15 V 387/14). Vgl. §§ 108, 177 ff Bis zur Genehmigung der Schuldübernahme kann der Übernehmer die Übernahme, insbesondere auch durch eine dem Schuldner gegenüber zu erklärende Anfechtung wieder beseitigen und so auch eine wirksame Genehmigung des Gläubigers ausschließen. Nach wirksam erfolgter Genehmigung ist eine Anfechtung der Schuldübernahme auch dem Gläubiger gegenüber möglich, falls dieser oder mit seiner Kenntnis ein Dritter sich arglistiger Täuschung schuldig gemacht hat (§ 143 Abs 2; RG Gruch 57, 560). Diese Anfechtung berührt jedoch nicht das Verhältnis zwischen dem Übernehmer und dem alten Schuldner, da das Urteil nicht auch ihm gegenüber Rechtskraft haben würde. Vgl. § 142 A 1 Abs 3.

4. Vgl. A 2. Um eine endliche Entscheidung über die Rechtslage herbeiführen zu können, gewährt das Gesetz dem Schuldner wie dem Dritten das Recht der **Fristsetzung**, mit der Folge, daß sich der Gläubiger nur innerhalb der ihm gestellten — übrigens beliebig bemeßbaren — Frist über die Genehmigung mit Wirksamkeit erklären kann und daß mit fruchtlosem Ablauf der Frist die Genehmigung als verweigert gilt. Haben der Schuldner und der Dritte je eine verschiedene Frist gesetzt, so muß folgerichtig schon die zuerst ablaufende Frist die gesetzliche Wirkung äußern. Die Ansicht, daß im vorausgesetzten Falle anstatt der gesetzten Frist eine angemessene Frist als maßgebend gelten müsse, findet im Gesetze keinen Anhalt, weil Angemessenheit der Frist vom Gesetze hier überhaupt nicht gefordert wird. — Die Mitteilung (der Übernahme), die Setzung der Frist sowie die Genehmigung sind einseitige, empfangsbedürftige, formlose Willenserklärungen (§§ 130—132; RG 11. 3. 09 VI 658/08).

5. Der **Vertrag des Schuldners mit dem Dritten** äußert seine Wirkung zwischen diesen beiden Vertragsteilen als **Schulderfüllungsvertrag** unbedingt und sofort (A 1 a. E.), gleichviel wie sich der Gläubiger verhält. Kommt die Schuldübernahme überhaupt nicht zustande, dann beschränkt sich die Wirkung des Vertrags auf das bezeichnete Innenverhältnis. Danach kann der Schuldner von dem Dritten regelmäßig seine Befreiung von seiner Schuldverbindlichkeit verlangen (RG Warn 1912 Nr 249) und mithin, sobald die Schuld fällig ist, die Befriedigung des Gläubigers durch die Leistung fordern. Dies Recht steht ihm übrigens auch dann zu, wenn die Genehmigung oder aber deren Versagung noch aussteht, die Fälligkeit der Schuld indessen schon während der Genehmigungslage eintritt (RG 25. 5. 04 V 147/04). Der Dritte ist aber nicht zugleich verpflichtet, eine noch nicht fällige Schuld zu kündigen und

so die beschleunigte Befriedigung des Gläubigers herbeizuführen (RG SeuffA 62 Nr 204). Der Gläubiger und der Schuldner können auch nicht ohne oder gegen den Willen des Übernehmers zu dessen Ungunsten die Schuld früher fällig machen (RG JW 08, 713[9]; Gruch 53, 421). Ein Anspruch auf Schuldbefreiung entsteht zugunsten des Versteigerungsschuldners gegenüber dem Ersteher des Grundstücks gemäß § 53 ZVG ohne weiteres, wenn der Ersteher die innerhalb des Mindestgebots fallende Hypothek (§ 52 des Ges.) übernimmt (RG 81, 85). Weder eine Schuldübernahme noch eine Erfüllungsübernahme liegt vor, wenn von zwei Gesellschaftern der eine dem andern gegenüber die Schulden der offenen Handelsgesellschaft übernimmt, da der Übernehmer ohnedies schon als Gesamtschuldner haftete; es handelt sich vielmehr um das Versprechen der Schuldbefreiung (RG Warn 1913 Nr 34).

§ 416

Übernimmt der Erwerber eines Grundstücks durch Vertrag mit dem Veräußerer eine Schuld des Veräußerers, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, so kann der Gläubiger die Schuldübernahme nur genehmigen, wenn der Veräußerer sie ihm mitteilt[1]). Sind seit dem Empfange der Mitteilung sechs Monate verstrichen, so gilt die Genehmigung als erteilt, wenn nicht der Gläubiger sie dem Veräußerer gegenüber vorher verweigert hat; die Vorschrift des § 415 Abs 2 Satz 2 findet keine Anwendung[2]).

Die Mitteilung des Veräußerers kann erst erfolgen, wenn der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Sie muß schriftlich geschehen und den Hinweis enthalten, daß der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt[3]).

Der Veräußerer hat auf Verlangen des Erwerbers dem Gläubiger die Schuldübernahme mitzuteilen. Sobald die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung feststeht, hat der Veräußerer den Erwerber zu benachrichtigen[4])[5]).

1. **Übernahme einer Hypothekenschuld.** Vorausgesetzt ist hier wie in § 415, daß die Schuld durch einen **Vertrag** zwischen dem Schuldner und dem Dritten, vorliegend also **zwischen dem Veräußerer des mit der Hypothek belasteten Grundstücks und dessen Erwerber** übernommen wird. Demgemäß gilt auch hier der Grundsatz, daß die Wirkung dem Gläubiger gegenüber nur infolge seiner Genehmigung eintreten kann. Der § 416 spricht das zwar nicht wie § 415 Abs 1 Satz 1 ausdrücklich aus. Aber seine ganzen Bestimmungen laufen darauf hinaus. — Es ist der Zweifel aufgetaucht, ob das Wirksamwerden der Schuldübernahme im Falle des § 416 ausschließlich nur auf dem hier besonders vorgesehenen Wege erreicht werden kann, so daß insbesondere selbst eine ausdrückliche Genehmigung des Gläubigers bedeutungslos wäre, falls ihm die Übernahme nicht vom Veräußerer (Abs 1 Satz 1), sondern vom Erwerber des Grundstücks mitgeteilt worden wäre. Die Frage ist zu verneinen. Der Zusammenhang des § 416 mit § 415, an den sich der erstere offensichtlich anlehnt, sowie der erkennbare Zweck des § 416 zeigen, daß seine Sonderbestimmungen allein in Hinsicht auf den in ihm behandelten Sonderfall gegeben sein sollen, also den, daß der Gläubiger sich schweigend verhält, während es in sonstigen Fällen bei den allgemeinen Grundsätzen verbleiben soll, nach denen das Wirksamwerden eines Schuldübernahmevertrags zu beurteilen ist. Die §§ 415 u. 416 stehen nämlich nur insofern in einem Gegensatze zueinander, als zwar beide für den Fall des Schweigens des Gläubigers eine besondere Unterstellung machen, ihre Unterstellungen alsdann jedoch je einen entgegengesetzten Inhalt haben. Denn während regelmäßig bei § 415 das Schweigen grundsätzlich als Verweigerung der Genehmigung aufzufassen ist, sieht es der § 416 gerade als Genehmigung an. So ist aber auch der Schluß berechtigt, daß alles das, was der § 416 in Abs 1 abweichend von § 415 bestimmt, lediglich Geltung haben soll mit Rücksicht auf seine besondere, von § 415 abweichende Unterstellung. Das Endergebnis wäre danach also: Soweit es im Einzelfalle darauf ankommt, ob gegen den Gläubiger im Falle seines Schweigens die Unterstellung des § 416 anwendbar ist, sind alle in Abs 1 daselbst aufgestellten Vorschriften zu berücksichtigen — als Bedingungen der gesetzlichen Unterstellung —; sofern dagegen der Gläubiger seine Genehmigung, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend, erklärt hat und es sich darum handelt, ob diese Erklärung von Wirksamkeit ist, sind die Vorschriften des § 416 außer acht zu lassen und lediglich die allgemeinen Bestimmungen der §§ 182ff. in Verbindung mit § 415 in Betracht zu

ziehen. Dementsprechend kann aber die Schuldübernahme mit befreiender Wirkung gemäß § 415 auch dann zustande kommen, wenn die eine oder die andere Voraussetzung des § 416 nicht erfüllt worden ist (**RG** JW 07, 742[9]; 08, 713[9]; 1911, 644[10]; 1912, 683[7]). Auch die Entstehungsgeschichte des § 416 spricht für diese Auffassung. Vgl. darüber die ausführlichen Erörterungen in **RG** 63, 42, wo ebenfalls die Auffassung vertreten ist, daß die Sonderbestimmungen des § 416 im Falle ausdrücklich erteilter Genehmigung nicht in Frage kommen, ferner **RG** Warn 1911 Nr 262; 1915 Nr 229. Die vormals entgegengesetzte Stellung zu der vorliegenden Frage (vgl. Gruch 49, 354) ist zugunsten der dargelegten Anschauungen aufgegeben worden. Insbesondere findet auch der Abs 3 des § 415 bei § 416 Anwendung (**RG** Warn 08 Nr 17). Wird die Hypothekenschuld durch einen Vertrag zwischen dem Dritten und dem Gläubiger übernommen, dann liegt der Fall des § 414 vor.

2. Die **Unterstellung** geht dahin, daß **die Genehmigung als erteilt gilt, wenn sie der Gläubiger nicht innerhalb von sechs Monaten seit Empfang** der Mitteilung (d. h. seit deren Zugang im Sinne des § 130; **RG** 8. 6. 05 IV 60/05) **dem Veräußerer gegenüber** (ausdrücklich) **verweigert hat.** Die Frist ist eine gesetzliche Ausschlußfrist. Von dem Mittel einer Fristsetzung durch die Parteien gemäß § 415 Abs 2 Satz 2 ist hier ausdrücklich abgesehen worden. Die Verweigerung ist (wie die Genehmigung) eine einseitige, empfangsbedürftige (§§ 130—132), unwiderrufliche Erklärung.

3. Die **weiteren Bedingungen** für die Annahme des Gesetzes (die Fiktion) sind folgende: Der Veräußerer muß die Mitteilung von der Schuldübernahme dem Gläubiger gemacht haben; die Mitteilung muß schriftlich geschehen sein; es muß in ihr ausdrücklich angekündigt worden sein, daß „der Übernehmer an die Stelle des bisherigen Schuldners trete, wenn nicht der Gläubiger die Verweigerung innerhalb der sechs Monate erklärt habe"; endlich kann die Mitteilung erst erfolgen, nachdem der Erwerber des Grundstücks als Eigentümer eingetragen worden ist (**RG** 56, 200; JW 08, 32[7]), und die Verweigerung muß dem Veräußerer gegenüber erklärt sein (**RG** Warn 08 Nr 440), während die Genehmigung auch dem Käufer gegenüber erfolgen kann (**RG** JW 1911, 644[10]; 1912, 683[7]). Ist eine dieser Bedingungen nicht erfüllt, dann kann nur § 415 Platz greifen (**RG** 63, 43). Als Veräußerer kann hier nur der persönliche Schuldner der Hypothek in Betracht kommen. Sind Miteigentümer des Grundstücks die Veräußernden, dann kann als Anzeigepflichtiger nur derjenige von ihnen in Betracht kommen, der der persönliche Schuldner ist. Sind die Miteigentümer als Gesamtschuldner sämtlich persönlich verpflichtet, dann wirkt die von ihnen gemeinsam ausgehende Anzeige für alle; es ist aber auch jeder einzelne von ihnen befugt, die Anzeige für sich allein zu machen, und in dem Falle äußert sich auch die durch das Schweigen des Gläubigers eintretende Schuldbefreiung nur zu seinen Gunsten (**RG** 80, 92). Eine Mitteilung des Erwerbers ließe sich nur als ein Antrag an den Gläubiger zum Abschlusse eines Schuldübernahmevertrags nach § 414 auffassen (**RG** Gruch 49, 359). Hatte der ursprüngliche Hypothekengläubiger die Forderung bereits an einen andern abgetreten, so genügt trotzdem die an den alten Gläubiger gemachte Mitteilung (§ 407), wenn der Schuldner von der Abtretung keine Kenntnis hatte (**RG** 67, 414; 80, 92), in welchem Falle der Beweis der Kenntnis dem Gläubiger obliegt (**RG** 80, 93). Vgl. § 407 A 1. Ob der Erwerber das Eigentum am Grundstücke inzwischen wieder eingebüßt hat, sei es durch Weiterveräußerung oder im Wege der Zwangsversteigerung, ist dagegen unerheblich (**RG** 56, 260; 75, 342), wie auch der Ausfall der Hypothek bei der Versteigerung bedeutungslos ist (**RG** 56, 200; JW 08, 32[7]; 1911, 442[5]). Im Falle der Weiterveräußerung des Grundstücks durch den Schuldübernehmer ist für den Abschluß eines Schuldübernahmevertrags zwischen ihm und seinem demnächstigen Käufer erst dann Raum, wenn die seinerseits erfolgte Schuldübernahme durch den Gläubiger genehmigt worden ist (**RG** 75, 444). Die Mitteilung ist eine rechtsgeschäftliche Erklärung; sie enthält das Angebot zum Abschlusse eines Entlastungsvertrags (**RG** Warn 09 Nr 271).

4. Abweichend von § 415 ist dem Übernehmer in § 416 auch ein **besonderer Anspruch gegen den Veräußerer** darauf gegeben, daß dieser die Mitteilung macht und ihm von der erteilten oder verweigerten Genehmigung sofort Kenntnis gibt. Im Falle der Zuwiderhandlung macht sich der Veräußerer schadensersatzpflichtig. Vorauszusetzen ist aber dabei, daß der Käufer den Verkäufer zur Benachrichtigung des Gläubigers aufgefordert hat und der Verkäufer der Aufforderung nicht nachgekommen ist; ohne die Aufforderung kann der Käufer wegen Unterlassung der Benachrichtigung auch nicht den Einwand des nicht erfüllten Vertrags erheben (**RG** JW 08, 32[7]; Warn 1914 Nr 246). Im Falle schuldhafter Verzögerung oder Unterlassung haftet der Verkäufer auf Schadensersatz (**RG** 53, 201).

5. Das Anwendungsgebiet des § 416 beschränkt sich auf den Fall der Übernahme von **Hypotheken,** mit Einschluß von Vormerkungen in ihrer Eigenschaft als bedingter Hypothek. Die Übernahme einer Hypothek auf den Kaufpreis schließt ohne weiteres auch die Übernahme der persönlichen Schuld in sich (**RG** 30, 291). — Ob das Erwerbsgeschäft gerade ein Kauf ist, darauf kommt es nicht an (**RG** 22, 246), wenn auch der regelmäßige Fall die Übernahme von Hypotheken in Anrechnung auf den Kaufpreis sein wird. Voraus-

zusetzen ist im übrigen ein gültiger Veräußerungsvertrag, da dessen Nichtigkeit oder spätere Vernichtung durch Anfechtung auch die in ihn eingeschlossene Abrede über die Übernahme träfe (§ 139; RG 58, 386). — Im Falle der Zwangsversteigerung entsteht gemäß § 53 ZVG durch den Zuschlag zwischen dem Ersteher und dem Zwangsvollstreckungsschuldner die gleiche Rechtslage, wie sie durch die vertragliche Übernahme einer Hypothekenschuld im Falle der Veräußerung gemäß §§ 415, 416 zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber begründet wird; danach erlangt also der Schuldner gegenüber dem Ersteher ohne weiteres den Anspruch auf Schuldbefreiung, ohne daß es der Benachrichtigung des Gläubigers bedürfte, und ist Ersteher der Gläubiger selbst, dann kann er seine frühere Forderung gegen den Schuldner auch nicht mehr geltend machen. Dagegen wird der Ersteher gegenüber dem Gläubiger erst unter der Voraussetzung persönlich haftbar, daß der Vollstreckungsschuldner dem Gläubiger die Schuldübernahme mitteilt, und der Gläubiger diese, sei es ausdrücklich, sei es durch Verstreichenlassen der sechsmonatigen Frist, vermutlich genehmigt (RG 84, 381; Warn 1912 Nr 203). — Ist § 416 auch da anwendbar, wo das Grundbuch noch nicht angelegt worden ist? Mit RG 58, 381 ist die Frage — im Gegensatze zu den Auffassungen der Wissenschaft — zu verneinen.

§ 417

Der Übernehmer kann dem Gläubiger die Einwendungen entgegensetzen, welche sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben[1]). Eine dem bisherigen Schuldner zustehende Forderung kann er nicht aufrechnen[2]).

Aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber Einwendungen nicht herleiten[1]).

E I 316; M 2 146; P 1 419.

1. **Einreden des Übernehmers.** Im Falle der gehäuften (kumulativen) Übernahme kommt es darauf an, ob sie sich als selbstschuldnerische Bürgschaft darstellt oder als die Übernahme selbständiger Haftung nach den Grundsätzen der Gesamtschuld (§ 414 A 1). Im ersteren Falle greifen die Regeln vom Einrederecht des Bürgen ein (§§ 768, 770, 771), im letzteren die von der Gesamthaftung (§§ 420ff.). Im Falle der befreienden Übernahme ist hinsichtlich des Einrederechts dreierlei auseinanderzuhalten: a) das Schuldverhältnis, in welches der Übernehmer eintritt; b) dasjenige Rechtsgeschäft, mittels dessen er eingetreten ist; c) das Grundgeschäft, in Veranlassung dessen die Schuldübernahme vorgenommen worden ist. **Zu a:** Da die befreiende Schuldübernahme ihrem Wesen nach nichts anderes ist als eine Sondernachfolge in ein bereits bestehendes Schuldverhältnis, so folgt von selbst, daß der Übernehmer alle die Einwendungen gebrauchen kann, **die sich aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Gläubiger und dem bisherigen Schuldner ergeben,** mithin auch vom ursprünglichen Schuldner hätten geltend gemacht werden können, und weiter folgt, daß der Übernehmer auch hinsichtlich der Beweislast so dasteht, wie der Schuldner selbst stehen würde; so hat er beispielsweise die Beweislast, wenn er gegenüber dem Schuldscheine des ursprünglichen Schuldners einwendet, das Darlehn sei noch erst auszuzahlen (RG Warn 1910 Nr 428). Es kann insoweit auf die Ausführungen bei § 404 verwiesen werden, dessen Grundsatz hier, allerdings in umgekehrter Richtung, entsprechend angewendet ist. Fraglich könnte nur sein, welcher Zeitpunkt bei Beurteilung des Schuldverhältnisses im Falle des § 415 zugrunde zu legen ist, ob gegebenenfalls der des Vertragsschlusses zwischen dem Übernehmer und dem Schuldner, oder derjenige, in dem die Übernahme dem Gläubiger gegenüber durch seine Genehmigung Wirksamkeit erlangt hat. Das Gesetz kann nur das letztere gemeint haben, in Betracht dessen, daß Schuldner und Gläubiger bis zur Genehmigung der Schuldübernahme freie Verfügung über das Schuldverhältnis haben und mithin für wie gegen den Gläubiger auch dem Schuldübernehmer gegenüber nur dasjenige Verhältnis maßgebend sein kann, welches nach dem Willen des Gläubigers wie des Schuldners bis zum Eintritte des Dritten bestehengeblieben ist. Nur in dieses ist der Schuldner eingetreten. Der Grundsatz von der Rückwirkung des § 184 kann daher insoweit nicht Platz greifen. **Zu b:** Hier handelt es sich um dasjenige Rechtsgeschäft, welches den Eintritt des Dritten in die fremde Schuld unmittelbar bewirkt hat, also um das betreffende, dingliche, abstrakte, in der Übernahme enthaltene Vollzugsgeschäft (RG 63, 46). Einwendungen gegen die Rechtsbeständigkeit dieses Geschäfts kann der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber immer geltend machen, mag es diesem selbst (§ 414) oder dem Schuldner gegenüber (§§ 415, 416) vorgenommen sein. Denn ist das Geschäft nichtig oder wirksam angefochten worden, dann entbehrt es überhaupt jeder Wirkung. — Über die Anfechtung vgl. § 415 A 3. Ist der die Schuldübernahme enthaltende

Kaufvertrag nichtig, dann ergreift diese Nichtigkeit in der Regel auch jene Nebenbestimmung (RG 58, 386). Vgl. aber auch § 139 A 2 a. E. **Zu c:** Im Falle der §§ 415, 416 berührt das Grundgeschäft, das den Übernahmevertrag veranlaßt hat, den Gläubiger überhaupt nicht (RG Warn 1911 Nr 263), da es ihn nichts angeht, aus welchem Grunde, aus welcher Veranlassung oder unter welchen Bedingungen der Dritte mit dem Schuldner die Schuldübernahme vereinbart hat. Demgemäß läßt Abs 2 **keine Einwendungen aus dem der Schuldübernahme zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse zwischen dem Übernehmer und dem bisherigen Schuldner zu.** So könnte der Übernehmer dem Gläubiger gegenüber insbesondere nicht geltend machen, daß ihm der Schuldner die Gegenleistung für die Schuldübernahme nicht oder nicht gehörig gewährt und daß der Schuldner (der Grundstücksveräußerer) im Falle des § 416 seine Verpflichtungen als Verkäufer nicht erfüllt habe. Ausgeschlossen ist auch, daß der Übernehmer, um den Inhalt seiner Verpflichtungen dem Gläubiger gegenüber zu ändern, etwa geltend machen könnte, der Schuldner habe ihm hinsichtlich des Schuldverhältnisses (beispielsweise eines Kaufvertrags) falsche Angaben gemacht, und er habe den Kaufvertrag mit Erfolg angefochten (RG Gruch 56, 928). Denn haftet der Übernehmer überhaupt, so haftet er unbedingt nach Maßgabe des Schuldverhältnisses, wie es besteht (RG 1. 5. 06 II 425/05). Im Falle anderseits des § 414 könnte der Übernehmer aus seinem mit dem Gläubiger abgeschlossenen Grundgeschäfte Einwendungen insoweit entnehmen, als er auf Grund derselben nach den Grundsätzen der §§ 812ff. die wirtschaftlichen Folgen des Vollzugsgeschäfts zu beseitigen vermöchte, beispielsweise den Einwand, daß letzteres betrügerisch oder durch Zwang herbeigeführt worden sei. Vgl. dazu die Ausführungen unter § 125 A 1b, c.

2. **Der Aufrechnung mit einer Forderung des bisherigen Schuldners** steht der Grundsatz des § 387 „compensatio fit inter easdem partes" entgegen. Das schließt nicht aus, daß der Übernehmer eine vor der Schuldübernahme von dem bisherigen Schuldner selbst bereits erklärte Aufrechnung einwandweise geltend machen kann. Eine Aufrechnung mit eigenen ihm gegen den Gläubiger zustehenden Forderungen, wenn etwa auch erst durch Abtretung seitens des früheren Schuldners erworbenen, ist dem Übernehmer selbstverständlich unbenommen.

§ 418

Infolge der Schuldübernahme erlöschen die für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte[1]. Besteht für die Forderung eine Hypothek, so tritt das gleiche ein, wie wenn der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet[2]. Diese Vorschriften finden keine Anwendung, wenn der Bürge oder derjenige, welchem der verhaftete Gegenstand zur Zeit der Schuldübernahme gehört, in diese einwilligt[3].

Ein mit der Forderung für den Fall des Konkurses verbundenes Vorzugsrecht kann nicht im Konkurs über das Vermögen des Übernehmers geltend gemacht werden[4].

1. **Das Erlöschen der für die Forderung bestellten Bürgschaften und Pfandrechte** erklärt sich daraus, daß das Schicksal der bezeichneten Nebenrechte wesentlich von der Zuverlässigkeit und von der Vermögensfähigkeit des Hauptschuldners abhängt, und mithin durch einen Wechsel in dieser Hinsicht auch die Lage des Bürgen oder Pfandschuldners eine andere wird.

2. Daß eine **Hypothek nicht erlischt,** folgt daraus, daß die Schuldübernahme zwar das Recht des Gläubigers an der ihm zur Sicherheit bestellten Hypothek beseitigt, daß dies Ergebnis jedoch nicht zum Untergange der Hypothek überhaupt führt, sondern nur die Entstehung einer Eigentümerhypothek zur Folge hat (§§ 1165, 1168, 1175).

3. Nach dem Grundsatze cessante ratione cessat lex weicht gegebenenfalls auch die Bestimmung des Satz 1, falls der Bürge oder der Pfandeigner sich mit der Person des neuen Schuldners einverstanden erklärt (RG Warn 1916 Nr 222). Die **Einwilligung des Bürgen oder des hinsichtlich des Pfandgegenstandes Berechtigten** muß gemäß § 183 im voraus, sei es dem Gläubiger, sei es dem Übernehmer gegenüber (§ 182), erklärt werden, was formlos und auch stillschweigend geschehen kann, da keine neue Bürgschaft begründet wird (RG 70, 411). Eine wirksame Einwilligung liegt daher stets auch schon dann vor, wenn der Eigentümer des Pfandgegenstandes (des haftenden Grundstücks) selbst die Schuld übernimmt, oder etwa sich als der Grundstückseigentümer an einem Gesellschaftsvertrage mit beteiligt, in dem die Gesellschaft die Schuld übernimmt (RG Warn 1916 Nr 222). Eine erst nachträgliche Genehmigung könnte die nach Abs 1 Satz 1 bereits eingetretene Rechtsfolge nicht wieder beseitigen (a. A. Oertmann A 2 zu § 418). Es bedürfte vielmehr zur Begründung des etwaigen erloschenen Nebenrechts eines neuen Rechtsgeschäfts. Falls jedoch der Gläubiger die Schuldübernahme

nur unter der Bedingung der Zustimmung des Bürgen bzw. des Eigentümers genehmigt und die Zustimmung alsdann nachträglich erteilt wird, liegt eine Einwilligung im Sinne des Abs 1 Satz 3 vor (RG 11. 5. 07 V 412/06). — Auf gesetzliche Bürgschaften und Pfandrechte bezieht sich die Vorschrift des Satz 1 nicht; denn in diesen Fällen besteht die Haftung unabhängig von der Entschließung der Beteiligten, so daß es auch hier an dem rechtlichen Grunde für die Anwendung von Satz 1 Abs 1 fehlt. A. A. Planck A 4.

4. Die Bestimmung des Abs 2 beruht darauf, daß „die Fortdauer der mit der Forderung verbundenen bloßen **Vorzugsrechte im Konkurse** sich nicht mit der zwingenden Natur der die Rangordnung der Gläubiger bestimmenden Rechtsnorm verträgt" (M 2, 147).

§ 419

Übernimmt jemand durch Vertrag das Vermögen eines anderen, so können dessen Gläubiger, unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, von dem Abschlusse des Vertrags an ihre zu dieser Zeit bestehenden Ansprüche auch gegen den Übernehmer geltend machen[1]).

Die Haftung des Übernehmers beschränkt sich auf den Bestand des übernommenen Vermögens und die ihm aus dem Vertrage zustehenden Ansprüche. Beruft sich der Übernehmer auf die Beschränkung seiner Haftung, so finden die für die Haftung des Erben geltenden Vorschriften der §§ 1990, 1991 entsprechende Anwendung[2]).

Die Haftung des Übernehmers kann nicht durch Vereinbarung zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner ausgeschlossen oder beschränkt werden[3])[4]).

E I 319; M 2 151; P 1 427.

1. **Vertragsmäßige Übernahme des Vermögens eines andern.** Während der § 311 Verträge für möglich erklärt, die den einen Teil zur Übertragung seines gegenwärtigen Vermögens, sei es im ganzen, sei es zu einem Bruchteile, verpflichten, regelt der § 419 die Wirkungen eines Vertrags, der die Veräußerung und Übernahme eines Vermögens, sei es im ganzen, sei es zu einem Bruchteile, zum Gegenstande hat, in Richtung auf die Gläubiger des Veräußerers. Innerlich hängen die §§ 311 u. 419 nicht miteinander zusammen, und insbesondere setzt die Anwendbarkeit des § 419 nicht das Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts im Sinne des § 311 voraus; sie ist vielmehr (im Gegensatze zum Falle des § 311) auch dann gegeben, wenn Gegenstand des Vertrags die einzelnen Vermögensstücke sind, falls diese nur zusammen tatsächlich das ganze Vermögen ausmachen, weshalb gegebenenfalls auch ein nach § 311 beabsichtigter, indes formungültiger Vertrag gemäß § 140 mittels einer Geschäftsumgestaltung (Konversion) möglicherweise als Vertrag im Sinne des § 419 aufrechterhalten werden kann (RG 69, 420; 76, 2; Warn 1914 Nr 282). Unerheblich ist es ferner, wenn einzelne Vermögensstücke von der Übernahme ausgeschlossen werden (beispielsweise bei Übertragung der gesamten Aktiva einer Aktiengesellschaft die Grundstücke), falls nur die einzelnen Vermögensstücke im Verhältnisse zum Ganzen nur unbedeutend sind (RG 69 S. 289, 419; 80, 260). Dabei sind jedoch die auf einem Grundstücke etwa ruhenden Lasten bei der Frage, ob die ausgeschlossenen einzelnen Vermögensstücke verhältnismäßig nur unbedeutenden Wert haben, außer Betracht zu lassen, da eben unter dem Vermögen im Sinne des § 419 nur das Aktivvermögen zu verstehen ist (RG 69, 284; 82, 277; JW 1919, 822[4]). Die Übernahme des Vermögens einer offenen Handelsgesellschaft ohne gleichzeitige Übernahme der Vermögen auch der Gesellschafter reicht zur Anwendung des § 419 nicht aus (RG JW 1910, 242[30]; Warn 1917 Nr 270). Dagegen bildet die Verschmelzung einer Genossenschaft mit einer Aktiengesellschaft unter Übernahme der Aktiva und Passiva ohne weiteres eine Vermögensübernahme im Sinne des § 419 (RG 4. 10. 13 V 177/13). — Erfordernis ist nicht, daß die Übernahme der Schulden besonders verabredet wird; vielmehr greift die Regel des § 419 Abs 1 gegebenenfalls sogar gegen den Willen der Vertragsparteien Platz (RG 69, 286; 76, 4); wie es auch nicht darauf ankommt, ob sich die Vertragsparteien der Beschaffenheit des Vertrags als eines solchen aus § 419 bewußt waren (RG 85, 168). Erforderlich ist endlich nicht, daß die Vermögensübernahme durch einen einzigen Vertrag erfolgt; es genügt vielmehr der Abschluß mehrerer, auf Übertragung des gesamten Vermögens gerichteter, getrennter Verträge (RG 65, 171; 69, 289; 76, 3). Wird durch den Vertrag das Vermögen von mehreren Personen übernommen, so haften diese als Gesamtschuldner (§ 427). Ob das dem Veräußerer gegenüber ergehende Urteil auch dem Übernehmer gegenüber Rechtskraft macht, regelt sich nach § 325 ZPO. — Seinem Zwecke gemäß erblickt das Gesetz in einem Vertrage der bezeichneten Art zugleich eine Schuldübernahme durch den Übernehmer des Vermögens, und zwar läßt es diese ohne weiteres schon mit dem Abschlusse des Vertrags eintreten, ohne daß

es erst der dinglichen Vermögensübertragung (mittels Übergabe, Auflassung, Abtretung) bedarf (RG 69, 284), während anderseits Voraussetzung des § 419 ein rechtsbeständiger Übernahmevertrag ist und der bloß tatsächlich erfolgte Vermögensübergang nicht genügt (RG 76, 2). — Die Schuldübernahme entsteht hier im übrigen unbeschadet der Fortdauer der Haftung des bisherigen Schuldners, so daß dieser mit dem etwa noch zurückbehaltenen wie seinem später erworbenen Vermögen nach wie vor verpflichtet bleibt. Im Verhältnisse zueinander haften endlich beide Vertragsteile wie Gesamtschuldner, da die Haftung des Übernehmers keine bürgschaftliche, sondern eine selbständige ist (vgl. A 1 bei § 414; RG 69, 284). — Da die Vermögensübernahme keine Gesamtrechtsnachfolge bewirkt, der das Vermögen Übertragende vielmehr nach wie vor verpflichtet bleibt, so hat die Vermögensübertragung gemäß § 419 (anders als im Falle des § 418) auch nicht die Befreiung des für die Schuld des Übertragenden bestellten Bürgen zur Folge, und ist der Übernehmer selbst der Gläubiger, so kann auch er den Bürgen in Anspruch nehmen (RG 82, 278). — Geschützt sind durch § 419 diejenigen Gläubiger, deren Ansprüche zur Zeit des Abschlusses des Übernahmevertrags bereits bestanden, mag eine Forderung damals auch erst eine aufschiebend bedingte gewesen sein (RG 69, 426). Daß der Veräußerer ihnen haftbar bleibt, ist **zwingenden Rechts,** eine entgegenstehende Vereinbarung zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber wäre den Gläubigern gegenüber nichtig (Abs 3). Anwendbar kann § 419 auch sein bei Gutsübernahmen, ferner bei Übertragung eines Vermögens, möglicherweise eines Warenlagers, sicherungshalber. In diesem Falle behält der Erwerber seine zu sichernde Forderung und ist gemäß § 1991 Abs 1, § 1979 ohne Vorzugsrecht neben den übrigen Gläubigern zu befriedigen (RG JW 1913, 919[5]). Vgl. unten A 3. — Bei Eingemeindungen findet § 419 keine Anwendung; hier greift öffentliches Recht ein (RG 68, 213).

2. Die Haftung des Übernehmers besteht, und zwar lediglich für Forderungen, die schon bei Abschluß des Übernahmevertrags vorhanden waren (RG 69, 426, JW 1914, 978[3]; 1917, 102[4]), nur insoweit, als er aus dem Übernahmevertrage Rechte und Ansprüche (persönliche oder dingliche) erworben hat, und zwar nur mit diesen Gegenständen. Die Haftung selbst ist stets nur persönlicher und nicht dinglicher Art (RG JW 1912, 347[12]). Da ferner auf die §§ 1990, 1991 verwiesen ist, so folgt auch, daß der Übernehmer berechtigt ist, selbst bei Kenntnis von der Unzulänglichkeit des Vermögens, sich aus diesem wegen einer eigenen Forderung gegen den Übergeber vorweg zu befriedigen (RG Warn 1914 Nr 213). Vgl. jedoch A 3 a. E. Als das **„übernommene Vermögen"** sind hierbei die das Aktivvermögen bildenden Gegenstände, ohne Abzug der Schulden (RG 69, 284; 82, 277), sowie ohne Abzug des vom Übernehmer etwa gewährten Entgelts anzusehen (RG 69, 287). Mit seinem sonstigen Vermögen haftet der Übernehmer überhaupt nicht, auch nicht etwa auf Höhe des Wertes des Übernommenen (also Fall der Haftung cum, nicht pro viribus, vgl. § 1975). Das Ergebnis ist, daß der Übernehmer überhaupt haftfrei ist, falls aus dem Bestande des übernommenen Vermögens erweislich nichts mehr vorhanden ist, und daß er die Befriedigung der Gläubiger insoweit verweigern kann, als das Vermögen nicht ausreicht; nur muß er in diesem Falle das vorhandene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben. Das folgt aus der entsprechenden Anwendung der vom Gesetze hier herangezogenen §§ 1990, 1991. Zu beachten ist im übrigen, daß zu der übernommenen Vermögensmasse auch das zu rechnen ist, was etwa auf Grund eines zu dem Vermögen gehörenden Rechtes, oder als Ersatz für einen entzogenen Gegenstand, oder endlich durch Rechtsgeschäfte erworben ist. Es entspricht das dem bei Sondervermögen vom Gesetze durchweg angenommenen Ersatzgrunde (Surrogationsprinzip); vgl. die §§ 1370, 1473, 1524, 1638, 1651, 2111.

3. Prozessualisch regelt sich die Haftung des Übernehmers zufolge § 786 ZPO nach den §§ 780 Abs 1, 781, 785 das. Der Gläubiger kann danach die Zwangsvollstreckung auf jeden beliebigen im Vermögen des Übernehmers vorhandenen Gegenstand richten und es jenem überlassen, einredeweise (nach den §§ 767, 769, 770 ZPO) nachzuweisen und zu beweisen, daß der Gegenstand dem übernommenen Vermögen nicht zugehört. Voraussetzung hierfür ist jedoch, daß dem Übernehmer die Beschränkung der Haftung in dem über den Anspruch selbst ergangenen Urteile (wenn auch nur im allgemeinen) vorbehalten worden ist, daß der Übernehmer mithin in jenem Prozesse einen entsprechenden Antrag gestellt hatte. (An sich genügt es, daß solches in der mündlichen Verhandlung geschieht, während die Verlesung des Antrags kein Erfordernis ist; RG 69, 291.) Ist ein Gegenstand des übernommenen Vermögens noch im Gewahrsam des andern Vertragsteiles geblieben und hier von einem seiner Gläubiger gepfändet, dann steht dem Übernehmer die Widerspruchsklage aus § 771 ZPO auf Grund eines Eigentumsübertragungsakts nicht zu, weil er schuldnerisch verpflichtet ist (vgl. A 1), die Zwangsvollstreckung in den Gegenstand zu dulden (RG Warn 1912 Nr 158). Hat der Übernehmer des Vermögens Vermögensbestandteile bereits verwertet, so führt die entsprechende Anwendung des § 1990 dazu, daß er den an die

Stelle des verwerteten Vermögens getretenen Erlös zur Befriedigung der Gläubiger des Übertragenden im Wege der Zwangsvollstreckung herausgeben muß (RG 82, 276).

4. Besonders geregelt ist die Haftung des Erbschaftskäufers durch die §§ 2371 ff. und die des Nießbrauchers eines Vermögens durch die §§ 1085 ff. Im Falle des § 25 HGB ist nicht die Übertragung des Vermögensganzen, sondern nur die eines Handelsgeschäfts vorausgesetzt, zwar ebenfalls eines Vermögensinbegriffs, indessen nicht eines derartigen, der das ganze Vermögen eines Kaufmannszu erschöpfen pflegt. Hier ist also für § 419 kein Raum oder doch nur dann, wenn eine juristische Person der Geschäftsinhaber ist (RG 69, 290).

Sechster Abschnitt

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern

§ 420

[1]) **Schulden mehrere eine teilbare Leistung oder haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet, jeder Gläubiger nur zu einem gleichen Anteile berechtigt[2]).**

E I 320; M 2 153; P 1 430.

1. Falls an dem nämlichen Schuldverhältnisse auf der Schuldnerseite oder auf der Gläubigerseite eine **Mehrheit von Personen** beteiligt ist, kann sich ihre Beteiligung nach dem Standpunkte des BGB auf folgende Weise äußern: Die etwaigen mehreren Schuldner zunächst können entweder jeder auf das Ganze oder nur je anteilig haften. Bei einer Mehrheit von Gläubigern anderseits kann die Sache so sein, daß nur alle zusammen, als Einheit gedacht, die Berechtigten sind, so daß der Schuldner auch nur an alle zusammen mit befreiender Wirkung leisten kann, oder so, daß jeder einzelne Gläubiger in Ansehung des Ganzen forderungsberechtigt ist, und demgemäß auch der Schuldner gegenüber jedem einzelnen Gläubiger die ganze Verbindlichkeit zu erfüllen vermag, oder endlich so, daß die einzelnen Gläubiger nur nach Anteilen, aber insoweit wiederum selbständig berechtigt sind. Haften die mehreren Schuldner auf das Ganze, so liegt ein Gesamtschuldverhältnis vor. Ist jeder einzelne der mehreren Gläubiger in Hinsicht auf das Ganze forderungsberechtigt, so handelt es sich um ein Gesamtgläubigerrecht. Welcher Art Haftung oder welcher Art Gläubigerrecht im Einzelfalle anzunehmen ist, richtet sich nach den in Betracht kommenden besondern Vorschriften des Gesetzes, bei rechtsgeschäftlich begründeten Schuldverhältnissen aber in erster Linie nach dem Parteiwillen. Endlich hat das Gesetz in dem vorliegenden Abschnitte auch allgemeine Vermutungen aufgestellt, die an die Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Forderung anknüpfen. Vgl. § 420 und anderseits § 432.

2. Der § 420 stellt bei **teilbaren** Leistungen (§ 266 A 1) eine **Vermutung für Verpflichtung oder Berechtigung nur zu gleichen Anteilen auf.** In Fällen solcher Art liegen im Zweifel einfache, voneinander unabhängige Teilforderungen ohne Gemeinschaftsverhältnis vor, so daß jeder von den mehreren Forderungsberechtigten über seinen Anteil selbständig durch Abtretung oder Vergleich verfügen kann (RG 22. 2. 06 VI 417/05) und jeder von den mehreren Schuldnern nur in Höhe seines Anteils in Anspruch genommen werden darf. Die Vermutung geht zugleich dahin, daß die Anteile der einzelnen gleiche sind. Sie greift auch bei einer für mehrere Personen eingetragenen Grundschuld in der Weise Platz, daß einer jeden einzelnen von ihnen ohne Auseinandersetzung sofort ein der Zahl der Beteiligten entsprechender, selbständiger Anteil zusteht (RG 9. 3. 12 V 406/11 — teilweise abgedruckt JW 1912, 592[13]). Die Vermutung des § 420 ist indessen tatsächlich von wenig Bedeutung, da das Gesetz sie durch seine Ausnahmebestimmungen wesentlich durchbricht (vgl. die allgemeine Bestimmung des § 427 für den Vertragsfall und die §§ 42, 53, 86, 89, 769, 830, 840, 1108, 1388, 1459 Abs 2, 1480, 1530, 1833, 1915, 2058, 2219 Abs 2, 2382). — Über **Teilbarkeit der Leistung** vgl. § 266 A 1, § 275 A 4. Teilbarkeit liegt vor, wenn sich der geschuldete Gegenstand ohne Verminderung des Wertes in gleichartige Teile zerlegen läßt. Die Verpflichtung zur Herausgabe mehrerer Sachen kann teilbar sein (RG JW 1912, 142[18]); desgl. die Verpflichtung zur Leistung von Diensten (RG JW 1911, 756[11]). Teilbar ist die auf Gewährung einer Menge von vertretbaren Sachen, namentlich einer Geldsumme, gerichtete Leistung (RG 75, 310; JW 08, 70[4]); wofern nicht die Sachmenge wirtschaftlich eine Einheit darstellt (eine Tonne Heringe); oder wofern nicht eine Zahlung aus dem Grundstücke in Frage steht (RG JW 02 Beil 198). Eine teilbare Forderung stellt der statutenmäßige Anspruch der einzelnen Aktionäre auf den Gewinnanteil dar (RG 75, 310). — Unteilbar ist die Verpflichtung zur Herstellung eines Werkes (RG JW 1911, 756[11]; Gruch 56, 116); die Verpflichtung zur Herstellung des

Zustandes gemäß § 249 (RG JW 07, 275; 1911, 456[11]); die Verpflichtung des Vermieters zur Gebrauchsüberlassung an mehrere Mieter (RG JW 1917, 849[4]); die Verpflichtung von Miteigentümern, eine bestimmte Summe gemäß § 1113 aus dem Grundstücke zu zahlen. Unteilbar sind Unterlassungsverpflichtungen. — Die Ansicht, daß die Verpflichtung zur Verschaffung eines Rechts, insbesondere des Eigentums an einer bestimmten Sache, teilbar sei (Planck A 2a), ist im allgemeinen nicht zu billigen. Mag auch das teilweise Eigentum an der Sache qualitativ dem Eigentum an der ganzen Sache entsprechen, so läßt sich doch schwerlich sagen, daß durch die Verschaffung des Miteigentums der wirtschaftliche Zweck, der durch die Verschaffung des vollen Eigentums verwirklicht werden soll, regelmäßig wenigstens teilweise erreicht wird, auch nicht, daß der Wert des Teileigentums verhältnismäßig dem Werte des ungeteilten Eigentums wirtschaftlich entspricht.

§ 421

Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teile fordern[1]). Bis zur Bewirkung der ganzen Leistung bleiben sämtliche Schuldner verpflichtet[2]).

E I 321; M 2 154; P 1 433.

1. Das passive Gesamtschuldverhältnis. a) **Begriff.** Es ist gegeben, wenn der nämliche Gläubiger „eine" Leistung, mithin dieselbe Leistung, von mehreren Personen unter der Maßgabe fordern kann, daß die mehreren Verpflichteten nicht alle zusammen den Schuldner darstellen und nicht zur gesamten Hand haften, daß vielmehr jeder einzelne von ihnen selbständig schuldet und der Gläubiger die freie Wahl hat, wen er in Anspruch nehmen will, und ob den einzelnen in voller Höhe der Forderung oder nur teilweise. Zum Begriffe eines derartigen Gesamtschuldverhältnisses gehört es ferner, daß im Innenverhältnisse zwischen den einzelnen Schuldnern ein besonders geartetes Gemeinschaftsverhältnis besteht. Dieses Verhältnis äußert sich darin, daß die einzelnen Mitschuldner gegeneinander verpflichtet sind, zur Befriedigung des gemeinsamen Gläubigers je so viel beizutragen, als nach dem zwischen ihnen bestehenden Verhältnisse auf den einzelnen entfällt (§ 426 Abs 1 und A 1 das.). Aus dem Umstande, daß der Gläubiger nur die „eine" Leistung zu fordern hat, folgt, daß er gegebenenfalls durch einmalige Leistung völlig befriedigt und völlig abgefunden wird, gleichgültig von welchem seiner mehreren Schuldner er die ihm geschuldete Leistung erhält, und weiter folgt also auch, daß durch die Leistung des einen Mitverpflichteten auch jeder andere von ihnen dem Gläubiger gegenüber befreit ist (§ 422). Nicht aber zieht das Gesetz auch die Folge, daß mit der Befriedigung des Gläubigers durch nur einen Gesamtschuldner zugleich der Untergang des Anspruchs an sich verknüpft ist. Einem solchen Ergebnisse ist das Gesetz sogar geflissentlich entgegengetreten, indem es nach § 426 Abs 2 vorsieht, daß „die Forderung" auf den leistenden Schuldner insoweit ohne weiteres übergeht, als er seine Mitschuldner auf Grund ihrer zuvor bezeichneten Beitragspflicht in Anspruch nehmen kann. Denn dieser Übergang läßt sich ohne Fortbestehen der Forderung trotz Befriedigung des Gläubigers überhaupt nicht denken. Die Bestimmung anderseits des Gesetzes, daß der Gläubiger nach seinem Belieben jeden einzelnen Schuldner in Anspruch nehmen kann, erklärt sich daraus, daß das Gesetz bei einem Gesamtschuldverhältnisse gleichwohl so viele selbständige Einzelverpflichtungen als gegeben annimmt, als Schuldner vorhanden sind, und somit die Auffassung ablehnt, als setze das Erfordernis nur „einer" Leistung zugleich das Vorhandensein nur „einer" Verpflichtung voraus. Daß das Gesetz in Wirklichkeit davon ausgeht, daß auch beim echten Gesamtschuldverhältnisse, gleichgültig, worauf es sich gründet, ob auf eadem causa (§ 427) oder auf verschiedene Tatbestände, so viele selbständige und voneinander unabhängige Schuldverhältnisse gegeben sind, als Schuldner vorhanden, folgt namentlich auch aus den Bestimmungen der §§ 423, 425, 426 Abs 2. Vgl. auch die Prot 1 S. 437, 439. Läge überhaupt nur ein Schuldverhältnis vor, dann müßte es durch die einmalige Leistung, gleichviel welchen Schuldners, überhaupt erlöschen (§ 362 Abs 1). Das trifft aber, wie schon gesagt, nicht zu. Der Schuldnerverzug, das Verschulden, die Kündigung, das Urteil sollen ebenfalls nur in der Person des einzelnen betroffenen Schuldners Wirkungen hervorrufen. In § 423 freilich spricht das Gesetz von dem „ganzen Schuldverhältnisse". Indessen der Schluß aus dem Gegenteil ergibt, daß das Gesetz auch hier zwischen dem „ganzen Schuldverhältnisse" und den bestehenden einzelnen Schuldverhältnissen unterscheidet. So läßt auch das Gesetz die Befreiung aller Mitschuldner durch den zwischen dem Gläubiger und nur einem Schuldner abgeschlossenen Erlaßvertrag nur dann eintreten, wenn die Vertragschließenden gewollt haben, daß das ganze Schuldverhältnis erlösche (§ 328), geht im übrigen also davon aus, daß mangels

eines solchen Willens nur das zwischen den Vertragschließenden bestehende besondere Verhältnis untergeht. Nach § 423 sind mithin innerhalb eines Gesamtschuldverhältnisses in der Richtung zwischen dem Gläubiger und den Schuldnern überhaupt zu unterscheiden: einmal das einheitlich gedachte, durch die Identität der Leistung bedingte und die sämtlichen Einzelverhältnisse umfassende Gesamtverhältnis, und zweitens die in der Selbständigkeit der Verpflichtungen der einzelnen Schuldner beruhenden besondern Schuldverhältnisse, so daß das Wort Gesamtschuldverhältnis im Sinne eines Kollektivbegriffs zu verstehen ist. Vgl. RG 53, 404. Daß die einzelnen Schuldverhältnisse voneinander unabhängig sind (selbst, wenn jeder einzelne Mitschuldner aus demselben Rechtsgeschäfte verpflichtet ist), spricht sich auch in der feststehenden Ansicht aus, daß die Art der Verpflichtung der einzelnen Schuldner durch Hinzufügung von Nebenbestimmungen, wie Bedingung und Befristung, unterschiedlich gestaltet werden kann (RG Gruch 54, 149), und endlich darin, daß die Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des einen Schuldverhältnisses das Schicksal der übrigen, soweit nicht § 139 Platz greift, unberührt läßt. Begrifflich notwendig ist für ein Gesamtschuldverhältnis auch nicht, daß sich die von den mehreren Schuldnern geschuldeten Leistungen dem Umfange nach genau decken; ist dies nicht der Fall, dann besteht eine Gesamtschuld insoweit, als die Leistungen sich decken (RG JW 1913, 978[6]). — b) **Entstehung** des Gesamtschuldverhältnisses **und Identität der Leistung.** Ist daran festzuhalten, einerseits, daß bei einem echten Gesamtschuldverhältnisse das Erfordernis der Identität der Leistung begrifflich unerläßlich ist, anderseits aber, daß, weil der Grundsatz der Selbständigkeit der einzelnen Schuldverhältnisse besteht, die Identität des Schuldgrundes nicht erforderlich ist, daß mithin der Verpflichtungsgrund hinsichtlich der einzelnen Schuldner je ein verschiedener und sogar verschiedenartiger sein kann, indessen immer unbeschadet der Identität der Leistung, so entscheidet sich hiernach mittelbar zugleich auch die Frage, was nach dem Gesetze unter der Identität der Leistung zu verstehen ist, und wie ein echtes Schuldverhältnis zu entstehen vermag. Die zweifelloseste und natürlichste Entstehungsweise ist selbstverständlich gegeben, wenn die sämtlichen Schuldner aus demselben Grunde verpflichtet sind. Denn hier liegt auch die Identität der Leistung auf der Hand. Dahin gehört der Fall des § 427 (Verpflichtung durch einen und denselben Vertrag), ferner der Fall des § 2058 (Haftung der Miterben) und der Fall des § 840 (Mittäterschaft bei einer unerlaubten Handlung). Ein Gesamtschuldverhältnis besteht sonach auch zwischen den mehreren gemäß § 839 haftenden Beamten, sowie zwischen ihnen und dem nach § 1 des preuß. Beamtengesetzes haftbaren Staate (RG 85, 411); desgl. im Falle des Verlustes öffentlicher Gelder zwischen den mehreren Beamten, die hierfür aufzukommen haben, und zwar der eine als der Täter, der andere als der Vorgesetzte, der seine Aufsichtspflicht nicht gehörig erfüllt hat (RG 95, 347). Erforderlich ist für ein Gesamtschuldverhältnis ein gemeinschaftlicher Verpflichtungsgrund oder Entstehungsgrund keineswegs (RG 77, 323). So ist an der Identität der Leistung nicht zu zweifeln, wenn jemand in ein bereits bestehendes Schuldverhältnis als Mitschuldner (also kumulativ) eintritt (RG 70, 410 und die dort angeführten Urteile; ferner 72, 404), und zwar auch dann nicht, wenn jemand sich in bezug auf die Schuld eines andern (Kaufschuld) durch ein selbständiges Versprechen (§ 780) abstrakt mitverpflichtet (RG 70, 409; 77, 323; das auf anderm Standpunkte stehende Urteil RG 67, 128 muß als überholt gelten). Auch haften mehrere Personen, die demselben Gläubiger in bezug auf denselben Gegenstand für den ihm durch Vertragsbruch verursachten Schaden haftbar geworden sind, insoweit als Gesamtschuldner, als ihr Vertragsbruch mitverursachend geworden ist (RG Warn 09 Nr 197). Über das Gemeinschaftsverhältnis zwischen mehreren vereinigten Rechtsanwälten vgl. § 425 A 1 a. E. Für die Identität der Leistung muß es auch genügen, wenn mehrere Personen im Interesse des nämlichen (demnächstigen) Gläubigers nur behufs Erreichung desselben Zweckes tätig und ihm hierbei infolge ihrer Handlungsweise sämtlich verpflichtet geworden sind. Denn unter diesen Umständen hat die Identität der Leistung ihren Grund in der Identität des Zweckes, um dessen Erreichung es sich gehandelt hat. Dies ergibt den Begriff der **Zweckgemeinschaft.** Einen lehrreichen Fall derart gibt das Gesetz selbst in § 769. Wenn es hier vorsieht, daß mehrere Bürgen selbst dann Gesamtschuldner sind, wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich, vielmehr zu verschiedenen Zeiten (RG SeuffA 68 Nr 50) übernommen haben, so läßt sich auch diese Vorschrift nur daraus erklären, daß zwischen den Bürgen das Gemeinschaftsverhältnis um deswillen besteht, und die Leistung, die sie schulden, die nämliche aus dem Grunde ist, weil das allseitige Tun auf den einen Zweck gerichtet war, den Gläubiger sicherzustellen. Erhält der Gläubiger auch nur von dem einen Bürgen Befriedigung, dann ist der überhaupt verfolgte Zweck völlig erreicht. Ein weiteres Beispiel bietet auch der § 59 des VersVG v. 30. 5. 08, nach dem auch zwischen den mehreren Versicherern, bei denen dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr versichert ist, ein Gesamtschuldverhältnis besteht. Da endlich bei einem Gesamtschuldverhältnisse möglich ist, daß der Verpflichtungsgrund der einzelnen Schuldner je ein verschiedener und sogar ein verschiedenartiger sein kann, und da die Identität des Zweckes als Voraussetzung für die Identität der Leistung genügt, so ist es auch denkbar, daß ein Verhältnis der fraglichen Art auch unter solchen Umständen

entstehen kann, daß der eine Schuldner zu der Leistung vertraglich verpflichtet, der andere aber infolge einer unerlaubten Handlung haftbar geworden ist. Beispielsweise: Der Frachtführer A, der die Beförderung der Güter des B übernommen, hat die Ausführung dessen dem Frachtführer C übertragen, und durch dessen Schuld sind die Güter beschädigt worden. Hier haftet A aus dem Vertrage und C gegebenenfalls aus der unerlaubten Handlung auf Ersatz des dem B erwachsenen Schadens. Es ist aber ein Gesamtschuldverhältnis entstanden, weil A und C zu dem nämlichen Zwecke tätig geworden sind, und weil B, gleichviel von wem er den Schaden ersetzt bekommt, den Ausgleich dafür erhält, daß der Zweck nicht oder doch nur in mangelhafter, ihn schädigender Weise erreicht worden ist. Das den obigen Fall behandelnde Urteil RG 77, 323 ist daher zu billigen. Vgl. auch RG 79, 290; 82, 439; JW 1913, 859[5], betreffend die Haftung des Postfiskus aus dem Beförderungsvertrage und zugleich des Straßenanliegers wegen Verletzung der Verpflichtung zum Bestreuen der Straße; RG 84, 415, betreffend die Haftung der Straßenbahn aus dem Beförderungsvertrage und zugleich die Haftung des Halters eines Kraftfahrzeugs, mit dem der Zusammenstoß erfolgte, aus dem Kraftfahrzeuggesetze; RG JW 1915, 22[7], betreffs der Haftung des Kraftfahrzeugfahrers, dessen sich der Beschädigte bediente, und der Straßenbahn, die mit dem Kraftfahrzeuge zusammenstieß; RG SeuffA 74 Nr 68, wonach im Falle des Zusammenstoßes zweier Kraftwagen die Halter der beiden Kraftwagen hinsichtlich des entstandenen Personenschadens als Gesamtschuldner haften. Voraussetzung für die Entstehung des Gesamtschuldverhältnisses ist im übrigen nicht einmal, daß die mehreren Schuldner, die um desselben Zweckes willen tätig geworden sind, im Bewußtsein einer solchen Zusammenwirkung gehandelt haben. Auch hierfür ist der Fall des § 769 beweiskräftig, da doch die mehreren Bürgen nach dieser Bestimmung unzweifelhaft selbst dann als Gesamtschuldner gelten müßten, wenn jeder von ihnen die Bürgschaft ohne Wissenschaft um die Bürgschaftsleistung des andern übernommen hätte. Und ein gleiches müßte entsprechend auch in dem Falle des § 59 des VersVG gelten. Weiter haften auch die mehreren Akzeptanten eines Wechsels oder die mehreren Aussteller eines eigenen Wechsels als Gesamtschuldner, selbst wenn der erste Unterzeichner nicht gewußt hat, daß demnächst noch ein anderer mitunterzeichnen werde (RG 17. 10. 06 I 39/06); endlich die mehreren Anfechtungsgegner, die sich durch den angefochtenen Vertrag gemeinschaftlich verpflichtet hatten, auf Rückgabe der empfangenen Leistung (RG 67, 261). Durch **Wechselunterschriften** wird im übrigen jedoch nicht ohne weiteres ein Gemeinschaftsverhältnis begründet (JW 03, 245[29]; 06, 305[10]). Regelmäßig stehen sich vielmehr die mehreren Wechselverpflichteten als Gläubiger und Schuldner nach Wechselrecht gegenüber; es findet unter ihnen keine Ausgleichung gemäß § 426 statt (RG 40, 57; 48, 152; 96, 136). Vgl. § 426 A 2. Nur zwischen Avalisten regelt sich das Regreßrecht stets nach bürgerlichem Rechte, da es hier an Regeln des Wechselrechts fehlt (RG 48, 157). Auch mehrere Unterzeichner eines trockenen Wechsels sind im Zweifel untereinander zu gleichen Anteilen verpflichtet (RG 52, 222). In zahlreichen Fällen entsteht endlich ein Gesamtschuldverhältnis kraft Gesetzes.

Es sind Fälle derart denkbar, daß eine Person an verschiedene Personen Forderungen hat, die sämtlich, wenigstens dem äußeren Anscheine nach, auf die nämliche Leistung gerichtet sind, ohne daß zugleich die eigentümlichen Merkmale des echten Schuldverhältnisses zutreffen. Alsdann pflegt man von einem **unechten Gesamtschuldverhältnisse** zu sprechen (RG 67, 128; 70, 205; 77, 323), wiewohl von einem Gesamtschuldverhältnisse hier in Wirklichkeit überhaupt nicht die Rede sein kann, weil es an dem begrifflich notwendigen Einheitsverhältnisse fehlt. Es versteht sich von selbst, daß unter solchen Umständen auch alle Folgen fortfallen, die beim wirklichen Gesamtschuldverhältnisse gerade als das Ergebnis des gesamten Verhältnisses in die Erscheinung treten. Aber es fragt sich, was das unterscheidende Merkmal zwischen dem echten Gesamtschuldverhältnisse und dem sog. unechten bildet. Es ist ein negatives. Ein wirkliches Gesamtschuldverhältnis kann nämlich niemals gegeben sein, wenn es an einer solchen inneren Beziehung zwischen den einzelnen Verpflichtungen fehlt, wie sie bei dem echten Gesamtschuldverhältnisse gerade vorhanden sein muß, wenn also die gemeinsame Richtung weder gewollt ist, noch sich aus der Identität des verfolgten Zweckes ergibt. Gegebenenfalls wäre mithin im Rechtssinne die Tatsache, daß die mehreren Personen dem nämlichen Gläubiger anscheinend die nämliche Leistung schulden, nur auf Zufall zurückzuführen (RG 67, 130; 70, 205; 77, 323; 79, 290) und daher die Annahme einer wirklichen Identität der Leistung ausgeschlossen. Hat jemand beispielsweise sein Haus gegen Feuersgefahr versichert und wird dieses demnächst infolge von vorsätzlicher Brandstiftung zerstört, dann hat er einen Anspruch auf Schadensersatz sowohl gegen die Gesellschaft (in Form des Anspruchs auf die Versicherungssumme) wie auch gegen den Brandstifter. Ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen den beiden Verpflichteten besteht hier aber keineswegs, weil es auch an der Zweckgemeinschaft fehlt, da jeder der Verpflichteten zu anderm Zwecke gehandelt hat (RG 61, 61). Allerdings wird der Gläubiger, wenn er von dem Brandstifter Befriedigung erhält, nicht nochmals die Gesellschaft in Anspruch nehmen können. Aber das liegt nicht daran, daß der

Gläubiger zugleich auch die von der Gesellschaft geschuldete Leistung erhalten hätte, sondern daran, daß hier die Regel von der Vorteilsausgleichung Platz greift (Vorbem 5 vor § 249). Wird der Gläubiger aber umgekehrt von der Gesellschaft befriedigt, dann läge eigentlich nur der Fall des § 255 vor; das heißt, die Forderung des Gläubigers an den Brandstifter ginge nicht ohne weiteres auf die Gesellschaft über; diese könnte vielmehr nach § 255 nur die Abtretung verlangen; freilich kommt jetzt in Wirklichkeit hier die Vorschrift des § 67 VersVG v. 30. 5. 08 in Betracht (vgl. § 255 A 2), die den Übergang kraft Gesetzes ausdrücklich vorsieht. Aber jedenfalls ist davon keine Rede, daß durch die Leistung des einen Verpflichteten zugleich auch der andere Verpflichtete dem Versicherungsnehmer gegenüber ohne weiteres befreit würde, und auch davon nicht, daß einer von dem andern die Ausgleichung im Sinne des § 426 Abs 1 fordern könnte. Im Rechtssinne handelte es sich daher auch nicht um eine und dieselbe Leistung der beiden Verpflichteten, sondern um zwei verschiedene Leistungen, und es greifen hier daher auch nicht die Regeln der §§ 421—427 Platz (RG 67, 131).

2. Der Satz 2 bestimmt den Zeitpunkt, bis zu dem der Gläubiger die einzelnen Gesamtschuldner beliebig in Anspruch nehmen kann. Das ist der Fall bis zu dem Augenblicke, in dem er **die ganze Leistung empfangen hat.** Die Klage gegen den einen Schuldner hindert den Gläubiger mithin nicht an einer Inanspruchnahme der andern, und die Einrede der Rechtshängigkeit ist dem Gesamtschuldner sonach ebenfalls versagt.

§ 422

Die Erfüllung durch einen Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner. Das gleiche gilt von der Leistung an Erfüllungs Statt, der Hinterlegung und der Aufrechnung.

Eine Forderung, die einem Gesamtschuldner zusteht, kann nicht von den übrigen Schuldnern aufgerechnet werden[1]).

E I 329; M 2 161; P 1 435.

1. Die Regel des Abs 1 ergibt sich aus der Natur des passiven Gesamtschuldverhältnisses (vgl. § 421 A 1); die Regel des Abs 2 aus dem Grundsatze des § 387 „compensatio fit inter easdem personas". Die befreiende Wirkung der Erfüllung durch einen Gesamtschuldner kommt auch der Erfüllung durch den Hauptwechselschuldner zu (RG 9, 64 u. 28. 6. 11 V 44/11). Die Regel des Abs 1 muß auch dann Platz greifen, wenn anstatt eines Gesamtschuldners gemäß § 267 ein Dritter die geschuldete Leistung bewirkt.

§ 423

Ein zwischen dem Gläubiger und einem Gesamtschuldner vereinbarter Erlaß wirkt auch für die übrigen Schuldner, wenn die Vertragschließenden das ganze Schuldverhältnis aufheben wollten[1]).

E I 332; M 2 164; P 1 435.

1. Ob der **Erlaß** das gesamte Schuldverhältnis zerstört oder ob er nur den Mitschuldner, mit dem das Abkommen getroffen wurde, befreit, hängt von der Absicht der Beteiligten, nämlich davon ab, ob dem Erlasse die dingliche Wirkung (pactum in rem) beigelegt (vgl. § 397 A 1) oder ob nur der Vertragspartei ihre Verpflichtung erlassen werden sollte (pactum in personam). Im übrigen vgl. § 421 A 1. Unberührt bleibt vom Erlasse in allen Fällen das Innenverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern (§ 426). Ein **Vergleich** zwischen dem Gläubiger und einem einzelnen Gesamtschuldner wird auch für die übrigen Mitschuldner dann befreiend wirken, wenn der Vergleich die wirkliche Befriedigung des Gläubigers und damit den Untergang des Forderungsrechts überhaupt zur Folge hat. Die Wirkung eines vergleichsweisen Erlasses bemißt sich aber nach der Tragweite des Erlasses selbst. Wechselrechtlich ist es möglich, daß durch Vertrag zwischen dem Wechselrückgriffsberechtigten und dem Akzeptanten nur dieser und ein Vormann des Berechtigten befreit, der Aussteller aber nicht befreit wird (RG 59, 319). Über den Zwangsvergleich vgl. § 193 KO.

§ 424

Der Verzug des Gläubigers gegenüber einem Gesamtschuldner wirkt auch für die übrigen Schuldner[1]).

E I 325; M 2 159; P 1 437.

1. Die **Wirkungen des Gläubigerverzugs** (§§ 293ff., 300, 304, 372ff.) **treten auch zugunsten der übrigen Gesamtschuldner ein,** weil, wenn der Gläubiger die Bewirkung der Leistung des einen Gesamtschuldners nicht gehindert hätte, die sämtlichen Schuldner durch

die Leistung gemäß § 422 befreit worden wären. Anderseits hört aber auch die Gesamtwirkung des Gläubigerverzugs auf, sobald dieser wieder beseitigt worden ist. Letzteres kann indes nur herbeigeführt werden durch Handlungen gegenüber demjenigen Schuldner, dem gegenüber der Gläubiger in Verzug geraten war. Die entgegengesetzte Annahme überspannt die Regel des § 424, da diese den vorausgesetzten Teilverzug nur zugunsten aller Schuldner wirken lassen will, dagegen keineswegs unterstellt, daß der Teilverzug zugleich einen Leistungsverzug allen übrigen Gesamtschuldnern gegenüber zur Folge habe. Demnach können die am Eintritte des Gläubigerverzugs überhaupt nicht beteiligten Gesamtschuldner zu seiner Beseitigung auch in keiner Weise mitwirken (teilweise a. A. Staudinger A 3).

§ 425

Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten[1]).

Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzuge, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Unterbrechung und Hemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteile[2]).

E I 325, 326; M 2 159; P 1 437.

1. Während die Erfüllung und der Gläubigerverzug nach den §§ 422, 424 unbedingt zugunsten aller Gesamtschuldner wirken, beschränken **andere Tatsachen**, die die Leistungspflicht zu verändern, zu erhöhen oder auch zu beseitigen geeignet sind (A 2), ihre Wirksamkeit in bezug auf denjenigen Gesamtschuldner, in dessen Person sie sich vollzogen haben (RG 72, 406); so auch in Ansehung einer Befreiung durch Schuldübernahme gemäß § 416, vgl. §§ 415, 416 (RG JW 1912, 1102[3]). Es folgt das aus der Selbständigkeit der einzelnen Verpflichtungen (vgl. dazu § 420 A 1). Das Gesetz stellt jedoch nur eine Auslegungsregel auf, indem es vorsieht, daß sich aus dem Schuldverhältnisse ein anderes ergeben kann, wenn nämlich die Abweichung vereinbart ist, oder in dem besondern Geschäftszwecke erkennbar ihren Grund hat. So in dem Verhältnisse zweier Rechtsanwälte, die sich zur gemeinschaftlichen Ausübung des Anwaltsberufs verbunden haben, da hierin die zugleich stillschweigend erfolgte gegenseitige Übernahme der Haftung je für ein Versehen des andern zu finden ist, soweit der Verursacher des Schadens innerhalb des gemeinschaftlichen Berufsgebiets gehandelt, also nicht etwa außerhalb dieses Gebietes eine ihn haftbar machende Auskunft erteilt hat (RG 85, 307; 88, 344). Im übrigen vgl. § 421 A 1.

2. Der Abs 2 hebt nur beispielsweise einzelne, besonders wichtige Fälle hervor: a) Die **Kündigung** (des Gläubigers wie des Schuldners). b) Den **Verzug** (Schuldnerverzug). Danach sind sowohl die Voraussetzungen dieses Verzugs, wie seine Folgen allein aus der Person je des einzelnen Mitschuldners zu beurteilen RG 65, 26); unberührt bleibt jedoch gemäß § 356 der Grundsatz der Unteilbarkeit des Rücktrittsrechts wegen Verzugs aus § 326. c) **Verschulden.** Hat das Verschulden (§ 276) eines Gesamtschuldners zur Folge, daß die Leistung wegen objektiver Unmöglichkeit überhaupt unerfüllbar wird, so muß dieser Umstand auf die Rechtslage der schuldfreien Mitverpflichteten dahin zurückwirken, daß sie nach den §§ 275, 323 frei werden, während derjenige Gesamtschuldner, dem das Verschulden zur Last fällt, ersatzpflichtig wird (§ 280). Wird ferner durch das Verschulden des einen Gesamtschuldners nur eine Verpflichtung zum Schadensersatze neben der fortbestehenden Leistungspflicht begründet (wegen positiver Vertragsverletzung gemäß § 276 A 6 und § 325 A 6, oder wegen Verzugs gemäß § 286), so bleiben zwar auch die schuldlosen Mitschuldner zur Leistung nach Maßgabe des Schuldverhältnisses verpflichtet; aber sie haften nicht außerdem auch auf Ersatz des Schadens (RG 65, 29). War endlich die Leistung von Anfang an unmöglich (§ 306), so haftet für das negative Interesse gemäß § 307 nur derjenige Mitschuldner, bei dem die Voraussetzungen hierfür vorliegen. d) **Unmöglichkeit der Leistung in der Person (nur) eines Gesamtschuldners** (im Sinne des § 275 Unvermögen). Die Haftung der übrigen Schuldner bleibt unberührt, während der zur Leistung unvermögende Schuldner überhaupt befreit oder aber zum Schadensersatze verpflichtet ist, je nachdem er sein Unvermögen zu vertreten hat oder nicht (§§ 275, 280, 325). e) **Verjährung.** Für jeden Mitschuldner läuft daher eine besondere Verjährung. f) Die **Vereinigung von Forderung und Schuld** in der Person des Gläubigers oder eines Mitschuldners (Konfusion). In diesen Fällen kann der Gläubiger oder der betroffene Mitschuldner (§ 426) die Forderung gegen die übrigen Schuldner geltend machen, aber nur abzüglich desjenigen Betrags, auf den er ihnen gemäß § 426 aus dem Grunde der Ausgleichung haftet (dolo facit, qui petit, quod redditurus est). — g) Das **rechtskräftige** Urteil; vgl. § 325 ZPO.

§ 426

Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet[1]), soweit nicht ein anderes bestimmt ist[2]). Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldnern zu tragen[1]).

Soweit ein Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt und von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann, geht die Forderung des Gläubigers gegen die übrigen Schuldner auf ihn über[2]). Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden[3—5]).

E I 337; M 2 166; P 1 440.

1. Das **Verhältnis unter den Gesamtschuldnern.** Vorausgesetzt ist das Vorhandensein eines echten Gesamtschuldverhältnisses (§ 421 A 1; **RG** 61, 60; 67, 132; 69, 424; 70, 409; 79, 290; JW 1913 S. 859[6]; 919[6]; 978[6]), während das Rückgriffsrecht bei einem nur zufälligen, unechten Schuldverhältnisse (vgl. § 431 A 1) sich nur nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insbesondere nach denen von der Bereicherung (**RG** 13. 3. 06 VII 304/05) oder möglicherweise von der auftragslosen Geschäftsführung regeln kann (**RG** 79, 290). Liegt ein echtes Gesamtschuldverhältnis vor, dann besteht die gegenseitige Ausgleichungspflicht zwischen den Gesamtschuldnern gemäß Abs 1 ohne weiteres auf Grund des Gesamtschuldverhältnisses selbst (§ 421 A 1) und auf Grund der zwischen den Gesamtschuldnern notwendig bestehenden Rechtsgemeinschaft (**RG** 81, 418; 92, 151). Insbesondere ist die Beitragspflicht davon unabhängig, daß ein Gesamtschuldner bereits geleistet hat (Abs 2), wie auch davon, wie sich die Beziehungen zwischen dem Gläubiger und den einzelnen Gesamtschuldnern gestaltet haben mögen, sei es durch Vergleich, sei es durch Erlaß, sei es durch Urteil. Denn dafür, ob eine Ausgleichungspflicht gemäß § 426 Abs 1 Satz 1 besteht oder nicht besteht, ist allein der wirkliche, objektive Sachverhalt entscheidend, während auch ein zwischen dem Gläubiger und einem einzelnen Gesamtschuldner ergehendes Urteil, mag es zugunsten oder zuungunsten des Gesamtschuldners ergangen sein, im Verhältnisse zwischen den Gesamtschuldnern keine Rechtskraft macht und überhaupt keine maßgebliche Rolle spielt. Vgl. über die erörterten Fragen **RG** 69, 422. Der Ausgleichungsanspruch aus Abs 1 geht auch nicht dadurch verloren, daß der Gesamtschuldner gegebenenfalls durch seine Leistung die Gläubigerforderung erwirbt. Anderseits auch dadurch nicht, daß der Ausgleichungsberechtigte einen etwaigen besondern, ihm noch vertraglich zustehenden gleichartigen Anspruch einbüßt (etwa durch Verjährung). Vgl. A 1 a. E.

Da die Ausgleichungspflicht gegebenenfalls ohne weiteres besteht, so folgt zugleich, daß die Gesamtschuldner auch bereits **zur Mitwirkung behufs Befriedigung** des Gläubigers gegeneinander **verpflichtet sind,** und daß mithin einer gegen den andern ein klagbares Recht darauf hat, falls nicht besondere Verhältnisse maßgebend entgegenstehen (**RG** 79, 291; 81, 418; 92, 153). Danach hat also jeder Gesamtschuldner den seinem Anteile entsprechenden Betrag bei Fälligkeit an den Gläubiger zu zahlen, und er wird im Verzugsfalle dem andern Gesamtschuldner gegenüber für den vollen diesem daraus erwachsenen Schaden gemäß § 286 haftbar (**RG** 79, 291). Regelmäßig besteht die Beitragspflicht unter den Gesamtschuldnern **zu gleichen Teilen,** und dem entspricht daher auch das Rückgriffsrecht, wobei im Auge zu behalten ist, daß eine Ausgleichungspflicht in den zutreffenden Fällen nur in den Grenzen besteht, in denen der Ausgleichungsverpflichtete schadensersatzpflichtig ist, wie anderseits auch der Ausgleichungsanspruch nur so weit besteht, als die Schadensersatzpflicht des andern gegeben ist (**RG** 84, 431, wo es sich um die Ausgleichung zwischen einem aus einem Beförderungsvertrage und anderseits einem aus dem Kraftfahrzeuggesetze Haftbaren handelte). Die Kosten, die einem Mitverpflichteten im Prozesse des Gläubigers wider ihn entstanden sind, gehören nicht mit zum Gegenstande der Ausgleichung, sie stellen nur seinen eigenen Vermögensschaden dar (**RG** 92, 148), und es haben auch die Prozesse des Gläubigers mit den einzelnen Verpflichteten keine Rechtskraftwirkung für oder gegen den Ausgleichungsanspruch (**RG** 92, 153). — Hat sich der eine von den Ausgleichungsverpflichteten als unvermögend erwiesen, so überträgt sich auch die **Haftung für den Ausfall** zu gleichen Verhältnissen auf die übrigen Mitschuldner, und zwar nach dem gleichen Verteilungsmaßstabe, der bei der Hauptausgleichung gemäß § 426 Satz 1 maßgebend war (**RG** 92, 146). — Die Ausgleichung der Schadensersatzpflichtigen nach § 17 KraftFahrG hat für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nur zur Voraussetzung, daß zwei Kraftfahrzeuge, oder ein solches und eine Eisenbahn, oder ein Kraftfahrzeug und ein Tier bei der Verursachung des Schadens mitgewirkt haben, und die Unternehmer oder Halter einem Dritten zum Schadensersatze „kraft Gesetzes", gegebenenfalls aus den §§ 823, 276 verpflichtet sind, und gemäß § 17 Abs 1 Satz 2 greifen

die Grundsätze des Satz 1 auch dann Platz, wenn der Schaden einem von den beteiligten Fahrzeughaltern — oder nach Abs 2 beteiligten Eisenbahnunternehmern oder Tierhaltern — selbst entstanden ist (RG 96, 69). Die die Ausgleichung zwischen mehreren Kraftfahrzeugen oder zwischen dem Halter und dem Führer regelnden Bestimmungen der §§ 17, 18 KraftFahrG finden auch dann Anwendung, wenn die Haftung nicht auf Grund dieses Gesetzes, sondern auf Grund eines andern Gesetzes begründet ist (RG 87, 65).

Mitberücksichtigung **der Grundsätze der §§ 254, 278.** Wie im Verhältnisse zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten, so ist auch bei der Ausgleichung zwischen den mehreren Haftbaren der **Grundsatz des § 254** heranzuziehen und demgemäß zu ermitteln, ob der Schaden überwiegend durch den einen oder den andern Gesamtschuldner verursacht worden ist, und wie der Schaden danach unter beide zu verteilen ist (RG 75, 251; 84, 429; JW 1912, 141[17]; 15, 22[7]). Der § 254 ist bei der Ausgleichung auch dann anzuwenden, wenn die Gesamthaftung wegen Mitwirkung an einer unerlaubten Handlung gemäß § 840 besteht, und selbst dann, wenn der eine der Mitverpflichteten nach Maßgabe des HaftpflG, oder etwa des KraftFahrG, der andere wegen unerlaubter Handlung haftbar geworden (RG 69, 422; 87, 67; Warn 1911 Nr 394); desgleichen wenn von zwei durch den beiderseitigen Betrieb aus § 1 HaftpflG haftbar gewordenen Eisenbahnunternehmern der eine von diesen dem Verletzten außerdem auch aus dem Beförderungsvertrage haftet (RG 61, 56). — Die mehreren zur Ausgleichung Verpflichteten haften auf die Ausgleichung dem Ausgleichungsberechtigten regelmäßig nicht als Gesamtschuldner, weil solches dem Wesen der Ausgleichungspflicht widerspricht (RG 92, 146; JW 1914, 922[7]). Eine Gesamtschuld besteht aber dann, wenn der eine von mehreren Gesamtschuldnern nach dem Grundsatze des § 254 von der Beitragspflicht den übrigen Gesamtschuldnern gegenüber frei ist und er nunmehr von den letzteren Ersatz dessen verlangt, was er dem Geschädigten bereits hat gewähren müssen (RG 87, 67). — Soweit eine gegenseitige Ausgleichungspflicht besteht, greift auch der **Grundsatz des § 278** Platz, sofern sich die Haftung des einen Gesamtschuldners aus dem Verschulden seines Erfüllungsgehilfen ergibt (RG Gruch 59, 354). Im Falle des Haftpflichtgesetzes muß das schuldhafte Verhalten eines Angestellten des Unternehmers auch dann als ein die Betriebsgefahr erhöhender Umstand angesehen werden, wenn der Unternehmer wegen sorgfältiger Auswahl des Angestellten von eigener Haftung frei ist, und dieser Umstand ist auch bei der Ausgleichung in Gemäßheit der §§ 426, 254 zu berücksichtigen (RG 93, 98).

Da der Ausgleichungsanspruch selbständig für sich besteht, so unterliegt er auch seiner **eigenen Verjährung,** gleichgültig welcher Verjährung der Gläubigeranspruch unterworfen ist. Daher greift betreffs seiner die dreißigjährige Verjährung selbst dann Platz, wenn die auf unerlaubter Handlung beruhende und durch die Leistung des einen Gesamtschuldners auf diesen nach § 426 Abs 2 übergehende Gläubigerforderung gemäß § 852 in drei Jahren verjährt (RG 69, 426).

2. Die zuvor erörterten Grundsätze von der Ausgleichungspflicht gelten nur für den Regelfall. **Ein anderes kann bestimmt sein** durch Gesetz (§§ 840 Abs 2, 3, 841, 1833 Abs 1, Satz 2, §§ 735 Abs 2, 432 Abs 3 HGB; RG 51, 367; 61, 60; §§ 17, 18 KraftFahrG, s. A 1) sowie durch den Grundsatz des § 254 (RG Warn 1912 Nr 64, s. oben) oder durch das Vertragsverhältnis (RG 75, 251), gegebenenfalls auch stillschweigend (RG 79, 291; 91, 278; 61, 56). Maßgebend kann auch die Natur des besondern Rechtsverhältnisses sein (RG 88, 123; Warn 1914 Nr 247; JW 1912, 240[7], betreffend die Ausgleichung unter Gesellschaftern, entsprechend dem vertragsmäßigen Beteiligungsverhältnisse), so daß der Satz 1 sich überhaupt nur als eine Hilfsregel darstellt, wenn jeder sonstige Verteilungsmaßstab, insbesondere auch der aus § 254, fehlt (RG 75, 256). Eine besondere gesetzliche Regelung ist gegeben für das Verhältnis unter den Indossanten und den Akzeptanten eines Wechsels, die an sich ebenfalls Gesamtschuldner sind; die Ausgleichung unter ihnen findet aber nicht nach § 426 statt (RG 48, 152; 27. 9. 11 I 261/10). Der einlösende Aussteller oder Indossant erwirbt auch nicht die Wechselforderung seines Nachmannes, vielmehr lebt nur seine alte eigene Forderung wieder auf (RG 48, 155); und zwischen dem Akzeptenten und einem Mitunterzeichner des Wechsels findet weder eine Ausgleichung noch zugunsten des zahlenden Mitunterzeichners ein Rechtsübergang gemäß § 426 statt (RG 96, 136). Vgl. im übrigen in Ansehung der Beziehungen aus Wechselunterschriften § 421 A 1 Abs 1 a. E. Gemäß § 774 Abs 2 haften Mitbürgen untereinander „nur nach § 426", und gemäß § 1225 Satz 2 gilt das gleiche bei mehreren Pfandschuldnern, die nicht zugleich der persönliche Schuldner sind, und zwar gilt das für ihr Verhältnis untereinander wie auch für das zum Bürgen. Übernehmen mehrere Bürgen die Bürgschaft für dieselbe Schuld je in verschiedener Höhe, so ist der Rückgriff gegen den Bürgen ausgeschlossen, der den von ihm übernommenen Höchstbetrag bereits an den Gläubiger bezahlt hat (RG 81, 414; JW 1912, 746[9]). Hatte der Gläubiger bedingungslose Zahlung zu beanspruchen, so kann ein Gesamtschuldner von ihm Herausgabe des von einem andern Gesamtschuldner bestellten Pfandes Zug um Zug gegen die Zahlung jedenfalls dann nicht verlangen, wenn die Ausgleichungspflicht des andern Ge-

samtschuldners nicht liquide ist (RG 82, 25). Nach §§ 432, 454 Abs 2 HGB haften auch mehrere Frachtführer oder mehrere Eisenbahnunternehmer, die die Beförderung nacheinander übernommen haben, als Gesamtschuldner, und der § 426 findet auch unter ihnen Anwendung (RG 61, 56; 52, 144). Haben nach der Gemeindesteuerordnung der Veräußerer und der Käufer die Umsatzsteuer zu tragen, so sind sie Gesamtschuldner, und es findet unter ihnen die Regel des § 426 Satz 1 Anwendung, weil ein Ausnahmefall im Sinne dieser Vorschrift nicht vorliegt; denn es gehört die Umsatzsteuer nicht zu den Kosten, die nach § 449 der Verkäufer gegenüber dem Käufer zu tragen hat (RG 75, 208). Ein Vater, der durch Vernachlässigung seiner Aufsichtspflicht den Eisenbahnunfall seines Kindes mit verschuldet hat, ist dem Eisenbahnunternehmer zur Ausgleichung nach § 426 verpflichtet, falls eine Handlungsweise nicht allein gegen §§ 1627, 1631, sondern zugleich auch gegen § 823 Abs 1 verstößt (RG Warn 1912 Nr 64). Wer einen Ausnahmefall von § 426 behauptet, ist dafür beweispflichtig (RG 88, 126).

3. **Übergang der Gläubigerforderung kraft Gesetzes** (§ 412) ist das Mittel für die Durchführung des Anspruchs auf Ausgleichung neben dem Ausgleichungsanspruche aus Abs 1 (vgl. A 1). Die Forderung geht über, soweit der Gesamtschuldner den Gläubiger befriedigt hat und er von den Mitschuldnern die Ausgleichung verlangen kann (RG 92, 145). In welcher Weise die Befriedigung bewirkt worden ist, ob durch die Leistung des Geschuldeten, oder durch Hingabe an Erfüllungs Statt, durch Hinterlegung oder durch Aufrechnung, ist gleichgültig. Der Erlaß aber stellt keine Befriedigung dar. Hat der Gesamtschuldner nicht mehr als den nach Abs 1 auf ihn entfallenden Betrag geleistet, dann hat er nur die ihm im Verhältnisse zu den Mitschuldnern bestehende Verpflichtung erfüllt und ein Rückgriffsrecht besteht nicht. Haften ein Grundstückseigentümer und ein Hypothekengläubiger einem Dritten als Gesamtschuldner, und ist dem Dritten als Gläubiger die Hypothek zur Einziehung überwiesen und liquidiert demnächst der Gläubiger bei der Zwangsversteigerung des Grundstücks den auf die Hypothek entfallenen Betrag für sich, dann geht die Forderung des Gläubigers auf den Hypothekengläubiger über, weil der Gläubiger Befriedigung aus dem Vermögen des Hypothekengläubigers erhalten hat (RG 65, 417). — Einen Anspruch an den Gläubiger auf Abtretung seiner Forderung hat der ihn befriedigende Gesamtschuldner nicht (RG JW 02 Beil 245[138]).

4. Über diese Beschränkung vgl. die Ausführungen bei § 268 A 4. — Ein Gesamtschuldner, der vom Gläubiger in Anspruch genommen wird und behauptet, daß ihm seinem Mitschuldner gegenüber ein volles Ausgleichungsrecht zustehe, kann nicht gegen seine Leistung vom Gläubiger Zug um Zug die Herausgabe des Pfandes fordern, das der Mitschuldner dem Gläubiger bestellt hat, und er kann auch nicht seine Leistung bis zur Herausgabe des Pfandes zurückhalten; einmal stünde ihm der § 273 in Hinblick auf dessen Ausnahmefall (§ 273 A 5) entgegen, sodann aber auch Satz 2 Abs 2 des § 426 (RG 82, 25).

5. Über den Rechtsübergang bei **Gesamthypotheken** infolge der Befriedigung des Gläubigers durch einen der Eigentümer oder durch den persönlichen Schuldner vgl. §§ 1173, 1174. — **Übergangsrecht.** Der § 426 Abs 2 greift auch dann Platz, wenn eine vor dem 1. Januar 1900 entstandene Forderung nach diesem Tage erfüllt wird (RG JW 01, 226).

§ 427

Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner[1])[2]).

E II 370; P 1 430.

1. Ausnahmsweise, gegenüber der Regel des § 420, entsteht ein Gesamtschuldverhältnis auch bei **teilbarer Leistung,** wenn die Verpflichtung **gemeinschaftlich vertragsmäßig** übernommen wird. Hinsichtlich unteilbarer Leistungen vgl. § 431. Die Vorschrift setzt unbedingt das Bestehen einer vertraglichen Verpflichtung voraus und kann daher auch nicht Anwendung finden, wenn beispielsweise ein Herausgabeanspruch aus § 812 geltend gemacht wird, ohne daß zuvor eine vertragliche Verpflichtung zur Herausgabe auf seiten der mehreren Personen jemals bestanden hatte (RG Warn 1914 Nr 114). Haben aber mehrere Personen auf Grund eines Vertrags, in dem sie sich gemeinschaftlich einem Dritten verpflichtet hatten, von diesem eine teilbare Leistung empfangen, dann haften sie auf deren Rückgabe, wenn der Dritte den Vertrag anficht, in Gemäßheit des § 427 (RG 67, 260). Ausgeschlossen wird die Gesamthaftung durch ausdrückliche oder auch nur stillschweigende Vereinbarung; bei einem Vertrage mit einem rechtsfähigen Verein etwa auch dann, wenn die dem Vertragsgegner bekannten Satzungen eine beschränkte Haftung ausdrücklich vorsehen (RG JW 07, 136[16]). Streitig ist, ob notwendige Voraussetzung des Gesetzes ist, daß sich die mehreren Schuldner gleichzeitig verpflichten, und ob mithin die Vermutung des § 427 schlechthin

ausgeschlossen ist, wenn die Schuldner es nacheinander getan haben. Richtiger dürfte es sein, diese Frage zu verneinen. Falls A vertraglich erklärt, seine Sache an B, C und D zu verkaufen, den entsprechenden schriftlichen Vertrag zunächst mit B abschließt, dabei aber er selbst sowohl wie auch B davon ausgehen, daß C und D den Vertrag mitabschließen werden, und wenn demnächst diese beiden dem Vertrage, wenn auch zu verschiedenen Zeiten als Vertragspartei wirklich beitreten, dann ist schwerlich zu bezweifeln, daß B, C und D „gemeinschaftlich" gekauft und Zahlung versprochen haben (a. A. Oertmann A 1). „Gemeinschaftlich" besagt nicht soviel wie „gleichzeitig". Grundsätzlich wird es daher genügen, wenn die mehreren Verpflichteten in bewußter gegenseitiger Beziehung zueinander das nämliche Schuldversprechen, sei es gleichzeitig, sei es nacheinander, vertraglich abgegeben haben. Vgl. RG 70, 404. — Nach § 54 haften aus einem namens eines nichtrechtsfähigen Vereins einem Dritten gegenüber abgeschlossenen Rechtsgeschäfte, wenn sich dabei mehrere Mitglieder beteiligt haben, diese als Gesamtschuldner, und es findet der § 427 auch dann Anwendung, wenn der Verein vor dem 1. Januar 1900 begründet, der Vertrag aber nach diesem Zeitpunkte abgeschlossen worden ist (RG 63, 63). Der von einem Berufsverein oder Arbeiterverbande mit dem Unternehmer abgeschlossene Tarifvertrag begründet zwischen dem Verbande und seinen Angehörigen einerseits und dem Unternehmer anderseits kein Gesamtschuldverhältnis; aber auch die einzelnen Arbeiter sind untereinander nicht Gesamtschuldner, da sie sich nicht zu der nämlichen Leistung verpflichten (RG JW 1911, 1014[4]). Vgl. dazu noch § 137 A 2 a. E. — Die Ernennung eines Schiedsrichters begründet, auch wenn sie nur durch eine Partei erfolgt ist, ein Vertragsverhältnis (Dienstvertrag, nicht Werkvertrag) mit beiden Parteien, und beide Parteien sind daher dem Schiedsrichter gemäß § 427 zur Entrichtung der Vergütung verpflichtet (RG 94, 212). Indes, auch zu derjenigen Vergütung, die die den Schiedsrichter bestellende Partei zugesagt hat? Das läßt sich schwerlich annehmen. In dem entschiedenen Falle war eine Vergütung nicht vereinbart worden, sollte sie vielmehr nach den §§ 612, 632 bemessen werden. Ordnet ein Schiedsgericht eine Beweisaufnahme, etwa die Vernehmung eines Sachverständigen, an, dann haften für die dadurch verursachten Kosten beide Parteien (auf Grund des durch das Schiedsgericht zwischen ihnen und dem Sachverständigen abgeschlossenen Vertrags) als Gesamtschuldner (RG 74, 324).

2. Die Gesamtverpflichtung erstreckt sich gegebenenfalls nicht nur auf die **geschuldete Leistung selbst,** sondern auch auf die an ihre Stelle tretende Verpflichtung zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung (RG 2. 10. 07 V 645/06), sowie auf sonstige Nebenverpflichtungen, wie ferner auf die Leistungspflicht im Falle des Rücktritts gemäß § 346 oder der Wandlung wie der Minderung gemäß §§ 467, 472, wie endlich auf die Herausgabepflicht nach § 812 im Falle der Anfechtung; alles das jedoch unter Berücksichtigung des § 425 (das. A 2). Soweit es also auf Verschulden ankommt, haftet insoweit nur derjenige Mitschuldner, dem das Verschulden zur Last fällt. Bewirkt der Gläubiger bei einem gegenseitigen Vertrage (§ 320) seine Leistung an alle Gesamtschuldner zusammen, dann ist damit die Vorleistung zugleich jedem einzelnen Mitgliede gegenüber im ganzen erfolgt, und es steht sonach keinem von ihnen die Einrede zu, daß er tatsächlich nur einen Teil empfangen habe. Falls der Vertrag durch Anfechtung fortfällt, haftet jeder einzelne der Gesamtschuldner entsprechend auch aus § 812 auf Herausgabe der allen zusammen zuteil gewordenen Bereicherung (RG 67, 260). Darüber, ob durch die gegenüber einem Gesamtschuldner erfolgende Anfechtung des Vertrags der Vertrag auch im übrigen vernichtet wird, vgl. § 421 A 1, wo die Frage verneint ist.

§ 428

[1]) Sind mehrere eine Leistung in der Weise zu fordern berechtigt, daß jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber die Leistung nur einmal zu bewirken verpflichtet ist (Gesamtgläubiger), so kann der Schuldner nach seinem Belieben an jeden der Gläubiger leisten[2]). Dies gilt auch dann, wenn einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat[3]).

E I 323; M 2 157; P 1 442.

1. Die §§ 428—430 behandeln das **Gesamtgläubigerrecht** (aktives Gesamtschuldverhältnis). Über den Begriff vgl. § 420 A 1.

2. Das Rechtsverhältnis ist hier folgendes: Trotz einer Mehrheit von Gläubigern wird nach der gesetzlichen Voraussetzung **nur eine Leistung** geschuldet, so daß die einmalige Erfüllung den Schuldner überhaupt befreit. Anderseits ist jeder einzelne Gläubiger in Ansehung des Ganzen selbständig forderungsberechtigt, und daher ist es auch unwesentlich, an wen von den mehreren Gläubigern die Leistung erfolgt; der Schuldner kann vielmehr

nach seiner Wahl an jeden von den Gläubigern mit befreiender Wirkung leisten. Da im übrigen das Forderungsrecht jedes Gesamtgläubigers von dem Rechte der andern Gläubiger unabhängig ist, bleibt es auch von der etwaigen Nichtigkeit des Anspruchs eines der Gesamtgläubiger, sowie von etwaigen Vereinbarungen zwischen einem andern Gesamtgläubiger und dem Schuldner (vgl. auch § 429) unberührt. Ob die nur einem Gesamtgläubiger gegenüber erfolgte Anfechtung das gesamte Vertragsverhältnis vernichtet, wird hier wie entsprechend im Falle der Gesamtschuldnerschaft (§ 421 A 1) nach dem Grundsatze des § 139 zu entscheiden sein. Im übrigen vgl. noch § 429. — Haben mehrere eine Jagd gemeinschaftlich gepachtet, so sind sie als Gesamtgläubiger berechtigt, und da die Leistung unteilbar ist, so ist jeder einzelne zur Klage befugt (RG JW 07, 704[5]). In allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Eheleute sind, wenn jemand der Ehefrau die Tätigkeit im Haushalte unmöglich macht, Gesamtgläubiger, weil beide geschädigt sind (RG 73, 311). Nach dem gesetzlichen Güterrechte können Eheleute die Ansprüche wegen eines der Frau zugestoßenen Unfalls, gleichgültig, wem von ihnen die Ansprüche zustehen, gemeinschaftlich einklagen, weil jeder Ehegatte den andern zur Verfügung über den Anspruch ermächtigen kann und die gemeinschaftliche Klageerhebung den Schuldner berechtigt, mit befreiender Wirkung an beide Eheleute zu zahlen (RG 24. 11. 11 III 643/10; Warn 09 Nr 306). — Das Verhältnis der Gesamtgläubiger untereinander regelt § 430.

3. Das Wahlrecht des Schuldners wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß **einer der Gläubiger bereits Klage auf die Leistung erhoben hat.** Da eine solche Klage den übrigen Gläubigern gegenüber nicht von Bedeutung ist, so kommt der Schuldner in die Gefahr, nicht nur mehrmals verklagt, sondern auch verurteilt zu werden und sonach auch mehrmals leisten zu müssen. Dieser Gefahr vermag er durch die Hinterlegung der geschuldeten Sache gemäß §§ 372ff. oder durch die Erfüllung irgendeinem der Gläubiger gegenüber vorzubeugen. Eine prozessuale Einrede der (Rechtshängigkeit oder der rechtskräftig entschiedenen Sache) steht ihm dagegen gegenüber einem anderen Gesamtgläubiger nicht zu (vgl. § 421 A 1 u. 3). Den Einwand der Erfüllung kann er aber auch noch nach rechtskräftiger Verurteilung nach Maßgabe des § 767 ZPO jedem der Gesamtgläubiger gegenüber geltend machen.

§ 429

[1]) **Der Verzug eines Gesamtgläubigers wirkt auch gegen die übrigen Gläubiger[2]).**

Vereinigen sich Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers, so erlöschen die Rechte der übrigen Gläubiger gegen den Schuldner[3]).

Im übrigen finden die Vorschriften der §§ 422, 423, 425 entsprechende Anwendung[4]). Insbesondere bleiben, wenn ein Gesamtgläubiger seine Forderung auf einen anderen überträgt, die Rechte der übrigen Gläubiger unberührt[5]).

E I 325; M 2 159; P 1 442.

1. Die einzelnen Bestimmungen dieses Paragraphen erklären sich aus der Natur des Gesamtgläubigerrechts, wie es unter § 428 dargestellt worden ist. Das Gesetz geht demnach wie entsprechend in § 425 so auch hier grundsätzlich davon aus, daß Tatsachen, die den Inhalt der Leistung zu beeinflussen geeignet sind — wie Kündigung, Verschulden, Verzug, Verjährung, rechtskräftiges Urteil —, grundsätzlich nur demjenigen Gläubiger gegenüber wirken, in dessen Person sie sich ereignet haben. Ausnahmen enthalten Abs 1 u. 2.

2. Der **Gläubigerverzug** übt eine Gesamtwirkung aus, weil der Schuldner im vorausgesetzten Falle zu erfüllen bereit und auch imstande gewesen war (§ 424).

3. **Die Vereinigung von Forderung und Schuld in der Person eines Gesamtgläubigers,** sei es, daß dieser in die Verpflichtung, oder aber daß der Schuldner in das Gläubigerrecht eingetreten ist, befreit den Schuldner überhaupt. Denn nach dem Grundsatze, daß der Schuldner die Wahl hat, wem er leisten will, könnte auch derjenige, in dessen Person sich Schuld und Forderung vereinigt haben, ohnehin die Leistung an sich selbst wählen. Für das Innenverhältnis der Gesamtgläubiger bleibt der § 430 maßgebend. — In welcher Form sich die Vereinigung vollzieht, ob durch Erbgang, durch Abtretung oder durch Schuldübernahme — soweit diese den andern Gläubigern gegenüber nach Maßgabe der §§ 414ff. überhaupt wirksam wird — ist unwesentlich.

4. Nach § 422 wird durch die **Erfüllung** das gesamte Schuldverhältnis zerstört, ebenso nach § 423 durch den **Erlaß,** falls er auf die Aufhebung des gesamten Schuldverhältnisses gerichtet war. Hinsichtlich des § 425 **(andere Tatsachen)** vgl. die Ausführungen daselbst in A 1 u. 2

5. Daß der einzelne **Gesamtgläubiger „seine“ Forderung auf einen Dritten übertragen** kann, folgt aus der Selbständigkeit der einzelnen Forderungen (§ 428 A 2). Im übrigen wird durch eine solche Abtretung an dem gesamten Schuldverhältnisse selbst nichts geändert. Hinsichtlich des Falles der Vereinigung von Schuld und Forderung in einer Person durch Abtretung an den Schuldner vgl. A 3.

§ 430

Die Gesamtgläubiger sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen berechtigt, soweit nicht ein anderes bestimmt ist[1]).

E I 337; M 2 169; P 1 444.

1. Das **Innenverhältnis der Gesamtgläubiger.** In erster Linie entscheidet die getroffene Abmachung oder die sich aus dem Geschäftszwecke ergebende Parteiabsicht, mangels derartiger Anhaltspunkte aber ist eine Berechtigung zu gleichen Anteilen anzunehmen. Vgl. § 426 Abs 1. Daraus folgt für jeden einzelnen Gesamtgläubiger ohne weiteres auch das Recht, nach der Leistung des Schuldners den anteilsmäßig davon auf ihn entfallenden Betrag vom Empfänger der Leistung herauszuverlangen. Wie aber, wenn der Empfänger nur so viel erhalten hat, als ihm auch im Verhältnisse zu den andern Gläubigern zukommt? Falls die noch schuldig gebliebene Leistung beitreibbar ist, wird der Empfänger mit Erfolg einwenden können, daß er nur das Seinige empfangen habe; falls sich dagegen der Schuldner im übrigen als leistungsunfähig erwiesen hat, wird der Einwand versagen und vielmehr die Regel durchgreifen müssen, daß alle Gesamtgläubiger zu gleichen Anteilen berechtigt sind. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb bloßes Zuvorkommen dem Empfänger der Teilleistung ein Vorzugsrecht geben sollte. A. M. Oertmann A 2. — Einen gesetzlichen Fall von Geamtgläubigerschaft gibt § 2151 Abs 3; hier ist aber die Verpflichtung zur Teilung durch Abs 3 Satz 3 ausdrücklich ausgeschlossen.

§ 431

[1]) **Schulden mehrere eine unteilbare Leistung, so haften sie als Gesamtschuldner[2]).**

E I 340; M 2 173; P 1 444.

1. Während der § 420 eine teilbare Leistung im Auge hat und dabei seine Vermutung in gleicher Weise sowohl für den Fall einer Mehrheit von Schuldnern wie den einer Mehrheit von Gläubigern aufstellt, regeln die §§ 431 u. 432 den Fall einer **unteilbaren Leistung,** und zwar hier unterschiedlich, je nachdem es sich um eine Mehrheit von Schuldnern oder von Gläubigern handelt.

2. Steht eine **von mehreren geschuldete unteilbare Leistung** in Frage, so wird überhaupt nicht eine bloße Vermutung dahin aufgestellt, sondern die zwingende Bestimmung gegeben, daß die mehreren Schuldner **als Gesamtschuldner haften.** Entscheidend für die Unteilbarkeit ist hier lediglich die Art des nach dem Schuldverhältnisse an sich geschuldeten Leistungsgegenstandes, so daß es nicht darauf ankommt, ob etwa in der Folge an die Stelle einer unteilbaren Leistung ein auf Geld gerichteter, an sich teilbarer Ersatzanspruch getreten ist (**RG** 67, 275). Schulden mehrere Schadensersatz und kann der Gläubiger die Herstellung gemäß § 249 fordern, so liegt nur dann eine Gesamtschuld vor, wenn von allen Schuldnern eine und dieselbe Herstellung (§ 249 Satz 1) geschuldet wird (**RG** 67, 273). Geht anderseits die vertraglich geschuldete Leistung von vornherein auf Geld, so bleibt § 431 selbst dann unanwendbar, wenn die mehreren Empfänger der Geldleistung je die erlangte Bereicherung (nach Anfechtung des Vertrags) herauszugeben haben; denn in diesem Falle könnte nur der Umfang der Verpflichtung des einzelnen ungewiß sein, und die Ungewißheit des Umfangs einer Schuld hat mit der Frage der Teilbarkeit nichts zu tun (**RG** 67, 260). Vgl. auch § 427 A 1 (**RG** Warn 1914 Nr 114). Bestand endlich von vornherein überhaupt kein Gesamtschuldverhältnis, sondern etwa ein Gesellschaftsverhältnis (Haftung zur gesamten Hand, § 718), so haften die mehreren Schuldner, nach Anfechtung dieses Verhältnisses, auf die Herausgabe der Bereicherung um deswillen nicht als Gesamtschuldner, weil es an einem Rechtsgrunde für ein Gesamtschuldverhältnis an sich fehlte (**RG** 7. 3. 08 I 104/07). Vgl. im übrigen über die Begriffe der Teilbarkeit und Unteilbarkeit einer Leistung § 266 A 1 und § 275 A 4.

§ 432

[1]) **Haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern, so kann, sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind, der Schuldner nur an alle gemeinschaftlich**

leisten und jeder Gläubiger nur die Leistung an alle fordern[2]). Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt oder, wenn sie sich nicht zur Hinterlegung eignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert[2]).

Im übrigen wirkt eine Tatsache, die nur in der Person eines der Gläubiger eintritt, nicht für und gegen die übrigen Gläubiger[3]).

E I 339; M 2 171; P 1 446.

1. Ist bei **Unteilbarkeit der geschuldeten Leistung eine Mehrheit von Gläubigern** vorhanden, so gilt folgendes: a) Die mehreren Gläubiger sind Gesamtgläubiger im Sinne der §§ 428—430, wenn hierfür die maßgeblichen Voraussetzungen, sei es kraft gesetzlicher Bestimmung, sei es auf Grund vertraglicher Abmachungen, gegeben sind. b) In allen sonstigen Fällen besteht dagegen unbedingt das Verhältnis gemeinschaftlicher Berechtigung (A 2). Das letztere Verhältnis bildet also im Zweifel die Regel und ist mithin auch zu vermuten, solange nicht der Ausnahmefall zu a nachgewiesen wird. Entsprechende Anwendung findet § 432 auch bei Gemeinschaften zur gesamten Hand (RG 86, 69). — Die Bezeichnung mehrerer Remittenten auf einem gezogenen Wechsel macht diesen ungültig, weil ungewiß bleibt, ob jene als Gesamtgläubiger gemäß § 428 oder als gemeinschaftliche Gläubiger im Sinne des § 432 gelten sollen (RG 66, 9). Handelt es sich um den Anspruch (der Miterben) auf Herausgabe von Sachen, dann hängt die Teilbarkeit des Anspruchs von der Art der Sache ab (RG JW 1912, 142[18]). Mehrere Mieter, die ein Grundstück gemeinschaftlich gemietet haben, sind gemeinschaftlich berechtigte Gläubiger im Sinne des § 432 (RG Gruch 59, 469).

2. **Gemeinschaftliche Berechtigung.** Als das berechtigte Subjekt gelten nur alle Gläubiger zusammen (vgl. § 420 A 1). Demgemäß kann auch der Schuldner mit befreiender Wirkung nur an alle gemeinschaftlich leisten, sofern er sich nicht gemäß §§ 372ff. durch Hinterlegung zu befreien vermag (Individualrecht). Der einzelne Gläubiger ist dabei jedoch infolge seines Sonderinteresses selbständig zu fordern berechtigt, entweder, daß der Schuldner an alle leistet oder für alle hinterlegt, oder daß er die geschuldete Sache, falls sie zur Hinterlegung ungeeignet, an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer abliefert. Dieses Recht steht auch dem Ehemanne, der mit seiner Ehefrau im gesetzlichen Güterstande lebt, gemäß § 1380 Satz 1 den Miterben der Frau gegenüber zu (RG JW 1912, 534[12]), und dem einzelnen Miterben kraft seines Individualrechts gemäß § 2039 (RG Warn 1916 Nr 248). Stellt einer der Gläubiger ein Verlangen der einen oder der andern zuvor bezeichneten Art, dann befreit sich der Schuldner im ganzen dadurch, daß er dem Verlangen nachkommt. — Über das Verhältnis zwischen mehreren Erben und dem Schuldner vgl. § 2039. Gemäß § 432 kann auch ein Gesellschafter als Mitglied der Gemeinschaft zur gesamten Hand auf Zahlung an die Gesellschaft klagen, jedoch dann nicht, wenn die Vertretung der Gesellschaft durch Gesetz, wie bei der offenen Handelsgesellschaft, oder durch Vertrag besonders geregelt ist (RG 70, 33; 86, 68; SeuffA 71 Nr 43).

3. **Alle sonstigen Tatsachen,** die nur in der Person eines Gläubigers eintreten, wirken weder für noch gegen die andern Gläubiger (vgl. §§ 425, 429).

Siebenter Abschnitt

Einzelne Schuldverhältnisse

Erster Titel

Kauf Tausch

I. Allgemeine Vorschriften

§ 433

Durch den Kaufvertrag[1–5]) wird der Verkäufer einer Sache[6]) verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen[8]). Der Verkäufer eines Rechtes[6]) ist verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen und, wenn das Recht zum Besitz einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben[8]).

Der Käufer ist verpflichtet[9]), dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis[7]) zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen[10–12]).

E I 370, 459 II 375; M 2 316; P 2 50.

1. Wesen des Kaufes. Der Kauf ist wirtschaftlich Umtausch von Gütern (Waren) gegen Geld (Preis). Rechtlich ist er

a) zunächst ein verpflichtendes Rechtsgeschäft. Daher ist erforderlich die Absicht, Rechtswirkungen zu erzeugen. Diese fehlt beim Bewußtsein, daß ein nicht formgerecht erklärter Wille nichtig sei (RG 68, 322; Warn 1919 Nr 155). Als Rechtsgeschäft untersteht er den allgemeinen Vorschriften über Geschäftsfähigkeit nach §§ 104ff., über Willenserklärungen nach § 116, über deren Auslegung nach § 133, bei Kaufleuten in Verbindung mit HGB § 346, über Anfechtbarkeit nach §§ 119ff., über Nichtigkeit nach §§ 134ff.

Einzelnes: Die Geschäftsfähigkeit ist maßgebend für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht der Urteilsfällung, wenn der Verkäufer zur Auflassungserklärung verurteilt ist. Über das Verhältnis der Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung nach §§ 119 Abs 2 u. 123 zu den Wandlungsansprüchen nach §§ 459 u. 463 vgl. daselbst.

Nicht jeder Verstoß gegen ein Verbot macht den Kaufvertrag nichtig. Nicht z. B. Verkäufe, bei denen gegen gewerbepolizeiliche Vorschriften und ähnliche verstoßen wird, Verkäufe ohne die erforderliche Erlaubnis zum Handel, vgl. jedoch jetzt VO über Wuchergerichte vom 27. 11. 19 Art. III (RGBl. 1909), mit verdorbenen Nahrungsmitteln (RechtsprOLG 22, 219); von Waren mit verbotenen Bezeichnungen (RechtsprOLG 22, 220); unter Überschreitung von Höchstpreisen (RG 88, 250; 89, 196; Warn 1919 Nr 50); von Richtpreisen (RG 24. 10. 19 II 192/19); von Waren, die Gegenstände des täglichen Bedarfs sind, bei Fordern übermäßiger Preise (RG 93, 107), sofern nicht in der Ausnutzung der Kriegsnot im besondern Fall noch etwas Unsittliches hinzukommt (RG 90 S. 305, 400; 93 S. 27, 134). Dagegen macht Kettenhandel als unwirtschaftlicher Zwischenhandel das Rechtsgeschäft nichtig (LZ 1919 Sp 428). Und zwar ist er ein in sich unerlaubtes, seinem Gegenstand und Inhalt nach rechtswidriges Geschäft, das nicht erst wegen der inneren Gesinnung des Handelnden als rechtsunwirksam hingestellt wird (vgl. RG 78, 353; 99, 109). Es genügt daher, daß das Kaufgeschäft objektiv als unwirtschaftliche Einschiebung in den Verteilungsprozeß sich darstellt und damit wider die Rechtsordnung verstößt. A. M. RG 98, 1, das Verschulden auf beiden Seiten der Vertragschließenden für die Nichtigkeit verlangt. — Nichtig ist auch der nach § 456 verbotene Verkauf nur dann, wenn er ohne die in § 458 zulässige Genehmigung bleibt. Nichtig Verkauf gegen Devisen-Verordnung (RG 98, 254). Der Verkauf einer ärztlichen oder zahnärztlichen Praxis ist nicht notwendig unsittlich (RG 66, 139; 75, 120; 78, 120). — Vgl. aber auch bei Wettbewerbsverbot RG 90, 437; 68, 190; 66, 150; hinsichtlich des Verkaufs der Praxis von Zahntechnikern RG 80, 222.

b) Der Kauf ist weiter ein Vertrag, also untersteht er den allgemeinen Vorschriften über Antrag und Annahme nach §§ 145ff., 305ff., über Auslegung nach § 157 und Bestimmung des Inhalts der Schuldverpflichtung nach § 242. Unter Kaufleuten ist dabei nach HGB § 346 auf die im Handelsverkehr üblichen Gebräuche und Gewohnheiten Rücksicht zu nehmen. Auf den Handelskauf finden außerdem HGB §§ 373—382 Anwendung. Den gesetzlichen Vorschriften geht immer die Sonderabrede vor, da jene nur nachgiebiges Recht enthalten. Kaufverträge gehören regelmäßig nicht zu denjenigen Rechtsverhältnissen, die ein besonderes persönliches Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien voraussetzen (RG 27. 10. 16 II 201/10). Doch kann namentlich bei den auf längere Zeit eingegangenen Verhältnissen, die auf einem verständnisvollen Zusammenwirken beider Teile beruhen, ausnahmsweise das persönliche Moment eine Rolle spielen (RG 24. 4. 08 II 522/07; 2. 1. 20 II 294/19).

Einzelnes: Ist ein Angebot „freibleibend" gemacht, so kann dies bedeuten, daß es auch innerhalb der Frist des § 145 widerrufen werden kann oder daß überhaupt kein annahmefähiges Angebot, sondern nur eine Anregung an die Gegenseite, ihrerseits ein Angebot zu machen, vorliegen soll. Ein Vertragsangebot mit Bindung auf bestimmte Zeit kann die Abmachung enthalten, daß ein auf den Kaufpreis anzuzahlender Betrag bei Nichtannahme des Angebots als Entgelt für die Bindung des Antragenden verfällt (RG 95, 144). — Im Verlangen des Verkäufers nach einer Akkreditiveröffnung liegt noch nicht notwendig ein Einverständnis mit dem Kaufabschluß (OLG Hamburg DJZ 1918, 264). — Die Zusendung unbestellter Waren enthält ein Kaufsangebot unter Verzicht auf Zugang der Annahmeerklärung. Das Schweigen enthält noch keine Annahme dieses Angebots (ROHG 3, 47; 16, 132). Wenn die freie Entschließung des Käufers vorbehalten ist, kann ein bloßer Vorvertrag oder ein suspensiv bedingter Kaufvertrag si voluerim vorliegen (RG 27. 11. 16 VI 369/16). — Zum Zustandekommen gehört die Einigung über den Kaufgegenstand und den Preis. Ein Kauf mit vorbehaltener Einigung über die Zahlungsweise ist noch nicht zustande gekommen (ROHG 16, 384). Beim Spezieskauf ist Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Gegenstandes, beim Gattungskauf nur Bestimmbarkeit der Gattung erforderlich (§§ 315, 241, 243; Gruch 51, 956). Bestimmbarkeit nach dem Bedarf des Käufers genügt. Der Kauf einer künftigen Sache ist keineswegs ohne weiteres Gattungskauf. Genügend für die Bestimmbarkeit ist auch die „Zirka-Klausel", die eine nach Ermessen des Gerichts unbedeutende Abweichung von der angesetzten Ziffer gestattet (ROHG 1, 57; 9, 129). Ebenso Verkauf „eines Pöstchens"

(SeuffA 30, 205), bei Vereinbarung von 3—4 Waggons genügen 3 Waggons (JW 1918, 262[4]). Dagegen nicht genügend: „mehrere hundert Dutzend" (ROHG 11, 3). Beim Kauf mit Spezifikation muß jedenfalls der Grundstoff bestimmt sein, sonst liegt Wahlkauf vor (RG 37, 26). Die Person des Vertragsgegners braucht beim Angebot oder Vertragsschluß weder dem Verkäufer noch dem Käufer bekannt zu sein, es genügt die objektive Bestimmbarkeit (RG 22. 1. 16 V 223/15). Dieser Fall liegt vor, wenn für die Gegenpartei jemand offen als Vertreter handelt, diese aber noch offen läßt, sei es, weil er sie kennt, aber nicht nennen will, sei es, weil er sie selbst noch nicht kennt. Zustande gekommen ist der Kauf auch dann im Augenblick des Abschlusses durch den Vertreter für den erst noch zu benennenden Dritten (RG 38, 187; Gruch 48, 337). Über Unbestimmtheit des Käufers („Aufgabe des Käufers vorbehalten") vgl. RG 20, 237; 24, 64; JW 1914, 350[3]; LZ 1919 Sp 1358[6]. Über Unbestimmtheit des Verkäufers („Aufgabe vorbehalten") vgl. RG 33, 132; 38, 188. Bei Warenbestellung bei einem Verteilungskartell tritt dieses im Zweifel als Vertreter des noch zu bestimmenden Lieferers auf (RechtsprOLG 8, 58). Bei Vereinbarung „Prima Ablader" ist die entsprechende Eigenschaft Bedingung des wirksamen Abschlusses (RG 35, 132; 38, 188). — Wer vom Zwischenhändler kauft, schließt mit dem Hersteller auch dann keinen Kauf ab, wenn es sich um Ware in Originalverpackung handelt. Doch kann in dieser Verpackung die Übernahme einer Gewährleistung des Herstellers auch dem Verbraucher gegenüber liegen (RG 87, 1). Der Lieferant des Verkäufers ist auch nicht dessen Erfüllungsgehilfe nach § 278, wenn er zuvor dem Verkäufer die Ware geliefert hat (RG 12. 5. 08, II 548/07). — Wegen Schadensersatzpflicht bei Vertragsverletzung vgl. bei § 276. Über culpa in contrahendo RG 88, 105; 95, 58; JW 1912, 743[5]; Recht 1919 Nr 401, 1938. — Grundsätzlich braucht Verkäufer seinem Abnehmer beim Lieferungskauf nicht mitzuteilen, unter welchen Vertragsbedingungen er sich eingedeckt hat. Wenn diese aber derart sind, daß sie seine eigene Lieferungsmöglichkeit gefährden, ist er zur Offenbarung verpflichtet oder muß die Nichtlieferung vertreten (Gruch 63, 735). Ob infolge der durch den Krieg und die Revolution eingetretenen Veränderungen Unmöglichkeit der Vertragserfüllung eingetreten ist, ist nach §§ 242 u. 275 zu entscheiden. Der Kriegszustand als solcher läßt die Lieferungsverträge unberührt. In Kriegsklauseln wird dagegen häufig der Krieg schlechthin als „höhere Gewalt" behandelt (RG 89, 345). Bewirkte der Krieg und die nach ihm ausgebrochene Revolution eine völlige Umgestaltung der wirtschaftlichen Verhältnisse auf dem Gebiete, dem das Kaufgeschäft angehört, kann Unmöglichkeit der Erfüllung nach § 275 oder wenigstens Nichtzumutbarkeit der Erfüllung nach § 242 vorliegen (RG 90, 102; 93, 341; 94 S. 46, 68). Die unbedingte Übernahme der Gefahr für Lieferungen nach dem Kriege ist als seltene Ausnahme nicht zu vermuten (RG JW 1917, 899[2]; RG 26. 10. 19 II 175/19). Unter besonderen Umständen steht außergewöhnliche Schwierigkeit der Leistung ihrer Unmöglichkeit auch nach § 275 gleich (RG 57, 116; 92, 87; Gruch 63, 731; JW 1919, 44[10]). Mehraufwand und Steigerung der Preise werden vom Reichsgericht nicht als solche Umstände anerkannt, selbst wenn der Verkäufer erheblichen Schaden dadurch erleidet (RG 88, 172; 92, 322). Für das Gebiet des Großhandels mit marktgängiger Gattungsware übernimmt der Verkäufer schlechthin die Gefahr der Preisschwankungen und es entfällt für ihn die Vermutung auch einer stillschweigenden Vereinbarung einer Kriegsklausel (RG 92, 322). Im übrigen vgl. zu § 459 über das Verhältnis der Unmöglichkeitsvorschriften zu den Gewährleistungsvorschriften.

c) Der Kauf ist endlich ein gegenseitiger Vertrag, daher finden auf ihn Anwendung die Vorschriften der §§ 320ff., worauf in § 440 für den Fall der Nichterfüllung durch den Verkäufer noch ausdrücklich hingewiesen wird. Zum Begriff des gegenseitigen Vertrags gehört nur, daß auf zwei Seiten Verpflichtungen begründet werden und Leistung und Gegenleistung in Abhängigkeit voneinander stehen. Nicht erforderlich ist, daß die Gegenleistung an den zu bewirken ist, dem die Leistung obliegt (RG 65, 48). Daher wird dem Kaufvertrag die Eigenschaft eines gegenseitigen Vertrags nicht dadurch entzogen, daß das Eigentum an der Kaufsache nicht dem Käufer, sondern einem Dritten verschafft werden soll (RG Warn 1917 Nr 129), daß der Kaufpreis nicht dem Verkäufer, sondern einem Dritten zu zahlen ist (RG 6. 7. 15 II 199/15). Wichtig werden hier besonders die Vorschriften über den Verzug nach § 326 und die Grundsätze über den Rücktritt bei positiver Vertragsverletzung.

2. Zu unterscheiden vom Kaufvertrag ist das auf Grund der übernommenen Verpflichtung betätigte **Erfüllungsgeschäft** durch Übergabe der Ware oder Abtretung der verkauften Forderung. Nicht jener, sondern erst dieses erzeugt die dinglichen Wirkungen. Auch bei Forderungskäufen ist zwischen dem Abtretungsversprechen und der Abtretungserklärung zu unterscheiden. Der bloße Kaufvertrag erzeugt daher auch kein Ab- oder Aussonderungsrecht im Konkurse. Beim Hand- oder Realkauf fällt das Erfüllungsgeschäft mit dem Abschluß des obligatorischen Kaufvertrags zusammen, auch er ist aber richtiger Ansicht nach ein gegenseitiger Vertrag. Beim Ladengeschäft liegt meist kein eigentlicher Handkauf vor, da der Leistung ein obligatorischer Vertrag vorauszugehen pflegt. Dagegen wird beim Automatenkauf, oft auch beim Kauf von Theaterbilletts der obligatorische Vertrag erst durch den unmittel-

baren Austausch der Leistungen geschlossen. Das Bestreiten einer der Gegenleistungen enthält damit zugleich das Leugnen des Zustandekommens eines Kaufes überhaupt, was für die Beweislast von Bedeutung wird.

3. Aus dem Wesen des Kaufvertrags als eines Umtauschs von Ware gegen Geld ergibt sich seine **Abgrenzung** vom

a) Tauschvertrag (§ 515), der ein Umsatz von Ware gegen Ware ist. Hier schuldet jede Partei Ware, die Parteirollen und ihre Verpflichtungen sind also nicht verschieden. Ob Kauf oder Tausch vorliegt, entscheidet sich nicht nach der Absicht und Ansicht der Vertragschließenden, sondern danach, wie das Vereinbarte rechtlich zu beurteilen ist (**RG** 88, 364; JW 1897, 69[65]). Tauschvertrag liegt vor, wenn eine unmittelbare Ausgleichung individualisierter Sachleistungen gegeneinander gewollt ist (**RG** 50, 285; 57, 266; JW 05, 326[15]). Ist vereinbart, daß ein Grundstück gegen Geld hingegeben werde, und sind in Berichtigung des so vereinbarten Kaufpreises Interimsscheine und eine auf dem Grundstück ruhende Hypothek übernommen worden, so liegt Kauf vor (**RG** 22. 11. 07 II 224/07). Der als wirtschaftliches Endziel bezweckende Umtausch von Ware gegen Ware kann aber auch durch die Rechtsform des Doppelkaufs als Mittel herbeigeführt werden, mit gänzlicher oder teilweiser Aufrechnung der vereinbarten beiderseitigen Preise, ROHG 5, 418; 18, 384; **RG** Gruch 49, 1154; SeuffA 68, 397. Daß beim Umsatzgeschäft der eine oder beide Gegenstände mit bestimmtem Wertbetrage angesetzt werden, kann bloße Schätzung bedeuten und braucht nicht Bestimmung des Preises als Leistungsgegenstand zu sein. Dies allein macht daher den Tausch noch nicht zum Doppelkauf, **RG** 73, 153, ebensowenig die bloße Einkleidung in zwei Kaufverträge, **RG** 50, 288; JW 05, 326[15], wenn auch die gebrauchten Ausdrücke für die Feststellung des Willeninhalts von Bedeutung sind, **RG** 73, 90. Durch Zugabe von Geld oder Ware wird die Natur des Geschäfts nicht geändert. Wesentliche Merkmale sind dagegen zeitliches Auseinanderfallen, besonderer Umsatzzweck für jede Warenveräußerung, Preisbestimmung als Inhalt der Gegenleistung. Im Unterschied vom Tausch wirkt Verzug, Nichtlieferung, Mangel der Kaufsache nur für den einen Kauf, die Wandlung und Minderung läßt den andern unberührt. Bei der Minderung ist der Wert des Gegenstücks beim Tausch, der angesetzte Wert beim Doppelkauf maßgebend (**RG** 73, 153). Die Vorschriften des HGB finden auch auf den Handelstausch Anwendung.

b) Vom Geldwechselgeschäft. Dies stellt bei inländischem Geld ein eigenartiges Geschäft dar, ist ebensowenig Tausch wie Kauf, da Geld gegen Geld, nicht Ware gegen Geld oder Ware gegen Ware eingetauscht wird. Bei Auswechslung inländischen Geldes in ausländisches oder umgekehrt dagegen liegt Kauf vor. Die Diskontierung von Wechseln ist Kauf (**RG** 93, 23; OLG 16, 385).

c) Vom Werkvertrag (§ 631). Bei diesem ist Inhalt der Hauptverpflichtung die Herstellung eines Werkes, nicht die Herstellung einer Sache (**RG** 97, 90), nach Abs 2 auch die Herstellung einer Sache aus einem dem Unternehmer nicht gehörigen Stoff. Ist der Anspruch auf eine Werkleistung in einem Inhaberpapier verkörpert (Theaterbillett, Eisenbahnfahrkarte), liegt Kauf dieses Papiers vor. — Bei einem Maschinenlieferungsvertrag ist die Montage regelmäßig nur Nebenleistung, bloßes Anhängsel des Lieferungsvertrags. Nur ausnahmsweise kann die Vereinbarung der Montage eine selbständige Bedeutung haben, insbesondere eines dem Hauptvertrag beigefügten Werkvertrags (**RG** 66, 279). Soll darüber hinaus der Vertrag im ganzen mit Rücksicht auf die Montagevereinbarung kein Kauf und auch kein Werklieferungsvertrag nach § 651, sondern ein Werkvertrag nach § 631 sein, so müssen ganz bestimmte Umstände hierfür vorliegen (**RG** 23. 10. 17 VII 178/17), etwa die Maschinen einem bestimmten Raum oder Betriebe oder sonstigen Verhältnissen besonders angepaßt werden müssen (**RG** 16. 2. 04 II 318/03). Der Vertrag über Lieferung von Herden für einen Neubau ist Kaufvertrag, auch wenn die Aufstellung und Einfügung übernommen wird (Warn 09 Nr 70). Dagegen Versehen einer Wohnung mit Zentralheizungsanlage ist Werkvertrag (**RG** 45, 63; **RG** 14. 1. 19 VII 288/18).

d) Vom Werklieferungsvertrag (§ 651). Auch diesem ist wesentlich die Herstellungspflicht, aber aus einem dem Unternehmer gehörigen Stoff, mit dem Kauf hat er aber noch die hinzutretende Pflicht zur Eigentumsverschaffung gemein. Handelt es sich um Herstellung vertretbarer Sachen, so finden zwar die Vorschriften über den Kauf Anwendung, der Werklieferungsvertrag ist aber darum noch kein Kauf, denn der Vertrag enthält die dem Wesen des Kaufes sonst fremde Verpflichtung zur Herstellung, auf die auch — entgegen der gem. M. — geklagt werden kann. Die Vorschriften des Kaufes finden daher nur insoweit Anwendung, als sich nicht aus der Herstellungsverpflichtung noch ein Besonderes und hiervon Abweichendes ergibt und darum ergänzende Vorschriften eintreten. Bei Herstellung unvertretbarer Sachen tritt diese Pflicht noch deutlicher hervor. Reiner Kauf ist dagegen der einer erst herzustellenden, nicht schon hergestellten Sache, ohne daß die Herstellung mit übernommen ist, so beim Verkauf einer erst vom Produzenten zu beziehenden Sache, dem reinen Lieferungskauf (vgl. unter 5b; **RG** LZ 1912, 311). Beim Kauf einer halbfertigen

Sache kann als Nebenverpflichtung die Fertigstellung übernommen werden. Es liegt dann ein mit Werkvertrag gemischter Kaufvertrag vor (RG 21, 313; 19, 333). Der Verkauf eines Grundstücks, bei dem die Erbauung eines Wohnhauses bereits begonnen war, stellt auch dann lediglich einen Kaufvertrag dar, wenn der Verkäufer sich zur Fertigstellung des Hauses verpflichtet, eine besondere Vergütung jedoch hierfür nicht ausbedungen wird (RG Warn 1910 Nr 236; 1912 Nr 204).

e) Vom Auftrag und der Kommission. Nicht entscheidend ist auch hier der Wortlaut. Eigenhandel und Kommission gehen überhaupt ineinander über, in der Ausdrucksweise des Kaufmanns wird nicht scharf geschieden (ROHG 20, 314; Warn 1918 Nr 230). Auch Vereinbarung von „Provision" statt „Preis" deutet nicht mit Sicherheit auf Kommission. Es ist zulässig, daß jemand, der wirtschaftlich bloß Vermittler ist, daher von den Parteien auch als solcher bezeichnet wird, doch dem Erwerber selbst gegenüber als Verkäufer und Eigenhändler auftritt (RG 11. 5. 07 I 520/06). Es ist auch mit der Natur des Kommissionsgeschäfts anderseits vereinbar, daß derjenige, der die Ware im eigenen Namen für den andern, aber für dessen Rechnung zu vorgeschriebenem Preise einkauft, sein Entgelt für die Geschäftsbesorgung in einem etwa von ihm erzielten billigeren Einkaufspreise zu finden hat (RG 94, 289). Maßgebend ist dagegen regelmäßig, ob fester Preis vereinbart ist, der aber nicht in festen und bestimmten Zahlen ausgedrückt zu sein braucht, aber immer objektiv feststellbar sein muß; sodann, ob die Absicht der Parteien auf bloße Vermittlung oder auf festen Abschluß gerichtet war. Wird verlangt „möglichst günstig", liegt Auftrag vor (ROHG 18, 119; RG 3, 110; Warn 1918 Nr 230; OLG 10, 340). Für eine Verkaufskommission spricht auch, wenn trotz Übersendung die Gefahr beim Geber bleiben soll (SeuffA 57, 55). Entsprechendes gilt für den gewöhnlichen Auftrag (SeuffA 35, 288).

g) Vom Vinkulationsgeschäft. Durch dieses entsteht ein eigenes vom Kauf verschiedenes Schuldverhältnis, kraft dessen der Empfänger der Ware dem Hingeber, der nicht Verkäufer ist, zur Zahlung des Preises verpflichtet ist (RG 54, 213; 88, 70; LZ 1912 Sp 573; 08 Sp 167; OLG 23, 23). Es liegt eine vom Verkäufer ausgehende Doppelanweisung vor, kraft deren der eine Angewiesene ermächtigt wird, gegen Zahlung der Vinkulationssumme, in der Regel ein auf die Ware gegebener Vorschuß, dem Käufer die Ware auszuhändigen, der andere Angewiesene aber ermächtigt wird, den Preis an den Dispositionsbefugten statt an den Verkäufer Zug um Zug gegen Empfang der Ware zu zahlen. Entwickelt hat sich dieses Geschäft dadurch, daß zwischen den Verkäufer in Galizien, Rußland usw. sich eine Bank einschob, die dem Verkäufer zum Aufkauf der Ware Kredit gab und sich dafür diese zu Eigentum übertragen ließ (vgl. auch RG 99, 21).

h) Vom Darlehen. Erwerb eines Wechsels zwecks Diskontierung ist Kauf, wenn aber jemand einem andern Geld gibt gegen Ausstellung oder Akzept eines Wechsels, wird dieser nicht als Gegenleistung übertragen, sondern zur Sicherung einer schon bestehenden oder zu begründenden Darlehnsforderung gegeben. Nach RG 21. 9. 07 I 68/07 soll ein Darlehen und daneben ein Wechselkauf vorliegen, was abzulehnen ist.

i) Von der Zahlung einer Schuld eines Dritten als Intervenient, wie bei der Einlösung von Zinsscheinen durch den Bankier, sofern die Einlösungspflicht übernommen ist. Es kann aber auch Kauf der Zinsscheine vorliegen (ZHR 23, 509).

k) Von der Verpfändung, mit der sich namentlich der Sicherungskauf nahe berührt (RG 43, 394; SeuffA 58, 237; 62, 6), der regelmäßig kein Scheingeschäft ist (SeuffA 62, 6).

l) Vom Pachtvertrag. Dieser liegt namentlich vor, wo der Eigentümer einem andern die Einräumung von schuldrechtlichen Befugnissen zum Abbau und zur Gewinnung von Torf, Kohlen, Kies oder andern Mineralien auf einem Grundstück überläßt. Hier verpflichtet sich der Grundstückseigentümer nicht zur Überlassung bestimmter Sachen und erfüllt vollständig, ohne daß irgendeine Ausbeutung stattfindet (RG 6, 7; 27, 279; 94, 280; JW 01, 266[38]; 03, 131[21]; 09, 451[2]; Gruch 53, 964). Im wesentlichen Auslegungsfrage (RG 23. 11. 03 VI 512/02). Wird bei einem Pachtvertrag zur Gewinnung von Kohlen dem Pächter gestattet, Tiefbohrungen vorzunehmen, und sind sie vom Pächter vorgenommen worden, so liegt hierin noch nicht die Einräumung des Pachtbesitzes am Grundstück (RG JW 1919, 379[6]). Bei Pacht erwirbt der Berechtigte die Früchte unmittelbar nach § 953, bei Kauf ist noch ihre Übereignung erforderlich. Bei Pacht ist dem Berechtigten Besitz an der nutzbaren Sache selbst einzuräumen (§§ 581, 536), beim Kauf nicht (RG 26, 219).

m) Vom Gesellschaftsvertrag, bei dem die Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zweckes wesentlich ist (RG Gruch 51, 956). Daß der Vorteil bei beiden Teilen Hand in Hand geht, reicht noch nicht aus (RG JW 07, 103[5]). So ist das Conto-a-metà-Geschäft ein Ankauf auf eigenen Namen, wenn schon auf gemeinsame Rechnung. Die Beteiligung des andern tritt aber nicht hervor (RG Warn 1916 Nr 209; JW 05, 719[10]).

n) Vom Speditionsvertrag. Besondere Anweisungen des Käufers an den Verkäufer wegen Versendung der Ware begründen nur unter besonderen Umständen einen Speditionsvertrag neben dem Kaufvertrag, in der Regel sind sie Nebenbestimmungen im Rahmen des

Kaufvertrags (ROHG 8, 10; 13, 325). Letztenfalls haftet daher der Verkäufer nur für Anwendung allgemeiner kaufmännischer Sorgfalt, nicht nach den strengeren Grundsätzen der Spedition.

o) Vom Differenzgeschäft nach § 764.

p) Keine Verkäufe, sondern öffentliche Ausspielungen nach StGB § 286 sind der Warenvertrieb in Form des Gella-, Hydra- oder Schneeballensystems oder ähnlichen (RG 60, 379).

q) Von der Leihe. Vgl. jedoch bezüglich des Möbelleihgeschäfts unten unter 5.

4. Die **Form** des Kaufvertrags ist frei (§ 125). Im Handelsverkehr ist aber schriftliche Bestätigung üblich. Ausnahmen, die gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfordern (§ 128), bestehen für Kaufverträge über:

a) Das gegenwärtige Vermögen des Verkäufers in seiner Gesamtheit (§ 311; vgl. hierzu RG 69, 420; 76, 1; Warn 1917 Nr 49). Daß das verkaufte Geschäft das ganze Vermögen bildet, macht § 311 noch nicht anwendbar.

b) Den gesetzlichen Erbteil oder Pflichtteil unter den künftigen gesetzlichen Erben (§ 312).

c) Grundstücke (§ 313).

d) Den Pfandverkauf (§§ 1233, 1273; ZPO §§ 816ff., ZVG §§ 66ff.).

e) Den Erbschaftskauf (§ 2371).

f) Den Anteil bei Gesellschaften m. b. H. (RGes. v. 20. 4. 92 § 15).

5. Arten des Kaufes. Vom BGB besonders geregelt sind der Kauf nach Probe (§ 494), Kauf auf Probe (§ 495), Wiederkauf (§ 497), Vorkauf (§§ 504ff.), der Gattungskauf (§ 480), Viehkauf (§ 481), der Kauf mit Eigentumsvorbehalt (§ 455). Vom HGB § 375 geregelt ist der sog. Spezifikationskauf, besonders in der Eisen- und Textilindustrie, sowie in Holz-, Papier- und Briketthandel. Bei dem Spezifikationskauf fehlt es noch an genauer Bestimmung des Leistungsinhalts, nicht zu verwechseln mit dem „Kauf auf Abruf", wo nur die Leistungszeit noch bestimmt wird, immer aber ist jedenfalls die Vereinbarung eines bestimmten Grundstoffs erforderlich. Das Abzahlungsgeschäft wird vom RGes. v. 16. 5. 94 geregelt. Darin sind den Abzahlungsgeschäften die Möbelleihverträge gleichgestellt.

Daneben sind noch hervorzuheben der einer besonderen gesetzlichen Regelung entbehrende

a) Kauf zur Probe. Das alte HGB Art 341 bestimmte: „Ein Kauf zur Probe ist ein unbedingter Kauf unter Hervorhebung des Beweggrunds." Er enthält jedoch häufig mehr: der Verkäufer verpflichtet sich zugleich zu einer besonderen Nebenleistung, nämlich dem Käufer die Gelegenheit zur Erprobung auf bestimmte und als ungewiß behandelte Eigenschaften zu gewähren. Er hat daher den Probegegenstand nicht nur frei von Rechten Dritter zu verschaffen, sondern alle Maßnahmen zu treffen, die die Erprobung für den Käufer ermöglichen. Im Sprachgebrauch werden häufig Kauf „zur Probe" und „auf Probe" miteinander verwechselt (ROHG 2, 188).

b) Kauf auf Kondition (im Buchhandel). Hier kauft der Käufer die Ware unter der aufschiebenden Bedingung, daß er sie entweder weiterverkauft oder bis zum Ablauf einer bestimmten Frist nicht zurückgibt. Der Sortimenter ist nicht Trödler, sondern verkauft das Buch als eigenes, er erwirbt auch unmittelbar mit Ablauf der Rückgabefrist ohne Zahlung des Kaufpreises das Eigentum.

c) Der Lieferungskauf ist vom Werklieferungsvertrag zu unterscheiden. Er hat zum Inhalt die Verpflichtung, einem andern eine Sache zu beschaffen, die er selbst zu diesem Zweck sich erst anschafft, gleichviel ob der Dritte, von dem er sie bezieht, sie erst herstellt oder nicht. Die Herstellung selbst aber ist nicht in obligatione, daher ein reiner Kauf.

d) Sukzessivlieferungsvertrag. Er ist ein einheitlicher Vertrag auf Lieferung einer festbestimmten Menge gegen ein festbestimmtes Entgelt, bei dem in Abweichung von § 266 gerade vereinbart ist, daß die Erfüllung in zeitlich getrennten bestimmten Raten erfolgen und für jede Rate eine abgesonderte Zahlung geleistet werden soll. Dadurch wird die Teilleistung, die in Hinblick auf das Ganze und die Zukunft noch eine unvollständige Gesamtleistung ist, doch in Hinblick auf die Gegenwart und als Rate zur Volleistung (ROHG 13, 78; RG 61, 130). Der „Kauf auf Abruf" ist häufig, aber nicht notwendig ein Sukzessivlieferungsvertrag (RG Recht 09 Nr 2925). Es genügt überall statt der Bestimmtheit die Bestimmbarkeit. Die Grenze, wo diese aufhört und dann bei völliger Unbestimmbarkeit nur noch ein Vorvertrag anzunehmen ist, ist flüssig. So kann die Biermenge durch den objektiv feststellbaren Bedarf des Wirtes genügend bestimmbar sein. Ist sie dagegen der bloßen Willkür des Wirtes überlassen, liegt nur ein Vorvertrag vor. Bei einem Milchlieferungsvertrag ist die Menge der Lieferung in den einzelnen Zeitabschnitten, aber häufig nicht deren Zeitpunkt bestimmbar. Übernimmt nur eine Partei die Verpflichtung zur Lieferung und hat die andere nur das Recht der Abnahme, wie bei Gaslieferungsverträgen, liegt meist nur Vorvertrag vor, dagegen bei Bestimmbarkeit der Menge und Verpflichtungsübernahme, wie etwa die Gasverträge mit Fabriken, ein fester Lieferungsvertrag. Ebenso bei Wasser- und Elektrizitätslieferungsverträgen.

e) Bezugsvertrag ist ein dem Sukzessivlieferungsvertrag ähnlicher Vertrag, der sich von diesem aber dadurch unterscheidet, daß der Käufer seinen ganzen, im einzelnen jetzt noch nicht feststellbaren Bedarf oder die gesamte Produktion des Lieferers kauft. Immerhin ist die Warenmenge dann künftig feststellbar. Der Bierlieferungsvertrag ist ein Beispiel für die Bestimmung nach dem eigenen Bedarf. Verbunden damit ist dann die Verpflichtung des Beziehers, keine andere Ware gleicher Art von dritten Seite zu beziehen. Für Bayern vgl. hierzu AG.BGB Artt 13, 14. Bei den Produktionsabnahmeverträgen darf der Verkäufer an niemand andern als den Bezieher liefern (ROHG 19, 331; RG 78 S. 14, 385; LZ 07, Sp. 428; OLG 13, 410; 17, 386).

f) Hand- oder Realkauf. Hierzu vgl. zu 2.

g) Vinkulationskauf vgl. zu 3g.

h) Sicherungskauf vgl. zu 3k. Er ist ein wirklicher Kauf mit Rückkaufsrecht oder Rückkaufspflicht.

i) Haftungskauf vgl. unten zu 6a.

k) Kauf in Bausch und Bogen vgl. unten zu 6a.

l) Kredikkauf und Vorzahlungskauf vgl. unten zu 9b bb.

m) Kauf auf Abruf vgl. zu 5c und unter 9b bb.

6. Gegenstand des Kaufvertrags ist alles, was in Umtausch gegen Geld gegeben werden kann. Wenn das BGB nur Sachen und Rechte erwähnt, so hat es dadurch den Umsatz von Dingen, die wirtschaftlich als selbständige Substrate und Gegenstände des Umtauschs behandelt werden, von der gleichartigen Regelung nicht ausschließen wollen. Hierfür spricht schon, daß es den Erbschaftskauf als Kauf anerkennt. Das erhellt ferner aus Prot 2, 51, wo anerkannt wird, „daß auch all die Werte als Sachen und Rechte Gegenstand des Kaufes sein können (insbesondere der Verkauf eines Geheimnisses, einer Kundschaft, die Gewinnchance bei der emtio spei)". In derartigen Fällen sind daher die Bestimmungen vom Kauf gleichfalls anzuwenden, nach RG 63, 59; 67, S. 86, 386 entsprechend, nach Gierke unmittelbar.

a) Sachen sind körperliche Gegenstände beweglicher und unbeweglicher Art nach § 90, einschließlich ihrer Bestandteile (§ 93) und im Zweifel ihres Zubehörs (§ 314). Auch Wasser (RGSt 14, 121), Dampf (RGSt 44, 335) und Gas (RGSt 11, 117) sind Sachen, nicht „Kräfte" wie Elektrizität. Lieferungsverträge über Licht sind Werkverträge (RG 17, 269), es handelt sich um Lieferung eines Erfolgs von Arbeit, der Licht- oder Kraftwirkung, die Mitlieferung der Zähler geht im Hauptvertrag auf. Wie Verträge über Elektrizität sind auch Verträge über Lieferung von Wärme zu beurteilen. Wertpapiere, Kuxe (RG 54, 351) sind Gegenstände des Kaufes als Sachen, gleichviel, ob gültig ausgestellt oder nicht. Ebenso Wechsel beim Diskontierungsgeschäft. Dieses ist in der Regel Kauf eines noch nicht fälligen Wechsels gegen ein Entgelt, das durch die um den Zwischenzins nebst einer Provision gekürzte Wechselsumme bestimmt wird (RG 93, 23). Vgl. auch zu 3h. Geld ist als solches Mittel, nicht Gegenstand des Güterumsatzes, es können aber Geldstücke und Geldsorten auch Gegenstände des Kaufes sein (Jubiläumsmünzen, Sterbetaler, ausländisches Geld, RG 38, 2; 15, 44). Über Geldwechseln vgl. zu 3b. Auch Sachgesamtheiten können Gegenstand eines einheitlichen Kaufes sein, wie Inventar eines Geschäfts, eines Gasthofs (ROHG 21, 204), insbesondere bei „Kauf in Bausch und Bogen" („en bloc"). Die Bestimmung der Sache als Kaufgegenstand erfolgt derart, daß nur mit dem Einzelgegenstand und nicht mit einem andern erfüllt werden kann (RG 70, 423), Spezieskauf, oder so, daß alle Sachen gleicher Gattung zur Erfüllung der Verpflichtung geeignet sind, Gattungskauf (§§ 243, 480). Dazwischen steht der beschränkte Gattungskauf (Milch aus bestimmtem Gut, Zinn von Insel Banga), JW 01, 209, und der Ausscheidungskauf: aus einem speziell bestimmten größeren Ganzen wird ein durch Messen, Wägen oder Zählen bestimmbarer Teil verkauft. — α) Die Sache braucht zur Zeit des Kaufabschlusses noch nicht vorhanden zu sein, sie kann als eine künftige verkauft werden (emtio rei speratae). Der Kauf ist dann von Rechts wegen durch ihre künftige Entstehung bedingt. Hierher gehört der Kauf von Früchten einer Ernte, der Ausbeute eines Steinbruchs, der Milcherzeugung (JW 03, 131[24]), eines Hauses auf Abbruch. Letzterer ist kein Grundstücksveräußerungsvertrag (RG 60, 317; 62, 137), bedarf daher nicht der Form des § 313. Verkauf der „nächsten 35 Tonnen Erz einer Grube" ist kein beschränkter Gattungskauf, sondern Spezieskauf einer erst zu erzeugenden zukünftigen Sache. Sobald die Tonnen gefördert sind, treten sie als der von vornherein vorgestellte Kaufgegenstand in die Erscheinung, ohne daß es noch einer Ausscheidung bedürfte (RG 92, 371). Der Verkauf einer künftigen Sache ist nicht mit einem Lieferungskauf zu verwechseln, bei dem sich der Verkäufer zur Herstellung verpflichtet; vielmehr geht hier die Verpflichtung des Verkäufers nur dahin, der Entstehung der künftigen Ware nicht entgegenzuwirken (ROHG 1, 141). Beim Verkauf eines Waldbestandes hat der Käufer zwar das Recht, das Holz zu schlagen, das „Holzungsrecht" läßt sich aber nicht dinglich durch Eintragung sichern (RG 60, 317; 78, 36). Etwas anderes als der Kauf einer künftigen Sache ist auch der Kauf einer Gewinnchance (emtio spei, Hoffnungskauf), wenn vereinbart wird, daß der Preis auch zu zahlen ist, wenn

die Sache nicht entsteht (RG 77, S. 224, 344), so beim Kauf eines noch nicht gezogenen Loses, eines Fischzugs. Ist das Los tatsächlich schon gezogen, liegt kein Hoffnungskauf vor (RG 6, 290). — β) Die Sache braucht dem Verkäufer nicht zu gehören, die ihm obliegende Verschaffungspflicht kann er an sich auch beim Verkauf einer fremden Sache erfüllen, wenn er das fremde Eigentum beseitigt, dazu bedarf es auch nicht erst des Durchgangs durch das Eigentum des Verkäufers, die Übertragung kann unmittelbar durch den dritten Eigentümer erfolgen (RG 54, 213; 74, 354).

b) Rechte im weitesten Sinn, hierunter fallen namentlich auch Forderungen. Ferner Erbbaurechte, alle Rechte auf Nutzungen, auch wenn sie nur ihrer Ausübung nach übertragbar sind, gewerbliche Gerechtigkeiten (Apotheker-, Schankgerechtigkeit, Bohrgerechtigkeit, Berggerechtigkeit), dingliche Rechte an Sachen, wie Hypotheken, alle gewerblichen Schutzrechte (Namen, Firma, Geschäftsbezeichnung, Warenzeichen, Patente usw., RG 45, 147; Recht 05, 317), sowie alle Urheberrechte. Wiederkauf von Renten, die auf dem Grundstück lasten, kann ebenfalls Kauf sein. Das verliehene Recht, den Titel als Hofapotheke zu führen, kann Gegenstand eines Kaufes sein (RG Warn 1914 Nr 283). Die Übertragung der gewerblichen Verwertung eines Patents durch einen Lizenzvertrag ist kein Kauf, sondern ein Vertrag eigener Art (RG 54, 272; 57, 38; 78, 363), der dem Lizenznehmer in der Regel nur ein persönliches Forderungsrecht auf Benutzung des Patents verleiht. Doch kann er zum Kauf werden, wenn in der Person des Lizenznehmers ein besonderes absolutes Recht entstehen soll und dieses Gegenstand der Übertragung ist, nicht bloß die gewerbliche Ausnutzung gewährt wird (JW 07, 136[17]). Die Patenturkunde ist nur Beweisurkunde. Bei Geschäftsanteilen ist zwischen dem Recht und der wirtschaftlichen Beteiligung zu unterscheiden (RG 83, 180; 86, 48). Der Rechtskauf hat zum Teil eine besondere Regelung in § 437 erfahren. Das BGB behandelt den Sachkauf und den Rechtskauf als zwei gesonderte Arten des Kaufes, für die es zum Teil besondere Vorschriften gibt (RG 56, 255; 63, 60; 90, 243).

c) Wirtschaftliche und rechtliche Lagen und Zustände, sowie immaterielle Güter, sofern sie einer Überleitung vom Verkäufer auf den Käufer, also eines Umsatzes, fähig sind. Das Gesetz selbst hebt den Erbschaftskauf hervor (§ 2371), es kommen auch sonst einheitliche Vermögensmassen (universitates iuris) in Betracht, ferner kaufmännische und gewerbliche Unternehmungen, wie schon aus HGB § 25 folgt, oder Erwerbsgeschäfte schlechthin in ihrer Eigenschaft als organisierte Substrate einer gewerblichen Tätigkeit, als „Betriebe" (RG 63, 57; 68, 54), so z. B. ein Pensionat (RG 67, 86), Zeitungsunternehmen (RG 70, 220), eine ärztliche Praxis (RG 66, 39). Vgl. hierzu unter 1. Bei diesen ist zu unterscheiden, ob Gegenstand des Kaufes ist das im Geschäft steckende Betriebsvermögen allein (Grundstücke, Kapitalien, Warenvorräte, Inventar) oder das Unternehmen als immaterielles, durch Arbeit geschaffenes Gut, als organisierter Betrieb, zu dem als Bestandteile gehören Firma, Warenzeichen und andere gewerbliche Schutzrechte, geschäftlicher Ruf, Kundschaft, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse usw. (RG 70, 22; 68, 53). Das Unternehmen und das Geschäftsvermögen können je selbständig veräußert werden (RG 70, 224; 68, 49; RGSt 28, 277), ebensogut aber als ein zusammengehöriges Ganzes (RG 78, 270). Auch bei einer G. m. b. H. ist zwischen den einzelnen Geschäftsanteilen und dem Geschäftsvermögen als Objekt der in jenen enthaltenen rechtlichen Verfügungsmacht zu unterscheiden, es können daher als Kaufgegenstand nicht nur die einzelnen Geschäftsanteile, sondern auch das Geschäftsunternehmen in Betracht kommen, worauf dann die Grundsätze von § 459 Anwendung finden (RG 98, 289). Etwas anderes ist auch nicht in RG 86, 147 ausgesprochen. Auch besondere kaufmännische und gewerbliche Kenntnisse und Gedanken können als immaterielle Güter übertragen werden, wie (unpatentierte) Erfindungen, Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, Rezepte; ihre Veräußerung ist ein Kauf, keineswegs ein Vertrag eigener Art, wie RG in Warn 1914 Nr 214 meint. Der Gedanke muß sich freilich mit festem Inhalt gefüllt haben, nicht bloß unbestimmte vage Pläne enthalten (Gruch 58, 655; Recht 1913 Nr 3227). Eine andere Frage ist dagegen, inwieweit die Gewährleistungsansprüche entsprechende Anwendung finden (vgl. hierzu bei § 459 und RG JW 1914, 674[2]). Die „Kundschaft" als solche ist allerdings kein Gegenstand, der übertragen werden könnte, wohl aber die gewerbliche Stellung, die jemand einnimmt und an die sich natürliche Beziehungen zu dem Kundenkreis knüpfen. Diese Stellung kann aufgegeben und einem andern eingeräumt werden, was einer Übertragung wirtschaftlich gleichkommt (RG 95, 57; JW 06, 389[7]). Die gewerbliche Stellung ist im gewerblichen Unternehmen verkörpert und lokalisiert und wird daher gleichzeitig in der Regel mit diesem übertragen (RG 63, 57; Gruch 51, 901).

Was von künftig erst entstehenden und dem Verkäufer nicht gehörigen Sachen unter a gesagt ist, gilt gleichermaßen auch für die unter b und c genannten Kaufgegenstände.

d) Waren im engeren Sinne des Handelsrechts als Gegenstände des Handelskaufs sind nur bewegliche körperliche Sachen (HGB § 1 Abs 2 Nr 1), denen die Wertpapiere ausdrücklich an die Seite gestellt werden, also namentlich nicht Grundstücke. HGB §§ 373ff. haben nur diese im Auge (RG 26, 43).

e) Die Verpackung („Tara") ist im Zweifel nicht Gegenstand des Kaufes (ROHG 13, 167; OLG 14, 381). Dies gilt auch für Säcke.

7. **Der Preis** muß in Geld bestehen. Geld können sein die Währungsmünzen und die mit Annahmezwang versehenen Banknoten, ebenso andere Münzen und Scheine, soweit diese, wie ausländische, nicht Ware sind. Bei Doppelwährung ist Goldklausel von Bedeutung. Über Unverbindlichkeit von Zahlungsvereinbarungen in Gold während des Krieges BVO v. 28. 9. 14 (RGBl 417). Über Ersatz der Goldmünzen durch Reichskassenscheine und Reichsbanknoten während des Krieges RGes. v. 4. 8. 14 (RGBl 326). Zulässig ist die Vereinbarung, daß der festgesetzte Kaufpreis durch Hingabe eines Gegenstandes an Erfüllungs Statt gewährt werde, sowohl bei als nach Abschluß des Vertrags (ROHG 11, 226). Grenzfall mit Tausch (RG in LZ 07 Sp 235). Auch Gestattung der Abarbeitung des Preises beläßt es bei Kaufvertrag (SeuffA 59, 56). Der Preis muß bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein (§ 315). Bestimmbar ist er auch, wenn er z. B. nach einer bestimmten Quote der Einnahmen des verkauften Geschäfts während einer bestimmten Zeitdauer bemessen wird. Das Geschäft wird dadurch noch nicht zu einer Gesellschaft. Ob der Käufer vor der vereinbarten Zeit den Betrieb aufgeben kann und dann noch Zahlungen zu leisten hat, richtet sich nach Treu und Glauben im Einzelfall (RG 95, 37). Die **Preisbestimmung** erfolgt

a) als fester Preis bei Vereinbarung. Dieser kann berechnet werden als Einheitspreis für die Wareneinheit, so daß sich die Summe aus Zahl, Maß und Gewicht der Ware ergibt, oder als Gesamtpreis, wie namentlich beim Kauf in Bausch und Bogen. Es können dabei verschiedene Umstände berücksichtigt werden, wie Zölle beim Transitpreis (RG 94, 247 u. a.). Fehler in der Preisberechnung (Kalkulation) sind in der Regel unbeachtlich. Die Bestimmung kann auch einem Dritten überlassen werden, so auch bei Arbitrageabrede wegen Preisminderung (RG 73, 259); ferner dem Vertragsgegner selbst. Unter Selbstkostenpreis sind die gesamten Gestehungskosten zu verstehen, die sich zusammensetzen aus dem Einstandpreis, den besonderen Betriebsunkosten und dem Anteile an den allgemeinen Betriebsunkosten, Kapitalzinsen, Risikoprämie und Unternehmerlohn. Unter Fabrikpreisen, Originalfabrikpreisen sind die Preise zu verstehen, die die Fabrik dem Zwischenhändler beim Verkauf im großen berechnet, ohne Zuschlag der Kosten eines etwaigen eigenen Vertriebs an das Publikum in Verkaufsstellen (RG Warn 1914 Nr 201). Syndikatspreise sind die Preise, die das betreffende Syndikat jeweilig festsetzt (RG LZ 1912, 863[3]).

b) Als Markt- oder Börsenpreis (§§ 385, 453). Marktpreis ist der allgemein vorhandene Durchschnittspreis zur Erfüllungszeit am Erfüllungsort. Es ist aber zwischen dem normalen Marktpreis des Friedens und dem Preis infolge der Notmarktlage des Krieges zu unterscheiden. Letztere ist keine Grundlage mehr für die Bildung eines angemessenen Preises (RGSt 51, 259; 52, 30). Soll der Preis nach künftiger schwankender Marktlage bestimmt werden und ist ein Höchst- oder Mindestpreis festgesetzt worden, dann hat die Abrede den Zweck, das Geschäftsrisiko der Parteien zu begrenzen (RG 94, 339). Der Börsenpreis ist eine Unterart vom Marktpreise, der in der Reel, aber nicht notwendig durch amtliche Ermittlung (Kursmäkler) festgestellt wird. Bei Wertpapieren wird der Börsenpreis im „Kurs" ausgedrückt, sofern sich dieser nicht nur auf Angebot (B = Brief) oder Nachfrage (G = Geld), sondern den wirklich stattgehabten Umsatz bezieht („bez.").

c) Der laufende oder ortsübliche Preis des HGB §§ 385, 373 Abs 2 ist im Gegensatz zum Marktpreis der jeweilige Durchschnittspreis an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit.

d) Der Ladenpreis oder kundenübliche Preis ist im Zweifel der besondere Preis des bestimmten Einzelladens, in dem die Ware feilgeboten wird, der Preis, den auch andere Kunden des Verkäufers zahlen (JW 05, 436[16]), nicht der allgemeine in den Läden des Ortes sonst übliche. Das schließt nicht aus, daß abnorme Abweichungen von den sonst in den Läden des Ortes üblichen Preisen die Anfechtung wegen Irrtums, arglistiger Täuschung usw. begründen können.

e) Der angemessene Preis bei Waren ohne Markt- oder Ladenpreis wird nach BGB § 315ff. bestimmt.

f) Gesetzliche Normierung des angemessenen Preises findet statt in den behördlichen Preistaxen (RGewO § 80 Abs 1, z. B. für Apothekerwaren) und den damit wesensverwandten Höchstpreisen und Richtpreisen (BVO v. 8. 5. 18). Vgl. zu A 1. Davon zu unterscheiden sind die Selbsttaxen, zu deren Aufstellung einzelne Gewerbetreibende verpflichtet sind (RGewO §§ 73—75, z. B. Bäcker, Gastwirte). Die Vereinbarung eines niedrigeren Preises ist bei beiden Arten zulässig, die Vereinbarung eines höheren nichtig (RGewO § 79).

g) Wenn der Preis mit „zirka", „etwa", „gegen" und ähnlichen Ausdrücken umschrieben wird, ist in der Regel anzunehmen, daß die Grenze der Angemessenheit den Ansatz nicht nach oben und unten wesentlich übersteigen darf, aber doch auch preismindernde Umstände zu berücksichtigen sind. Im Einzelfall kann die Bestimmung auch besagen, daß der Ansatz als Mindestpreis immer gefordert werden, nötigenfalls aber ein mäßiger Zuschlag gemacht werden

kann. — Ein angemessenes **Wertverhältnis** zwischen Preis und Ware wird bei der Vertragsfreiheit im allgemeinen nicht erfordert, einen Rechtsbehelf der laesio enormis kennt das Gesetz nicht mehr. Die Anwendung der Vorschriften wegen Wuchers (§ 138) und bei Gegenständen des täglichen Bedarfs wegen übermäßigen Gewinns nach BVO v. 8. 5. 18 gegen Preistreiberei liegt auf anderem Gebiete. Der Verkäufer ist für die Vereinbarung des Kaufpreises nach a—q und seine Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit beweispflichtig (**RG** 68, 305; JW 07, 175).

8. Die **Verpflichtungen des Verkäufers** gehen schon nach dem Kaufvertrag und abgesehen von besonderen Zusicherungen

I. beim Kauf von **Sachen** auf die beiden selbständig nebeneinanderstehenden Leistungen der Übergabe, d. h. Besitz und Genußverschaffung und der Eigentumsverschaffung. Erst wenn beide Leistungen erfüllt sind, liegt vollständige Erfüllung des Kaufvertrags vor; solange nur die eine Leistung gewährt worden ist, ist lediglich Teilerfüllung vorhanden, und mit jeder von ihnen kann der Verkäufer in Verzug kommen (**RG** 85, 322; 95 S. 106, 322), Unmöglichkeit der Erfüllung eintreten usw. Es liegt nicht nur eine einheitliche Verpflichtung vor, die sich nach zwei Richtungen hin äußert. So soll bei Übergabe der Sache unter Eigentumsvorbehalt die vollständige Erfüllung des Kaufvertrags erst in der Zukunft eintreten (**RG** 64 S. 209, 334; 66, 344; 95, 107). Voraussetzung ist vollwirksamer Vertrag (**RG** 98, 246).

a) Die Verpflichtung zur **Übergabe** enthält die Verpflichtung, dem Käufer den unmittelbaren, körperlichen Besitz an der Sache mit Zubehör zu verschaffen (§ 854). Wird diese körperliche Übergabe durch einen Besitzvertrag ersetzt, der nur mittelbaren Besitz schafft (§ 930), constitutum possessorium (LZ 1917, 1279), so liegt darin ein Erlaß auf unmittelbare Besitzverschaffung seitens des Käufers, der von dessen freiem Willen abhängt. Das gleiche gilt für die Abtretung des Herausgabeanspruchs (§§ 870, 931). Zu unterscheiden ist jedoch, ob etwa der Abtretungsanspruch selbst Gegenstand des Kaufes ist. Die Übergaben durch Dispositionspapiere (Konnossemente der Seeschiffer, HGB § 647, Ladeschein der Frachtführer, HGB § 450; indossierte Ladescheine der staatlich zur Ausstellung solcher Urkunden ermächtigten Anstalten, HGB § 424) sind keine Ersatzübergaben wie im Falle BGB §§ 930, 931, sie verschafft dieselben dinglichen Rechte an dem Gut wie die Übergabe des Gutes selbst (**RG** 52, 354; 57, 62; 98, 166; JW 04, 215[33]). Immerhin bezieht sich die Pflicht des Verkäufers aus § 433 auf die Verschaffung des körperlichen Besitzes der Sache selbst, es ist daher zu unterscheiden, ob ein Kauf gegen Dispositionspapiere abgeschlossen ist oder nicht. Letzterenfalls braucht sich der Käufer mit dem Anbieten eines solchen Dispositionspapiers nicht zu begnügen und kann körperliche Übergabe der Sache selbst verlangen (**RG** JW 01, 654[14]), ersterenfalls aber enthält vertraglich die Übergabe des Dispositionspapiers die Übergabe der Kaufsache und es knüpfen sich an die Übergabe dieses Papiers dann auch alle gesetzlichen Folgen der Übergabe der Sache selbst, z. B. Gefahrübergang (**RG** 52, 354). Vgl. § 446. Beim Versendungskauf ist die Besitzverschaffungspflicht durch § 447 begrenzt (**RG** 49, 76; 59, 23). Die Pflicht zur Übergabe wird auch dadurch erfüllt, daß der Verkäufer die Ware auf Anweisung des Käufers einem Dritten, etwa dem Abkäufer des Erstkäufers, übergibt (**RG** 74, 354; Gruch 60, 992); selbstverständlich steht dem auch die Übergabe an den Vertreter des Käufers gleich. Bei Übergabe an den Spediteur ist zu prüfen, ob dieser Vertreter des Verkäufers oder des Käufers sein soll. Die körperliche und unmittelbare Besitzübertragung ist ein zweiseitiger Akt; der Übergabe entspricht die Annahme, erstere ist eine Tätigkeit des Verkäufers, letztere eine solche des Käufers. Beide aber bilden ein zusammengehöriges Ganzes derart, daß der eine Akt ohne den andern nicht möglich ist. Bei diesem Zusammenwirken also, dessen Erfolg der Übergang des Besitzes ist, hat der Verkäufer seiner übernommenen Verpflichtung gemäß mittätig zu sein. Verschieden von der Übergabe ist die Ablieferung. Diese ist nicht Teil eines Gesamtaktes, nicht Teil eines Zusammenwirkens von Verkäufer und Käufer, sondern lediglich ein selbständiger und einseitiger Akt des Verkäufers, durch den er den Käufer in die Lage setzt, nunmehr seinerseits wiederum durch einen selbständigen und einseitigen Akt über die Ware zu verfügen und ihre Beschaffenheit zu untersuchen (HGB § 377; ROHG 3, 392; 6, 167; **RG** 73, 379; 91, 290; JW 08, 431[2]). Die Ablieferung ist also ein rein tatsächlicher Vorgang, der sich durch irgendwelche Verabredungen nicht ersetzen und ummodeln läßt, er hat nicht notwendig den Besitzerwerb im Sinne des Rechtes zur Voraussetzung (OLG 10, 411; Gruch 43, 760). Auch bei Versendungskäufen erfolgt die Ablieferung daher regelmäßig erst am Bestimmungsort, wo der Käufer die Sache abnimmt (Warn 1911 Nr 230), der vom Erfüllungsort der Vertragsleistung verschieden sein kann. Verschieden ist endlich sowohl von der Übergabe wie von der Ablieferung die Ankunft der Ware, worunter lediglich das Eintreffen am Bestimmungsort zu verstehen ist („Zahlung des Kaufpreises bei Ankunft der Ware", JW 04, 46[16]). Bestritten ist, ob der Verpflichtung zur Übergabe aus dem Kaufvertrag die weitere Verpflichtung zur Seite steht, die Sache **frei von Fehlern zu übergeben,** oder ob lediglich eine Haftung nach § 459 eintritt, wenn die Sache Fehler hat. In § 433 ist ein Grundsatz für die Beantwortung der Frage nicht aufgestellt. Aber soweit Gattungssachen als Gegenstände des Kaufes in

Frage kommen, ist in § 480 ausdrücklich bestimmt, daß der Käufer nicht nur die Wandlung oder Minderung verlangen kann, sondern anstatt ihrer Nachlieferung einer mangelfreien Sache. Für Käufe von Gattungssachen besteht sonach nach der Meinung des Gesetzes die Verpflichtung des Verkäufers, mangelfreie Sachen zu liefern. Durch Ausscheidung einer Sache mittlerer Art und Güte aus der Gattung und Bestimmung zum Erfüllungsgegenstand ist aber die Konzentration und damit die Verwandlung in den Spezieskauf eingetreten. Gleichwohl braucht der Käufer dies nicht anzuerkennen und kann Lieferung einer mangelfreien Sache verlangen.

Aus § 480 ist aber nicht im Gegenschluß zu entnehmen, daß beim Spezieskauf die den Kaufgegenstand bildende Sache nicht mangelfrei zu sein braucht und die Verpflichtung des Verkäufers sich nicht auf Übergabe einer solchen erstrecke. Sicher ist Gegenstand des Kaufes die Sache in dem Zustand, wie sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses in ihrer konkreten Körperlichkeit befindet (§ 450), aber es entspricht der zu unterstellenden Parteiabsicht und dem Geschäftszweck, daß dieser mangelfrei und zu dem seiner Art nach dienlichen Genuß zufolge ihrer Beschaffenheit geeignet sei. Die Freiheit von Mängeln ist daher Inhalt der Verkäuferpflichten, andernfalls wäre eine Anfechtung nach § 119 Abs 2 nicht denkbar und der Ausschluß der Haftung im Falle des § 460 nicht begründet. Die Übergabe einer mangelhaften Sache enthält daher immer zugleich eine mangelhafte Vertragserfüllung (RG 53, 70; 66, 76; SeuffA 59 Nr 197), die zur Zurückweisung und Verweigerung der Annahme berechtigt und daher den Verkäufer in Verzug setzen kann, so daß § 326 anwendbar wird (RG 52 S. 2, 355; 53, 92; 86, 92). Bei Ablehnung der Annahme wegen Geringfügigkeit der Mängel kann jedoch gegen Treu und Glauben verstoßen werden (RG 53, 73; JW 05, 426[3]). Ist der Mangel nicht heilbar, liegt für den Teil, der in der Übergabe einer mangelfreien Ware besteht, Unmöglichkeit der Erfüllung vor (RG 53, 90; JW 00, 856[13]). Hat der Verkäufer die Übergabe einer mangelhaften Sache verschuldet, hat der Käufer Anspruch auf Schadensersatz (§ 276). Die Verpflichtung zur Übergabe einer mangelfreien Sache bedeutet aber nicht die Verpflichtung, eine solche herzustellen und einen etwa der Sache anhaftenden Mangel zu beseitigen. Dieses Tun ist nicht in der Verpflichtung zum Übergeben inbegriffen.

b) Die Verpflichtung zur **Verschaffung des Eigentums** geht weiter als das bloße Haften für habere licere. Sie geht auch nicht auf bloße Gewährleistung, sondern umfaßt die Verpflichtung, das seine zu tun zur Herbeiführung des rechtlichen Erfolges dahin, daß der Käufer Eigentümer wird. Der Verkäufer hat demgemäß die zur Verschaffung des Eigentums erforderlichen formgültigen Erklärungen und Handlungen vorzunehmen (§§ 929, 873, 925), namentlich bei Auflassungen von Grundstücken (vgl. auch GBO §§ 40, 41), sowie alles das zu beseitigen, was dem Eigentumserwerb des Käufers infolge mangelnder Berechtigung des Verkäufers hindernd im Wege steht. Das folgt aus § 434, wonach das Eigentum zugleich frei von es belastenden Rechten verschafft werden muß, und zwar zur Zeit des Eigentumsübergangs (RG 83, 214). Daß die Sache zur Zeit des Vertragsschlusses in fremdem Eigentum stand, macht die Erfüllung noch nicht unmöglich. Dies geschieht erst, wenn es für den Verkäufer objektiv ausgeschlossen ist, sich den Kaufgegenstand zwecks Übereignung zu verschaffen oder den Eigentümer unmittelbar zur Übereignung an den Käufer zu veranlassen (Warn 1918 Nr 158). Ebenso ist die Eigentumsverschaffung unmöglich, wenn die Sache als Kriegsbedarf beschlagnahmt oder ihre Übereignung verboten ist. Denn sie würde dann rechtsunwirksam sein (§ 134; RG 9. 1. 20 II 223/19). Bei einer Pfandversteigerung darf auch der Eigentümer der Pfandsache mit bieten (1239). Die Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, kann von einem Nichteigentümer auch durch eigene Abgabe etwa einer Auflassungserklärung wirksam erfüllt werden, wenn er dabei kraft einer Vertretungsmacht im Namen des Eigentümers handelt (§ 164) oder die Erklärung mit Einwilligung des Eigentümers abgibt oder endlich dieser sie nachträglich genehmigte (§ 185; ZBlFG 15, 35). Die Verpflichtung „aufzulassen" kann auch Inhalt einer Verurteilung sein. Damit ist der Verpflichtung aber nur dann genügt, wenn durch die bloße Rechtskraft des Urteils die als abgegeben erachtete Willenserklärung des Verurteilten zur Eigentumsverschaffung ausreicht. Andernfalls bedarf es einer weiteren Vollstreckung nach ZPO §§ 887, 888 (ZBlFG 14, 54).

Hat der Verkäufer das seine getan, was ihm zur Eigentumsverschaffung oblag, ist aber trotzdem der Erfolg des Eigentumsübergangs nicht eingetreten, so hat gleichwohl der Verkäufer seiner Leistungspflicht nach § 433 zunächst genügt und der Käufer hat die in § 440 Abs 2 genannten Rechtsbehelfe. Umgekehrt kommt die Erlangung des Eigentums dem Verkäufer auch dann zugute, wenn der Käufer es nur vermöge seines guten Glaubens erworben hat (§ 932). Aber die Erlangung des Eigentums durch Ausübung eines Hoheitsrechts (Beschlagnahme) ist keine Übergabe als privatrechtlicher Akt (RG 1. 7. 19 II 176/19). Ist der Eigentumsübergang betagt oder bedingt, wie bei Eigentumsvorbehalt, ist der Kaufvertrag noch nicht vollständig erfüllt (RG 83, 214; 64, 206).

c) Aus den Verpflichtungen unter a und b ergeben sich ohne besondere Vereinbarung ferner eine Reihe von **Nebenpflichten** für den Verkäufer auf Grund des **abgeschlossenen** Kaufvertrags schon aus dem Grundsatz des § 242, von denen nur einige ausdrückliche Regelung und Hervorhebung im Gesetz gefunden haben. Hierher gehören

aa) die Auskunftspflicht über die den Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse und die Herausgabepflicht bezüglich der den Gegenstand betreffenden Urkunden (BGB § 444). Zu diesen gehören nicht nur die Beweisurkunden, sondern auch die Dispositionsurkunden. Dagegen ist der Verkäufer einer individuell bestimmten Ware grundsätzlich nicht verpflichtet, die Ware auf ihre Tauglichkeit für den ihm bekannten Verwendungszweck des Käufers näher zu prüfen, auch wenn er Sachverständiger ist. Vielmehr ist diese Prüfung Sache des Käufers (JW 1910, 749). Ebensowenig besteht eine Verpflichtung des Verkäufers, etwaige Mängel auszubessern. Diese folgt auch nicht aus der Verpflichtung, mangelfreie Ware zu liefern; denn die Verpflichtung, zu liefern, ist von der Verpflichtung, herzustellen, verschieden. Davon zu unterscheiden ist, ob der Verkäufer das Recht zu freiwilliger Nachbesserung hat, was jedenfalls für die Zwischenzeit zwischen Abschluß des Vertrags und Übergabe der Kaufsache zu bejahen ist.

bb) Die Anzeigepflicht in bezug auf Ansprüche, die Dritte an dem Kaufgegenstand erheben, und in bezug auf Mängel der Sache zum Zweck ihrer Beseitigung durch den Käufer gerade dann, wenn der Verkäufer ihretwegen nicht haftet (OLG Braunschweig in SeuffA. 54, 31).

cc) Die Verwahrungspflicht der noch nicht übergebenen Kaufsache (Recht 1914 Nr 601), wozu bei Tieren auch ihre Fütterung und sonstige Fürsorge gehört. Zuweilen wird auch ein besonderer Verwahrungsvertrag abgeschlossen und dann ist besondere Vergütung hierfür zu zahlen, z. B. wenn Bank ein Nummerverzeichnis der gekauften Stücke übersendet.

dd) Die Erhaltungspflicht. Aus der Verpflichtung, die Sache so zu übergeben, wie sie zur Zeit des Kaufabschlusses war, und der Gefahrtragung bis zur Übergabe, ergibt sich ohne weiteres die Pflicht, sie so zu behandeln, daß sie erhalten und nicht beschädigt wird (RG 25. 3. 04 III 371/03). Diese Pflicht hat mit der Gewährleistungspflicht nichts gemein (RG 52, 18). Ein Anwendungsfall dieser allgemeinen Verpflichtung wird in § 450 behandelt. Diese Verpflichtung wird eingeschränkt in § 300. Sie kann sich steigern im Einzelfall zur Verpflichtung, die Sache zu versichern (RG 50, 169).

ee) Die Löschungspflicht hinsichtlich nicht bestehender, aber noch im Grundbuch eingetragener Rechte (§ 435).

ff) Die Pflicht, dafür zu sorgen, daß Rechte anderer an der Kaufsache gegen den Käufer nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich nicht geltend gemacht werden können (§ 434).

gg) Die Ausscheidungs- und Konzentrierungspflicht bei Gattungskauf (§ 243).

hh) Das Abmessen und Abwägen und Bereitstellen der gehörig geordneten Ware als Vorbereitung der Übergabe (§ 448; Warn 1912 Nr 200). Der Käufer kann auch Vorwiegen der Ware verlangen (OLG 20, 167), ebenso Herbeiholen zur Spezifikation, Gestattung der Untersuchung zwecks Entscheidung über die Annahme der Ware als Erfüllung (Recht 07 Nr 1628; 1910 Nr 1234).

ii) Vor allem auch die Ermöglichung einer gefahrlosen Wegnahme seitens des Käufers. Wegen Verletzung dieser Pflicht haftet der Verkäufer aus § 276. Der bloße Betrieb in einem Hause läßt aber aus Vertrag noch nicht für die Beschaffenheit der Zugänge haften, es kommt hier nur die Haftung für unerlaubte Handlung in Betracht (RG 74, 124).

d) Nach der besonderen Gestaltung des Falles und der im Verkehr üblich gewordenen Gewohnheit gelten weiter im Zweifel noch folgende Nebenpflichten als stillschweigend in besonderer Nebenverabredung mit übernommen. Diese sind nicht Nebenverpflichtung aus dem Kaufvertrag an sich, sondern aus einem verkehrsüblich mit ihm zusammen stillschweigend abgeschlossenen **Nebenvertrag.**

aa) Die Versendungspflicht beim Distanzkauf (BGB § 447) und die Überbringungspflicht auch beim Ortskauf (RG 34, 66; Recht 1911 Nr 3086), in der Regel aber auf Kosten des Käufers. Dadurch wird die Schuld nicht zur Bringschuld und der Verkäufer übernimmt auch nicht die Gefahr der Übermittlung (RG 34, 66). Anders jedoch häufig nach der Verkehrssitte, wenn der Verkäufer durch seine eigenen Angestellten die Überbringung freiwillig übernimmt. Dann wird vereinbarungsgemäß diese Überbringung auf Gefahr des Geschäftsherrn erfolgen, weil dieser allein auch die Auswahl unter den Angestellten trifft und ihre Zuverlässigkeit zu beurteilen vermag.

bb) In Zusammenhang hiermit steht die Pflicht zur Verpackung (§ 448).

cc) Bei Lieferungsverträgen, bei denen der Verkäufer erkennbar macht, daß deren Aushaltung von der Durchführbarkeit eines vorausgehenden Deckungskaufs abhängt, übernimmt der Verkäufer stillschweigend seinem Vertragsgegner gegenüber die Garantie, daß die Lieferungsverpflichtungen seines Vormanns ihm gegenüber mindestens die gleiche

Sicherheit für die Lieferung bieten, wie er selbst sie seinem Abkäufer im Lieferungsvertrage gewährleistet (RG 2. 1. 20 II 271/19).

dd) Grundsätzlich hat der lieferungspflichtige Verkäufer die der Warenlieferung entgegenstehenden Hindernisse zu beseitigen, während der Käufer, soweit nötig, auf Verlangen mitwirken muß (RG 98, 260). Es gibt aber Ausnahmen in besonderen Fällen (RG 97, 257; Warn 1916 Nr 155; 1918 Nr 216).

II. Beim Kauf von **Rechten** geht die Verpflichtung dahin, zunächst dem Käufer das Recht zu **verschaffen.** Auch hier ist diese Verschaffungspflicht von der andern Pflicht, Garantie zu leisten für den Fall, daß das Recht nicht verschafft worden ist, zu unterscheiden. Die Folgen der Nichtverschaffung sind dieselben wie bei der Nichtverschaffung des Eigentums an Sachen, wie sich aus § 440 ergibt. Der Ausdruck „haften" ist daher in § 437 ungenau, insofern damit nicht die Haftung aus der Gewährleistungspflicht gemeint ist. Als Erfüllungshandlungen kommen namentlich in Betracht die Übertragung von Forderungen (§§ 398, 413), die Indossierung von Orderpapieren, die Erklärungen vor dem Grundbuchamt (§ 873); bei Rechten, bei denen die Verfügungsmöglichkeit an eine Urkunde gebunden ist, gehört zur Erfüllung auch die Übergabe der Urkunde (RG 63, 424; §§ 1154, 1192). Bei Rechten, die an eine Urkunde gebunden sind (Wertpapiere, Inhaberpapiere), stellt die Verpflichtung zur Übergabe der Papiere die Hauptverpflichtung dar. Auch beim Rechtskauf können die Grundsätze vom gutgläubigen Erwerb durchgreifen (§ 437). Ist das verkaufte Recht nicht vorhanden, so ist darum der Kaufvertrag nicht nichtig. Der Verkäufer kann es noch begründen, wie er auch eine noch nicht vorhandene Sache, die er verkauft hat, noch herstellen kann. Nur wenn dies von vornherein unmöglich ist, ist der Vertrag nichtig. Im übrigen s. zu § 437.

Bei **Rechten, die zum Besitz einer Sache berechtigen,** hat der Verkäufer außer der Beschaffung des Rechtes auch die **Sache zu übergeben.** Hierfür gelten die für sie bestehenden Grundsätze. In Betracht kommen das Erbbaurecht (§§ 1012, 1017 Abs 2), das Nießbrauchsrecht (§§ 1036 Abs 1, 1059), das Wohnungsrecht (§§ 1093 Abs 1, 1092), pfandrechtlich gesicherte Forderungen (§§ 1250, 1251 Abs 1).

9. Die Verpflichtungen des Käufers werden als gleichwertig nebeneinander hingestellt und bestimmt als Zahlungspflicht und Abnahmepflicht.

a) Die **Zahlungspflicht.** Auch sie steht unter der allgemeinen Regel der §§ 242, 244, 245, 267, 268, 270, 362, 387, 1142, 1249; HGB § 361. Über die Rechtsnatur der Zahlung s. zu § 362.

aa) Bei Barzahlung ist mit Geld oder gleichwertigen Zahlungsmitteln (marktgängige Umlaufmittel und Schuldverschreibungen bekannter Körperschaften, LZ 1912, 458[24]), bei Empfang der Ware Zug um Zug zu leisten (§§ 271, 320). Dies gilt nicht nur für den Tageskauf, sondern auch für den Zeitkauf und den Ratenkauf. Bei Vereinbarung per comptans, sofortiger Bezahlung ist namentlich die Aufrechnung ausgeschlossen (RG 60, 356), sofern die Gegenforderung nicht aus dem Kauf selbst entstanden ist (RG 60, 294). Anders „sofortige rein netto Kasse bei Empfang der Faktura" (RG LZ 1917, 853). Bei Versendungskäufen gilt die Regel, daß der Käufer den Preis erst nach Empfang der erst von ihm zu prüfenden Ware zu zahlen braucht. Daher ist der Verkäufer nicht berechtigt, ohne weiteres die Ware mit Nachnahme zu belegen. Denn dadurch wird der Kauf zum Pränumerationskauf. Die Regel greift aber nicht Platz, wenn etwas anderes vereinbart, z. B. die Ware abredegemäß auf dem Lagerplatz des Verkäufers zu prüfen war (RG 10. 5. 07 II 12/07).

bb) Die Vorauszahlung enthält einen auflösend bedingten Verzicht auf Nachforderung des Vorausgezahlten für den Fall, daß die Kaufpreisforderung entsteht. Sie kann im übrigen verschiedenen Zwecken dienen und namentlich bei Kontokorrent verschiedene Wirkung haben (RG 38, 236; 56, 23). Der Verkäufer darf im Zweifel die Vorauszahlung nicht zurückweisen. Vorleistung findet namentlich statt bei der Vereinbarung „Kasse gegen Faktura". Der Verkäufer hat die Ware fertig zum Versand zu machen, bevor er die Faktura dem Käufer schickt, darf aber mit der Absendung der Ware warten, bis der Kaufpreis bei ihm eingeht (RG 69, 125). Dieses Rechtes begibt er sich auch nicht durch die Formel der Faktura „Sande Ihnen". Hat er dennoch vor Eingang des Kaufpreises die Ware abgehen lassen, kann der Verkäufer ihre Aushändigung an den Käufer bis zum Eingang des Kaufpreises verbieten, und der Käufer gelangt in Zahlungsverzug, wenn er nicht nach Empfang der Faktura zahlt, es sei denn, daß die Ware zu der Zeit tatsächlich noch nicht versandtbereit war, was er beweisen muß. Sind bestimmte Lieferfristen vereinbart und werden diese nicht eingehalten, bleibt an sich in der Regel die Vorleistungspflicht dadurch unberührt (Gruch 1919, 220). Kommt der Verkäufer mit der Fakturasendung in Verzug, erhält der Käufer die Rechtsstellung, als habe er den Kaufpreis vergeblich angeboten. Die Vereinbarung: „Kasse gegen Dokumente" enthält ebenfalls eine Vereinbarung der Vorauszahlung. Der Käufer muß zahlen, ehe er die Ware prüfen kann. Ist diese Prüfung aber ausnahmsweise möglich, darf er sie auch vor der Zahlung vornehmen (RG 30, 100; 47, 142). Über Vereinbarung „Kasse gegen Dokumente bei Ankunft des Schiffes" RG 90, 1; JW 1916, 1194).

cc) Bei Zahlung mit Wechseln kann die Vereinbarung bedeuten, daß der Käufer ein Akzept geben soll oder daß Kundenwechsel zu geben sind. Letztenfalls müssen diese so gut sein, daß sie der Verkäufer bei seiner Bank ohne weiteres diskontieren kann. Die Annahme der Wechsel erfolgt im Zweifel nicht an Zahlungs Statt, so daß mit der Hingabe die Kaufpreisforderung erloschen wäre (§ 364), sondern zahlungshalber, so daß erst mit der Einlösung des Wechsels und nur in dem Betrag, den der Verkäufer bei der Diskontierung dafür erhält, die Kaufpreisforderung beglichen ist (RG 35, 196; ROHG 5, 256). Eine Prolongation des Wechsels ändert daran nichts (RG Warn 09 Nr 397). Die Annahme des Wechsels oder Schecks verpflichtet aber den Verkäufer, das seine dazu zu tun, um Wechsel und Scheck einzulösen. Vor deren Fälligkeit darf er auf die Kaufpreisforderung nicht zurückgreifen, da die Annahme des Wechsels eine Stundung bis zu dessen Fälligkeit enthält (SeuffA 64 Nr 142). — Der Verkäufer ist im übrigen nicht befugt, nach Lieferung der Ware Wechsel auf den Käufer zu ziehen, falls er diese Befugnis nicht durch besondere Vereinbarung oder stillschweigend durch Verkehrsübung erhalten hat. Bei Hingabe von gefälschten Wechseln vgl. RG 82, 337; JW 1910, 470[7]; 1914, 192[9]. — Eine besondere Form ist das Wechselremboursgeschäft, namentlich bei überseeischen Geschäften (RG 92, 225). — Es vollzieht sich so, daß der Importeur den Exporteur anweist, in Höhe des Kaufpreises auf des Importeurs Bank, die Remboursstelle, zu ziehen (Wechselrembours zu nehmen), und dieser Tratte dann die Verschiffungspapiere (Konnossement, Seeversicherung usw.) beizufügen („dokumentierte Tratte"). Die Auslandsbank des Exporteurs schickt die Tratte mit den Dokumenten meist in zwei Ausfertigungen an die Remboursstelle zur Akzeptation, belastet den Importeur und übergibt ihm die Dokumente. In den Kaufvertrag aber tritt weder die Bank des Exporteurs noch des Importeurs ein.

dd) Über Stundung bei Kreditkauf s. § 452.

b) Die **Abnahmepflicht** ist in § 433 Abs 2 neben die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises gesetzt.

aa) Die Gesetzesfassung sowohl als die Beratungen in der Kommission (Prot 2, 1170) lassen erkennen, daß damit gerade für den Kauf die Abnahmepflicht als klagbare (RG 53, 162; 56, 191) Hauptverpflichtung begründet werden sollte. Ihre Vollstreckung erfolgt nach ZPO §§ 887, 888. Freilich ist sie insofern nur ein naturale negotii, als sie vertragsmäßig ausgeschlossen werden kann, ohne das Wesen des Vertrags als eines Kaufvertrags zu beeinträchtigen (RG 57, 110). Auch ist sie nicht durchweg gleichwertig mit der Zahlungsverpflichtung. Das alles macht sie aber noch nicht zu einer bloßen Nebenverpflichtung des Kaufvertrags. Der Verzug der Abnahme begründet die Verpflichtung zu Schadensersatz nach §§ 283, 286 (RG 53, 162; 57, 105; 60, 162). Ebenso sind die Vorschriften der §§ 325 Abs 1 u. 326 Abs 1 Satz 3 anwendbar. Dagegen wird die Anwendung des § 287 bei Annahmeverzug verneint (RG 57, 406). Bei Gattungskauf hat der Verkäufer auch im Falle des Abnahmeverzugs sein durch Zufall verursachtes Unvermögen zur Leistung zu vertreten, wenn nicht die Voraussetzungen für den Gefahrübergang auf den Käufer nach § 300 Abs 2 gegeben sind (RG 57, 402). Die Anwendung des § 326 im übrigen wird für unzulässig gehalten von RG 51, 110; 53, 164; 56, 171; 57, 108; 69, 107; 92, 270. Dem ist beizustimmen, weil diese weite Ausdehnung des Rücktrittsrechts auf diese Art von Verzug in der Regel nicht im Sinne des Gesetzes liegt. Damit wird aber die Abnahmepflicht selbst noch nicht zu einer bloßen Nebenverpflichtung. In besonderen Fällen kann die Anwendung auch dieser Vorschriften gerechtfertigt sein, nämlich dann, wenn auf die Abnahme dasselbe Gewicht gelegt wird wie auf Bezahlung des Kaufpreises und sie zu einer wesentlichen Voraussetzung des Vertrags gemacht worden ist. Gewöhnlich wird gesagt, die Nebenpflicht werde dann zur Hauptpflicht erhoben (RG 69, 107; 92, 270; JW 1918, 506[5]). Da Abnahmepflicht und Zahlungspflicht selbständige Pflichten aus dem Kaufvertrag sind, so muß der Klagantrag gegebenenfalls auch auf Zahlung und auf Abnahme lauten, nicht auf Abnahme gegen Zahlung (RG 5. 2. 04 II 274/03). Eine Verpflichtung zur Abnahme besteht übrigens nur dann, wenn die Sache vertragsmäßig angeboten wird (RG 53, 74). Über die Beweislast des Verkäufers, wenn der Käufer die Empfangbarkeit bestreitet, RG 66, 281. Vgl. auch bei § 320.

bb) Den Inhalt der Abnahmepflicht bildet die tatsächliche körperliche Wegnahme, die für den Käufer die Verfügungsgewalt begründet, dem Verkäufer aber Besitz und Verfügung abnimmt und ihn dadurch, und das ist gerade der Zweck der Verpflichtung, von den Pflichten dieses Besitzes entlastet (RG 53, 162; 56, 175). Die Pflicht zur bloßen tatsächlichen Abnahme ist daher zu unterscheiden von der Annahme der Leistung als Erfüllung im Sinne von § 363. Erstere schafft lediglich Inhabung, diese Eigenbesitz an der Sache. In der Abnahme liegt vollends auch keine Billigung der Ware. Die Abnahme erfolgt häufig, ohne überhaupt prüfen zu können, wie bei Postpaketen (RG 30, 117; 32, 112). Beim Versendungskauf von Gattungssachen erfolgt die Abnahme der Ware im Zweifel nur mit dem Willen, der Abnahmepflicht zu genügen und um die Untersuchung der Ware zu ermöglichen (JW 04, 62[21]). Wenn teils bestellte, teils unbestellte Waren geliefert werden und die Aus-

scheidung zeitraubend ist, kann die ganze Sendung zurückgewiesen werden (RG 20. 10. 03 II 92/03). — Verschieden von der Abnahme ist auch der **Abruf**. Er ist kein Teil der Abnahmepflicht, sondern eine neben ihr stehende selbständige Verpflichtung. Mangels besonderer Vereinbarung muß sofort unter Berücksichtigung des gewöhnlichen Geschäftsgangs abgenommen werden, wobei jedoch persönliche Behinderungen oder Raummangel nicht entschuldigen. Zuweilen wird aber die Abnahmeverpflichtung befristet bis zum Abruf, d. h. bis zu dem Zeitpunkt, wo die Ablieferung vom Verkäufer auf seiten des Käufers verlangt wird. Damit wird notwendig mittelbar auch die Pflicht zur Übergabe befristet. Diese Zeit kann festbestimmt oder nach Treu und Glauben gemäß § 242 zu bemessen sein. Nach so bestimmter Fälligkeit des Abrufs kann auf ihn geklagt werden, es treten auch die Verzugsfolgen nach § 326 ein, wenn die Pflicht zum Abruf wesentlicher Bestandteil des Kaufvertrags geworden ist (SeuffA 63 Nr 6). Das Abrufen bedeutet sonach die Beseitigung der Hemmung, die bis dahin der Abnahme und der Übergabe entgegenstand. Durch Unterlassung dieser Beseitigung wird an sich die Pflicht des Verkäufers zur Übergabe und die des Käufers zur Abnahme nicht berührt, sie bleibt in Kraft, auch wenn der Käufer durch Nichtausübung des Abrufs mit der Abnahme in Verzug kommt. Ebensowenig wird beim unbenutzten Ablauf der Abruffrist die Lieferung sofort fällig (RG Recht 1918 Nr 477). Es kann aber dann auf Ausübung des Abrufs vom Verkäufer geklagt werden (RG 57, 109; Warn 1916 Nr 190). Einen Abruf zu unangemessener Zeit und vor allem nach Ablauf einer langen Zeit braucht der Verkäufer als wider Treu und Glauben verstoßend nicht gelten zu lassen (Warn 1916 Nr 221). Gab der Käufer zu erkennen, daß er an den Lieferungen kein Interesse habe, kann der Verkäufer erwarten, daß der Käufer bis zum Schluß der Abruffrist noch kundtut, daß er beim Vertrag trotzdem stehen bleiben wolle (RG 88, 263). Wenn sich bei einem Vertrag auf wiederkehrende Teillieferungen die Abwicklung des Geschäfts durch die Schuld des Verkäufers hinzieht, kann er nicht verlangen, daß der Käufer die Ware jetzt auf einmal abruft und abnimmt (RG Warn 09 Nr 70). Im allgemeinen besteht bei Sukzessivlieferungsverträgen nur für den Verkäufer die Pflicht, sukzessiv zu liefern, nicht aber die entsprechende Pflicht des Käufers, abzurufen. Dies bedarf besonderer — ausdrücklicher oder stillschweigender — Vereinbarung. Eine besondere Art des Abrufs findet sich beim Spezifikationskauf (HGB § 375), bei einer Wahlschuld (BGB § 264; RG 56, 178).

c) Als weitere, teils besonders hervorgehobene, teils nicht ausdrücklich hervorgehobene, aber aus dem Kaufvertrag folgende **Nebenpflichten des Käufers** kommen auch ohne besondere Abrede in Betracht:

aa) Die Verzinsung des Kaufpreises vom Zeitpunkt des Übergangs der Nutzungen (§ 452).

bb) die Pflichten des Käufers zum Ersatz von Verwendungen, die der Verkäufer auf die Sache macht (§ 450).

cc) Tragung der Lasten der Sache von ihrer Übergabe an (§ 446).

dd) Tragung der Kosten der Abnahme und der Versendung (§ 448). Wegen der Sonderabreden gerade hier vgl. unter 10. Die nicht zu bezahlende Verpackung (Tara) muß, wenn sie nicht ganz wertlos ist oder nicht von vornherein in den Kaufpreis der Ware kalkuliert ist, der Käufer auf seine Kosten an den Verkäufer zurücksenden, die Gefahr der Rücksendung trägt aber der Verkäufer (ROHG in SeuffA 25, 224), sofern nicht ein entgegenstehender Handelsbrauch besteht. Ist die Ware wegen Mangelhaftigkeit zur Verfügung gestellt, kann der Käufer die Verpackung mit der zur Verfügung gestellten Ware an seinem Wohnort zurückgeben (ROHG 9, 208). Wegen „Sackmiete" unter 10g.

ee) Die Aufbewahrungspflicht der übersandten, aber bemängelten Ware. Diese Pflicht ist für den Handelskauf in HGB § 379 noch besonders hervorgehoben, muß aber bei jedem Kauf angenommen werden. Der Käufer braucht aber die Ware nicht selbst in Aufbewahrung zu nehmen, sondern kann sie bei verläßlicher Stelle einlagern. Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts verschärft diese Aufbewahrungspflicht nicht, insbesondere entsteht nicht durch sie ein Pfandbesitz (RG 98, 69). Dagegen besteht für den Käufer zwar das Recht, aber nicht die Pflicht zum Notverkauf bei Handelsware, die dem Verderben ausgesetzt ist. Bei Zusendung unbestellter Ware ist der Käufer nicht zur Annahme und einstweiligen Aufbewahrung verpflichtet. Nimmt er sie aber an, kann er sie zurücksenden, braucht aber nicht für einstweilige Aufbewahrung zu sorgen, es sei denn, daß die Parteien verkehrsüblich unbestellte Ware als Kaufangebot zuzusenden und zu empfangen pflegen.

ff) Bei Handelskauf besteht als Besonderheit die Pflicht, den Mangel rechtzeitig zu rügen (HGB § 377), sonst tritt von Rechts wegen die Annahme der Billigung ein. Eine Pflicht, die Ware zu untersuchen, besteht dagegen nicht (RG 73, 169). Eine gleiche Rechtsvermutung der Billigung der Ware aus unterlassener Rüge besteht für den gewöhnlichen Kauf nicht, das BGB kennt keine Rügepflicht. Wegen der Verjährung der Ansprüche aus der Gewährleistungspflicht des Verkäufers § 477. Wie die Abnahme, so kann auch die Untersuchung zur besonderen Verpflichtung gemacht werden (RG JW 1918, 506[5]).

gg) Schon vor der Annahme der Ware hat der Käufer die Pflicht, äußerlich erkennbare Mängel der übersendeten Ware durch amtlich bestellte Sachverständige feststellen zu lassen, um dem Verkäufer die Ansprüche an den Frachtführer nötigenfalls zu wahren (HGB § 438 Abs 1; ROHG 6, 107).

10. Pflichten aus besonderen Nebenabreden beim Kauf können sowohl die Pflichten des Verkäufers als des Käufers oder beide gemeinsam erweitern oder beschränken. Werden ihm Bestimmungen beigefügt, die für sich allein schon die wesentlichen Erfordernisse eines andersartigen Rechtsgeschäfts enthalten, so entsteht das Rechtsgebilde des gemischten Vertrags. Entscheidend für die rechtliche Bedeutung eines solchen gemischten Vertrags bleibt aber immer sein Hauptzweck, und es kommt darauf an, ob die Bestimmungen des einen oder des andern Vertragselements im Dienste dieses Hauptzwecks stehen. Dann müssen sie sich auch im Zweifel den hierfür bestimmten Regeln anbequemen, wobei nicht ausgeschlossen ist, daß sie diese auch entsprechend abändern können. So wird auch beim Versendungskauf der Verkäufer nicht zum Spediteur (Recht 1911 Nr 3086).

Von häufigen Nebenabreden sind folgende hervorzuheben:

a) Der Verkäufer übernimmt die Herstellungs- und Ausbesserungspflicht. Durch die Übernahme der ersteren wird der Kauf zum Werkvertrag und unterliegt dessen besonderer Regelung. Die Übernahme der Ausbesserungspflicht aber nimmt dem Vertrag nicht die Natur eines Kaufes.

b) Die Montage kann nicht nur Nebenleistung, sondern Hauptverpflichtung sein (vgl. oben 3d). Hierzu tritt oft die Verpflichtung zur Unterweisung und zum Anlernen, die auch stillschweigend vereinbart sein kann (SeuffA 29 Nr 19; OLG 13, 403).

c) Zahlung einer Prämie an den Käufer als Entgelt für ein dem Verkäufer bewilligtes Rücktrittsrecht (ROHG 19, 6).

d) Zahlung einer Vertragsstrafe bei Lieferung mangelhafter Ware, die bestimmt ist, den Nachweis der Höhe des eingetretenen Schadens zu ersetzen.

e) Verpflichtung des Verkäufers, nicht an Dritte oder an bestimmte Dritte, z. B. Privatleute, überhaupt oder innerhalb eines bestimmten Bezirks zu verkaufen, ebenso Verpflichtung des Käufers, eine bestimmte Ware nur vom bestimmten Verkäufer zu beziehen und sie nur innerhalb eines bestimmten Bezirks weiter zu verkaufen: die Klausel des Alleinverkaufs.

f) Bei Verkäufen von ganzen Geschäftsunternehmungen findet sich häufig auch die sog. Konkurrenzklausel. Diese kann auch stillschweigend aus der Natur der Sache für vereinbart gelten.

g) Wenn Säcke und ähnliche Behältnisse der Ware, wie Bierflaschen, Kohlensäureflaschen, die vom Käufer nicht mit gekauft sind, von diesem nicht oder verzögerlich zurückgesandt werden, ist der Verkäufer an sich nur berechtigt, Schadensersatz, nicht Leihgebühren zu fordern, da es sich nicht um eine neben dem Kauf einhergehende Miete handelt, sondern um Ausführung der Versendungspflichten. Häufig werden jedoch hierüber besondere Vereinbarungen getroffen oder sind als verkehrsüblich getroffen anzusehen. Die gewöhnliche Vereinbarung ist die eines „Mietzinses" für die nicht rechtzeitig zurückgegebenen Säcke. Die rechtliche Natur dieser Abrede ist bestritten, am einfachsten wird sie als eine Nebenabrede eigener Art zum Kaufvertrag aufgefaßt, ein Entgelt für die länger als notwendig dem Verkäufer entzogene Nutzung der Säcke, die den Regeln des Kaufvertrags unterfällt. Für zufälligen Untergang haftet der Käufer nicht, aber auch bei Rückgabeverzug entfällt für ihn eine solche Haftung, da der Verkäufer durch den Mietzins entschädigt wird. Der Mietzins kann in seiner Gesamtheit auch über den Wert der ganzen Sache hinausgehen (ROHG 19, 304). Es kann sodann auch vereinbart werden, daß der Käufer die Säcke bei Nichtzurückgabe zu bezahlen habe. Es liegt solchenfalls ein aufschiebend bedingter Kauf der Säcke vor. Endlich kann die Vereinbarung dahin gehen, daß für die nicht zurückgegebenen Säcke zunächst ein Mietzins, nach Ablauf einer weiteren Frist aber ein Kaufpreis zu bezahlen ist.

h) Abreden über die Erfüllungszeit finden sich

aa) bei der sog. Erwartungsklausel, etwa: Januar bis Ende März 1920 Erwartung. Der Käufer kann dann eine Lieferung verlangen, deren Ankunft am Bestimmungsort nach Lage der Umstände spätestens Ende März 1920 zu erwarten ist. Diese „Erwartung" wird wie eine objektive Eigenschaft der Ware angesehen, für die der Verkäufer haftet (OLG 13, 418).

bb) Ähnliches gilt für das überseeische **Abladegeschäft** (**RG** 30, 59; 71, 307; Abladung = Einladung ins Schiff). Bei ihm ist es Bestandteil des Vertrags, daß die verkaufte Ware als überseeische Abladung zu einer bestimmten Abladezeit zu liefern ist. Zeit der Verschiffung ist wesentlich (**RG** 88, 72; Warn 1917 Nr 197). Liegt Unmöglichkeit der Lieferung am Ende der Abladezeit vor, wird dies als Unmöglichkeit der Abladung schlechthin angesehen (**RG** JW 1917, 927). Beim Abladegeschäft gilt im Zweifel der Abladeort als Erfüllungsort für den Verkäufer. Bis dorthin trägt dieser, von der Abladung an der Käufer die Gefahr (**RG** LZ 1916, 1139). Daher ist der Preis zu zahlen, auch wenn der Dampfer nicht ankommt.

Es kann aber auch der Bestimmungshafen erst als Erfüllungsort vereinbart werden. Eine Abladung außerhalb der bestimmten Zeit gilt nicht als Vertragserfüllung (Warn 1916 Nr 216). Eine Garantie für rechtzeitiges Eintreffen der rechtzeitig abgeladenen Ware übernimmt aber der Verkäufer nicht.

cc) Der Abladeklausel wird häufig die „Cif"-Klausel beigefügt, Cif-Geschäft und Abladegeschäft sind aber an sich keineswegs identisch. Es ist Handelsbrauch, daß der Verkäufer auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zur Versendung der Ware, der Käufer aber zur Tragung der Kosten der Versendung verpflichtet ist (§ 448). Da der Käufer jedoch die Höhe der Kosten nicht kennt, gleichwohl durch Konnossement über die Ware verfügen will, zahlt er dem Verkäufer einen höheren Preis für die Ware und gilt ihm damit zugleich die nun vom Verkäufer zu übernehmenden Kosten der Abladung, Fracht und Seeversicherung ab. Die Kosten der Ausladung im Bestimmungshafen fallen hierunter nicht. Die Klausel, mit der der Verkäufer diese bezeichneten Kosten übernimmt, ist die Cif-Klausel: c = cost, Kosten; i = insurance, Seeversicherung; f = freight, Fracht (ROHG 13, 438). Will der Käufer die Seeversicherung selbst tragen, bedient er sich der Klausel „c. u. f.", „Kostfracht" (Kosten und Fracht). Die Franzosen gebrauchen auch die Klausel „caf" = cout, assurance, fret. Die Beifügung der Cif-Klausel zum Abladegeschäft läßt im allgemeinen erkennen, daß es bei der Regel sein Bewenden haben soll, wonach der Abladehafen für den Verkäufer der Erfüllungsort ist, er dort seiner Übergabepflicht genügt und der Käufer die Gefahr der Reise trägt (RG 87, 134; 90, 1; 96, 230; Warn 1916 Nr 159; 1918 Nr 27). — Auch die Klausel „Cif Bestimmungshafen" ändert daran nichts, daß der Abladeort Erfüllungsort bleibt, besagt nur, daß Kosten, Versicherung und Fracht bis zum Bestimmungshafen inbegriffen sind in den Preis der Ware (RG 87, 134; 90, 1). Abweichende Bestimmungen sind jedoch nicht ausgeschlossen. Über den sog. La-Plata-Grain-Vertrag RG 93, 166; 96, 230. Die Verzollung gehört nicht zu den Versendungskosten, sie ist Sache des Käufers. Die Cif-Klausel verpflichtet den Verkäufer nicht, die Sendung zu frankieren (OLG 9, 271). Der Käufer ist verpflichtet, die Ware gegen Veranslagung der Fracht abzunehmen, er kann aber die Frachtsumme vom Verkäufer einziehen. Praktisch wird es so gehandhabt, daß der Verkäufer die Frachtsumme gleich vom Preise in Abzug bringt. Daher kann der Verkäufer zur Erfüllung des vollen Kaufpreises die abgesetzte Frachtsumme dann vom Käufer noch verlangen, wenn das Schiff untergeht, da die Ware auf Gefahr des Käufers reist (OLG 13, 410). Zur Seeversicherung gehört nicht die Kriegsversicherung, auch nicht die Aufenthaltsortsversicherung. Wenn der Verkäufer die Versicherung auf seine laufende Versicherung übernimmt, muß er dem Käufer ein Zertifikat übersenden, als Selbstversicherer darf er nicht eintreten (RG in HansGZ 1917 Nr 37). Die vom Verkäufer genommene Seeversicherung „für Rechnung, wen es angeht" ist im Preise als zur Deckung seines Eigentümerinteresses bestimmt anzusehen (RG 89, 68). Lieferungsgegenstand ist nur die abgeladene Ware, nur sie erfüllt den Vertrag, der Verkäufer ist nicht berechtigt, Abnahme noch nicht abgeladener Ware am Abladeplatz zu verlangen. Dagegen hat der Käufer das Recht, die Auslieferung der Ware schon am Abladeplatz zu verlangen. Der Verkäufer hat veränderten Anweisungen des Käufers nachzukommen und kann nur verlangen, schadlos gehalten zu werden (JW 1917, 927; LZ 1917 Sp 596; HoldheimsMSchr 18, 31 steht nicht entgegen. Die Abnahme und Untersuchung der Ware erfolgt nicht im Abladehafen, sondern an dem Ort, nach dem cif verkauft worden ist. Wußte der Verkäufer, daß die Ware vom Bestimmungshafen nach dem Binnenland gleich weitergeschafft werden sollte und war er hiermit einverstanden, erfolgt Abnahme und Untersuchung erst am Ort des Binnenlandes. — Die Cif-Klausel mit der Beifügung „Glückliche Ankunft des Dampfers vorbehalten" ist sinnlos. Ebenso ist von einem Cif-Geschäft beim Kauf schwimmender Ware keine Rede, da kein Abladegeschäft vorliegt.

dd) Die Klausel „fob" = free on bord besagt, daß der Verkäufer die Einladungskosten an Bord des Schiffes trägt, was sich bei einem Abladegeschäft von selbst versteht. Im Verhältnis des Abladers zum Schiffer bedeutet die Klausel, daß der Ablader die zu Wasser herangeschaffte Ware längs Schiffseite zu liefern, der Schiffer sie aber auf seine Kosten in sein Schiff zu laden hat (OLG 19, 354).

ee) „Kasse gegen Dokumente" verpflichtet den Käufer, wenn die Ware noch nicht angekommen ist, nicht erst bei Ankunft der Ware, sondern schon bei Andienung der Dokumente vorschußweise zu zahlen, also ohne die Ware besichtigen zu können (RG 59, 23). Zahlt er nicht, kommt er in Zahlungsverzug, sofern er die Nichtempfangbarkeit der Ware nicht nachweisen kann. Eine vom Käufer mit Einlösung der Dokumente beauftragte Bank braucht die Ware überhaupt nicht zu untersuchen, sondern hat die Dokumente einzulösen, wenn sie äußerlich in Ordnung sind und sonst keine Bedenken bestehen. Ist jedoch die Ware schon angekommen, muß dem Käufer die Untersuchung der Ware vor der Zahlung nach Andienung der Dokumente gestattet werden (RG 30, 100; 47, 142). Immer braucht der Käufer jedenfalls nur gegen Dokumente zu zahlen. Gehen die Konnossemente, ohne daß dies der Verkäufer zu vertreten hat, verloren, wird dieser zwar von der Lieferung frei, kann aber auch

den Kaufpreis nicht verlangen. Daß die Dokumente wertlos und die Ware nicht mehr vorhanden sei, kann der Käufer dann nicht geltend machen, wenn, wie beim Abladegeschäft, die Gefahr der Reise bereits auf ihn übergegangen war (RG 88, 37). Auf den Erfüllungsort hat die Klausel keinen Einfluß (RG 46, 195).

ff) „Kasse gegen Dokumente bei Ankunft des Schiffes" bezieht sich lediglich auf den Zeitpunkt der Zahlung, nicht auf die Frage, ob zu zahlen ist. Die Zahlung soll solange hinausgeschoben werden, bis das Schiff angekommen oder feststeht, daß es überhaupt nicht mehr ankommen wird (RG 87, 136; 90, 1; LZ 1919, 254; HoldheimsMSchr 18, 30). Ist die Ware verladen, kann aber die Reise wegen Kündigung des ursprünglichen Kaufvertrags nicht zu Ende geführt werden, hat Käufer trotzdem den Kaufpreis zu zahlen. Die etwaige Weiterbeförderung ist seine Sache (RG Warn 1918 Nr 27; JW 1916, 1194).

gg) „Glückliche Ankunft des Schiffes vorbehalten." Die Bedeutung trifft nur das Lokogeschäft, beim Cif-Abladegeschäft sinnlos. Der Verkäufer verkauft nur unter dem Vorbehalt der glücklichen Ankunft des Schiffes, in dem sich die zur Erfüllung in Aussicht genommene Ware befindet. Das bedeutet eine auflösende Bedingung des Kaufvertrags für den Fall, daß die Ware nicht glücklich ankommt. Daher muß die Identität der Ware als Gegenstand des Verkaufs bereits feststehen, eine bloße innere Bestimmung seitens des Verkäufers genügt nicht. Es muß entweder von vornherein ein Spezieskauf vorliegen oder beim Gattungskauf aber bereits eine Spezialisierung der Ware nach § 243 Abs 2 erfolgt sein. Auf diese Fälle beschränkt sich das Anwendungsgebiet der Klausel, auf einen reinen Gattungskauf findet sie keine Anwendung (Warn 1918 Nr 219; RG 93, 171; 95, 246; JW 1918, 683[1]). Durch diese Vereinbarung wird aber vom Verkäufer auch keine Gewähr dafür übernommen, daß bereits bei Vertragsschluß die von ihm verkaufte Ware abgeladen sei. Abwälzung der Versendungsgefahr und Einstehen für eine bereits erfolgte Abladung sind verschiedene Dinge, das eine schließt das andere nicht notwendig ein; RG 95, 246 erfordert dafür besondere Zusagen (RG 98, 141). Für widerrechtliche Beschlagnahme ist der Verkäufer nicht verantwortlich (RG 96, 80).

hh) Gleiche Bedeutung hat die Klausel „Lieferungsmöglichkeit vorbehalten". Es ist hier jedoch nach dem Willen der Vertragsparteien besonders zu prüfen, welche Unmöglichkeit der Lieferung frei machen sollte. Ebensowenig hindert die Klausel: „Verkäufer liefern nur, wenn ihnen Ware selbst geliefert wird", die Annahme des Abschlusses eines festen Kaufvertrags. Sie ist als auflösende Bedingung zu verstehen. Über die verschiedenen möglichen Bedeutungen dieser Befreiungsklausel RG 95, 102. Über Vorbehalt: „Die Lieferung hinausschieben zu dürfen" RG 94, 80.

ii) „Ex ship in", „ab Kai" besagen, daß durch sie der Bestimmungshafen zum Erfüllungsort wird, sonach der Verkäufer die Gefahr der Reise trägt. Wird damit die Cif-Klausel verbunden, so hat diese nur noch die Bedeutung einer bloßen Preisbemessung.

kk) „Ausgeliefertes Gewicht", „sound delivered" = „gesund ausgeliefert" wird vereinbart, weil sich oft bei Abladung schwer feststellen läßt, wieviel das Gewicht ist, auch der Schwund auf der Reise nicht sicher ist. Daher soll die im Abladehafen vorläufig und allgemein getroffene Bestimmung des Gewichts für die Preisberechnung im Bestimmungshafen berichtigt werden. Daß damit, wie RG in HansGZ 1917 Nr 145 meint, dieser zum Erfüllungsort werde, kann nicht zugegeben werden. Vgl. auch RG 90, 1.

ll) „Beschlagnahmefrei und verwendungsfrei" bezieht sich im Zweifel auf den Zeitpunkt, wo die Ware in die Hand des Käufers gelangt (RG 93, 333), und dieser Ort kann verschieden von dem Erfüllungsort sein. Der Verkäufer übernimmt damit eine Garantie auch für die Zeit nach der Erfüllung und Übergabe der Kaufsache. Die „Verwendung" setzt notwendig voraus, daß der Käufer in einen solchen Besitz der Ware gelangt, daß ihm die Verwendung zu den vorausgesetzten Zwecken möglich ist (RG JW 1918, 767[3]).

mm) „Frei Bestimmungsort" besagt, daß die Frankatur nur als eine für den Käufer gemachte Auslage zu gelten habe. Ist die Lieferung an den Bestimmungsort unmöglich, ist der Preis um die Frachtersparnis zu mindern (RG 92, 225). Ebenso „bahnfrei Berlin netto Kasse Zug um Zug". Alles dies hat namentlich keine Bedeutung für den Erfüllungsort des Verkäufers.

nn) Vereinbarung, „Kaufpreis durch Akkreditiv bei Bank sicherzustellen", ist Vereinbarung eines Bankrembourses. Bei Vereinbarung, daß Bank dem Verkäufer die Akkreditierung in bestimmter Frist zu bestätigen hat, ist auch eine geringfügige Fristüberschreitung wesentlich (RG 92, 208).

oo) Die „Promptklausel" verpflichtet zu möglichst schneller Lieferung, hat aber keinen festen Stichtag wie das Fixgeschäft, der Verkäufer verpflichtet sich damit auch nur zur prompten Absendung, übernimmt nicht, wie beim Fixgeschäft, Gewähr für rechtzeitiges Eintreffen (SeuffA 38 Nr 247; Recht 1911 Nr 471). Aber der Verkäufer kann hier nach der Natur des Geschäfts, wie beim Fixgeschäft, auch ohne Mahnung in Verzug kommen.

pp) Vereinbarung eines Skontos. Man unterscheidet Zahlungsskonto und Warenskonto. Das Zahlungsskonto kann eine Prämie für vorzeitige oder für pünktliche Leistung bedeuten. Vorzeitige: „Ziel 3 Monate, 2% Kasse"; pünktliche: „Ziel 3 Monate, 2%" oder „Ziel 3 Monate Kasse mit 2%". Beim Warenskonto kommt der Abzug ohne Rücksicht auf die Zahlungszeit zur Ausführung: „Ziel 3 Monate 2%" kann daher auch nur heißen, dem Käufer ist ein 3-Monatsziel und unabhängig davon ein Abzug von 2% bewilligt. „Kasse 2%" bedeutet, daß der Käufer nur bei sofortiger Zahlung das Skonto abziehen darf (LZ 07, 741). Wird nicht pünktlich gezahlt, fällt das Zahlungsskonto weg. Das Zahlungsskonto muß der Käufer beweisen, das Warenskonto bedeutet nur eine Preisbestimmung und die Höhe des Preises muß der Verkäufer beweisen.

qq) „Netto Kasse", „rein netto" schließt einen sonst etwa verkehrsüblichen Abzug ausdrücklich aus (ROHG 8, 120).

rr) „Force majeur"-Klausel muß in angemessener Zeit geltend gemacht werden, der Verkäufer darf sie nicht beliebig hinausschieben (RG 91, 108).

ss) Auf die Kriegsklausel, die den Verkäufer zur Einschränkung oder Aufhebung der Lieferung berechtigt, sind dieselben Grundzüge wie zu rr anzuwenden. Der Verkäufer kann sich auf sie auch dann noch berufen, wenn die Ware infolge Kriegsausbruchs auf der Reise angehalten wird (RG 92, 271).

11. **Ort der Erfüllung.** Es gelten die allgemeinen Vorschriften des § 269 und HGB § 361, sofern nicht aus besonderen Abreden, der Art der Leistung, nach Treu und Glauben gemäß § 242, etwas anderes zu entnehmen ist. Fakturenvermerke des Verkäufers über den Erfüllungsort sind für den Käufer nicht bindend, auch wenn er schon früher vom Verkäufer Rechnungen mit denselben Vermerken erhalten hatte (RG 52, 133). Danach ist Erfüllungsort für den Verkäufer sein Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung, für den Käufer dessen Wohnsitz oder gewerbliche Niederlassung zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags. Das gilt für den Platzkauf wie für den Versendungskauf. Auch beim Versendungskauf erfüllt der Verkäufer am Ort seiner Niederlassung (RG 14, 114). Es kann natürlich der Bestimmungsort zum Erfüllungsort erhoben werden (Fernkauf). Da die Ablieferung und folglich auch die Abnahme aber an dem Bestimmungsort zu erfolgen hat, ist für letztere des Käufers Wohnort der Erfüllungsort (RG 49, 72). Der Umstand, daß die Ware an einen andern als den Wohnort des Käufers zu schicken ist, macht den Ort der Ablieferung noch nicht zum Ort der Zahlung für den Kaufpreis (RG 30, 379). Auch eine Vertragsbestimmung, daß der Kaufpreis durch Akzept einer an einem andern Ort wohnenden Person zu decken sei, ändert nichts am Erfüllungsort (RG 50, 270). — Der Ort der Erfüllung ist auch entscheidend für das zur Anwendung kommende Recht (RG 73, 387; 74, 173). Wenn dieser für beide Teile auseinanderfällt, kann es kommen, daß für das einheitliche Rechtsverhältnis zwei verschiedene Rechte anzuwenden sind. Deshalb wird oft zu fragen sein, ob die Parteien, wenn sie sich die Frage vorgelegt hätten, nicht ein einziges Recht und welches haben maßgebend sein lassen wollen, und danach ist dann die Lücke im Vertrag zu ergänzen (RG 68, 205; 74, 174). Ist ein einheitlicher Erfüllungsort für das ganze Vertragsverhältnis anzunehmen, ist auch die minder bedeutsame Abnahmepflicht an dem für die Zahlung bestehenden Erfüllungsort zu erfüllen (RG 56, 138).

12. Die **Zeit der Erfüllung** bestimmt sich mangels anderer Verabredung ebenfalls nach § 271. Tageskauf, Kassageschäft — Zeitkauf, Lieferungskauf, Termingeschäft. Ist die Leistungszeit fest bestimmt, liegt ein Fixgeschäft vor, für das beim Handelskauf die Regeln des HGB § 376 gelten. Börsentermingeschäfte gehören zu den Fixkäufen (BörsenG §§ 50ff.). Zu beachten ferner § 186, HGB §§ 358, 359ff. Mit Ablauf der Zeit tritt Fälligkeit der Forderung ein und von da ab beginnt die Verjährung des Anspruchs (§§ 284, 198, 202), die Möglichkeit der Aufrechnung (§ 387), der Zurückhaltung (§ 273). Verzug aber tritt in der Regel erst mit der nach der Fälligkeit zulässigen Mahnung ein.

§ 434

Der Verkäufer ist verpflichtet[1, 2, 5—7]), dem Käufer den verkauften Gegenstand frei von Rechten zu verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können[3, 4]).

E I 371 II 376; M 2 214; P 1 653.

1. § 434 enthält eine nähere Erläuterung und Ergänzung des § 433, der die Verschaffung des Eigentums oder Rechtes bestimmt: der Kaufgegenstand ist so zu gewähren, daß das Recht an ihm **unangefochten von Ansprüchen Dritter** bleibt. Wie der Verkäufer verpflichtet ist, die Sache frei von Sachmängeln zu gewähren, so muß er den Kaufgegenstand auch frei von Rechtsmängeln gewähren. Diese Freiheit ist Inhalt seiner Leistungspflicht, abgesehen von der Gewährhaftung bei nicht rechtsfreier Verschaffung. Es kommen

daher auch nur solche Rechte in Frage, die schon zur Zeit des Kaufabschlusses bestanden (RG 4. 5. 19 II 541/19). Als Inhalt der bereits nach § 433 begründeten Verpflichtung besteht sie von vornherein mit dem Kaufabschluß, sie entsteht nicht erst dann, wenn das Recht eines Dritten geltend gemacht wird (OLG 8, 60). Aber zu erfüllen ist die Pflicht erst bei der Übergabe, so bei Grundstücken erst im Auflassungstermin. Weitere Belastungen des Grundstücks zwischen Verkauf und Auflassung sind daher nicht schlechthin verboten (RG 10. 6. 02 V 119/02; RG 83, 214). Im Gegensatz zu den Sachmängeln, die zu beseitigen keine Leistungspflicht besteht, wird hiernach eine besondere Leistungspflicht dahin begründet, zur Ermöglichung der Eigentumsverschaffung alle die es hindernden und beschränkenden Rechte Dritter zu beseitigen. Das ergeben die Prot 1314. Die Nichtverschaffung eines Gegenstandes frei von Rechten Dritter enthält, wie die Nichtverschaffung des Eigentums oder Rechtes selbst, eine teilweise Nichterfüllung der dem Verkäufer nach § 433 obliegenden Verpflichtungen, beruht sie auf Verzug, ist § 326 Abs 1 Satz 3 anwendbar, im übrigen §§ 320ff. u. 440 und die besondere Vorschrift des § 437 beim Verkauf einer Forderung. Bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt braucht die Verpflichtung erst im Zeitpunkt des Eintritts der Bedingung für den Eigentumsübergang erfüllt zu werden (RG 83, 215). War der Verkäufer von vornherein dauernd unvermögend, seiner Verpflichtung aus § 434 nachzukommen, haftet er ohne weiteres auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, weil er mit der Pflicht zur Leistung zugleich die Haftung für seine Leistungsfähigkeit übernommen hat (RG 69, 356). Der Käufer kann verlangen, so gestellt zu werden, wie er stünde, wenn er den Kaufgegenstand frei von Rechten Dritter erworben hätte (RG 59, 336; JW 1914, 922[8]). — Die Vorschrift ist dispositiver Natur, ebenso wie § 439. Von ihr wird gemeinhin dort abgewichen, wo der Käufer bei Vertragsschluß die Rechte Dritter nicht nur **kennt** (vgl. aber § 439), sondern wo auch der Kaufpreis durch **Übernahme einer Hypothek** als eigene Schuld getilgt werden soll. Diese abändernde Vereinbarung unterliegt der Formvorschrift des § 313. Der Inhalt der Verkäuferpflicht hat dadurch keine Änderung erfahren, daß die Genehmigung des Gläubigers zur Schuldübernahme nicht erteilt wird. § 416 enthält keine Verpflichtung des Verkäufers aus dem Kaufvertrag, die Genehmigung herbeizuführen. Es bewendet dann bei § 415. Es ist nicht der Wille der Vertragschließenden, daß in solchem Falle der Verkäufer dem Käufer ein hypothekenfreies Grundstück zu verschaffen habe (Warn 1914 Nr 246), daher ist auch die Unkündbarkeit einer vom Käufer in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommenen Hypothek kein Rechtsmangel (RG Warn 09 Nr 134). — Grundsätzlich leidet § 434 überhaupt keine Anwendung überall dort, wo der Käufer die Sache nach § 936 auf Grund seines guten Glaubens ohnehin frei von den Rechten Dritter erwirbt oder wo anderseits der Erwerber eines auf Grund einer Pfändung veräußerten Gegenstandes Gewährleistung wegen Mangel im Recht nicht zu beanspruchen hat (ZPO § 806 und ZVG § 56).

2. Die Vorschrift ist nicht nur auf den Sachkauf abgestellt, wie § 433, sondern beim Kauf jedes Gegenstandes schon nach dem Wortlaut anwendbar (RG 88, 106); vgl. zu § 433 A 6c, insbesondere also auch den Rechtskauf, für den außerdem die Vorschriften des § 437 gelten.

3. Als **Rechte,** die von einem Dritten geltend gemacht werden können, kommen in Betracht nur solche, die schon ihrer Beschaffenheit nach die Geltendmachung auch dem Käufer gegenüber gestatten (RG 52, 275). Deshalb RG 88, 103 bedenklich, da hier das Recht des Käufers lediglich in HGB § 25 seinen Grund hat. Zu den **Dritten** gehört auch der Käufer selbst, wenn für ihn ein Recht im Sinne des § 434 auf dem Grundstück haftet (RG 59, 400). — Dem Wortlaut nach fallen auch die nach dem Vertragsschluß begründeten Rechte unter § 434. Außerdem kommen § 440 zur Anwendung und die Grundsätze über die Haftung wegen positiver Vertragsverletzung (RG 9. 3. 07 II 322/06).

a) In erster Linie dingliche: Eigentumsansprüche, wenn ein Nichteigentümer eine fremde Sache verkauft hat; Pfandrechte, Hypotheken, Dienstbarkeiten (RG 66, 328), rheinisches Kellerrecht (RG 56, 258), dingliches Vorkaufsrecht, Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines Rechtes an einem Grundstück oder einem eingetragenen Recht (RG 23. 11. 18 V 188/18), Reallasten, das Recht des Nacherben nach §§ 2113—2115 (Warn 1912 Nr 59). Die Verpflichtung des Verkäufers, eine Hypothek zur Löschung zu bringen, wird nicht dadurch unmöglich, daß das verkaufte Grundstück dem Käufer aufgelassen ist (RG 3. 11. 06 V 109/06). Der Verkäufer beweglicher Sachen, die als Zubehör eines Grundstücks dem Hypothekengläubiger haften, hat die Hypothek insoweit zu beseitigen, als sie die Zubehörstücke belastet (RG 57, 1; strittig). Immer muß es sich um subjektive Rechtsbefugnisse handeln, die in einem besonderen zivilrechtlichen Titel ihre Grundlage haben, nicht um Beschränkungen auf Grund gesetzlicher Vorschrift selbst. Denn solche gesetzliche Beschränkungen vermag der Verkäufer nicht zu beseitigen, da er die Gesetze nicht ändern kann. Daher fällt auch nicht unter § 434 das Bestehen eines Notwegs (Warn 1916 Nr 161). Beruhen Baubeschränkungen auf öffentlichrechtlicher Grundlage von Bauordnungen, so handelt es sich um eine nicht eintragungsfähige öffentliche Last und es greift nicht § 434,

sondern § 436 Platz (RG JW 1907, 478[9]). Es kann solchenfalls auch ein Sachmangel angenommen werden (RG 69, 356; JW 06, 57[9]; 07, 478[9]; 08, 712[7]), so z. B. bei baupolizeiwidrigem Zustand des Gebäudes (RG JW 07, 478[9]; SeuffA 63 Nr 39). Baubeschränkungen, die durch einen Fluchtlinienplan geschaffen werden, sind wirksam schon im Zeitpunkt der Einigung über den Fluchtlinienplan (§ 1 FluchtlinienG; RG 11. 2. 14 V 411/13). Dagegen sind Baubeschränkungen infolge einer Grundgerechtigkeit (RG 69, 356), eines Altenteils Mängel im Recht. Ein auf dem Grundstück eingetragener Auszug ist ein Mangel im Recht (Warn 1918 Nr 114). Für nicht eingetragene Ablösungsrenten hat der Verkäufer Gewähr zu leisten (Gruch 47, 396; RG 25. 11. 16 V 226/16; 11. 12. 01 V 283/01); desgl. für Grundsteuerentschädigungsrenten, die nach preußischem Recht zwar als öffentliche, aber als eintragungsfähige Lasten gelten (RG 59, 404). Ein mit rückständiger Zubuße belasteter Kux ist mit einem Mangel im Recht belastet (RG 6. 5. 03 I 25/03), ebenso eine Maschine, die wegen eines entgegenstehenden Patents unbenutzbar ist (Warn 1911 Nr 366) oder durch ein Gebrauchsmusterrecht beschränkt wird (OLG 23, 24). Der Anspruch der Gemeinde auf Leistung der Anliegerbeiträge ist öffentlichrechtlicher Natur (RG 26. 4. 11 V 472/19), ebenso die Seuchensperre über verkauftes Vieh (RG Warn 08 Nr 29; SeuffA 63 Nr 153), Veräußerungsverbote und Beschlagnahmen auf Grund von Kriegsverordnungen. Abweichend RG 96, 80.

b) Aber auch persönliche Rechte sind sinngemäß dem § 434 zu unterstellen, falls sie auch dem Käufer gegenüber wirksam sind (RG 52, 275; 59, 404; 88, 107); so namentlich das Recht zum Besitz aus Miete, Pacht (RG Warn 1910 Nr 106; 3. 6. 05 V 604/04); das einseitige Recht des Mieters auf Verlängerung des Mietverhältnisses (JW 1914, 922[8]) oder auf Ausbesserung der Mieträume (SeuffA 73, 188). Weiter das persönliche Zurückbehaltungsrecht insofern, als der im Besitz der Sache befindliche Berechtigte die Einwendungen, die er gegenüber dem Verkäufer hat, auch gegen den Käufer geltend machen kann (§ 986 Abs 2); ferner Verlagsrechte, Lizenzrechte, die Zahlungssperre zugunsten des Antragstellers; die beschränkten Veräußerungsverbote nach § 135. Dagegen nicht die das Geschäft nichtig machenden Verbote im Sinne von § 134. — Das persönliche Vorkaufsrecht fällt nicht unter § 434 (RG 12. 3. 09 II 470/08). — Bei Veräußerung nicht voll eingezahlter Geschäftsanteile einer G. m. b. H, die Verkäufer und Käufer wegen des rückständigen Teiles nach § 16 Abs 3 d. Ges. haften läßt, findet § 437 Anwendung, da die Gesellschaft nicht Dritter nach § 434 ist (RG 10. 4. 08 II 621/07 und LZ 08 Sp 950[7]).

4. Ist in einem Kaufvertrage bestimmt, daß das Grundstück „mit allen Rechten und Lasten" verkauft werde, so kann nicht ohne weiteres angenommen werden, daß unter dem Ausdruck „Lasten" nach dem Sprachgebrauch des BGB auch eine Grunddienstbarkeit verstanden sei (RG 66, 316; 69, 355; Warn 1911 Nr 367). Unter „Lasten" wird in der Regel nur „Belastung" verstanden, vermöge der Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind, nicht iura aliena zugunsten Dritter (ZBlFG 19, 96). Bei so allgemeiner Bestimmung werden ferner darunter bekannte und unbekannte Grunddienstbarkeiten mitbegriffen. Doch kann, abgesehen von Arglist des Verkäufers, es dann anders liegen, wenn die Verkehrssitte unter jener Formel nur bekannte Grunddienstbarkeiten versteht (ZBlFG 16, 96). Beim Verkauf schlechthin „lastenfrei" kann auch eine Verpflichtung nach § 434 gemeint sein (Warn 1916 Nr 131).

5. Wenn eine veräußerte Sache dem Erwerber durch einen Dritten entwehrt ist, so ist der vom Erwerber gegen den Veräußerer neben dem Gewährleistungsanspruch geltend gemachte Anspruch auf Erstattung der ihm durch die Prozeßführung mit dem Dritten erwachsenen Kosten eine Nebenforderung nach ZPO § 4 (RG 55, 80).

6. Die Annahme der Sache in Kenntnis der Rechtsmängel schließt deren Geltendmachung nicht aus. Der Käufer braucht sie sich nicht vorzubehalten. Sie ist nur dann ausgeschlossen, wenn aus der Annahme ein Verzicht zu folgern ist (RG 8. 11. 05 V 138/05).

7. Wenn der Verkäufer den Mangel im Recht bestreitet, gilt § 442.

§ 435

Der Verkäufer eines Grundstücks oder eines Rechtes an einem Grundstück ist verpflichtet[1]), im Grundbuch eingetragene Rechte, die nicht bestehen, auf seine Kosten zur Löschung zu bringen[2]), wenn sie im Falle ihres Bestehens das dem Käufer zu verschaffende Recht beeinträchtigen würden.

Das gleiche gilt bei dem Verkauf eines Schiffes oder eines Rechtes an einem Schiffe für die im Schiffsregister eingetragenen Rechte[1]).

E I 378 II 377; M 2 222: P 1 664.

1. Die Vorschrift **erweitert die Verschaffungspflicht** des Verkäufers aus §§ 433 u. 434 dahin, daß auch **materiell nicht mehr bestehende Rechte** Dritter, sofern sie nur noch im Grund-

buch oder im Schiffsregister formell eingetragen sind und dadurch jedenfalls noch das Eigentumsrecht gefährden, vom Verkäufer aus dem Grundbuch oder Schiffsregister zu beseitigen sind, und zwar, wie sich von selbst nach dem Verschaffungsprinzip versteht, auf eigene Kosten. Die Löschungspflicht ist daher eine Hauptleistung, bis zur Löschung hat der Verkäufer noch nicht voll erfüllt und der Käufer braucht die angebotene Auflassung nicht entgegenzunehmen (SeuffA 55 Nr 10). Hat er es getan, findet § 320 Abs 2 Anwendung. Der Verzug des Verkäufers rechtfertigt auch die Anwendung des § 326 (RG 26. 6. 08 II 574/07). Die Vorschrift kann sich der Käufer auch dann zunutze machen, wenn die eingetragenen Rechte nur zweifelhaft sind, da sie ihn von der Verpflichtung nach § 442 befreit; ferner wenn sie im Falle der Auflassung des Grundstücks an den Käufer materiell hinfällig werden, wie z. B. eine für einen Dritten eingetragene Vormerkung (RG Warn 08 Nr 200; 31. 1. 08 II 464/07); auch dann, wenn es sich um eine unzulässige und daher nichtige Eintragung handelt, die der Erwerber ohne weiteres selbst beseitigen könnte. Denn dem Verkäufer fällt die Kostenpflicht zur Last (RG 88, 28). Voraussetzung ist, daß der Verkäufer die rechtliche Möglichkeit hat, das eingetragene Recht löschen zu lassen.

2. Zur **Löschung bringen** kann der Verkäufer das eingetragene nicht bestehende Recht mittels des Berichtigungsanspruchs nach § 894, und zwar auch noch nach erfolgter Auflassung des Grundstücks an den Käufer und dessen Eintragung als Eigentümer. Dies gilt nicht nur bei vertragsmäßig übernommener Verpflichtung zur Löschung (RG 59, 289; 64, 165), denn darin liegt zugleich die Ermächtigung zur Geltendmachung des dem Käufer an sich zustehenden Berichtigungsanspruchs (RG 53, 411), sondern auch, wenn die Verpflichtung nur nach § 435 besteht. In dem Verlangen des Käufers gegenüber dem Verkäufer, den Berichtigungsanspruch auf Grund der Verpflichtung des § 435 geltend zu machen, liegt stillschweigend dieselbe Ermächtigung ausgesprochen (RG 3. 11. 09, V 595/08). Wegen Stellung des Löschungsantrags des Verkäufers GBO §§ 19, 22, 27, § 13 Abs 2.

§ 436

[1]) **Der Verkäufer eines Grundstücks haftet[4]) nicht für die Freiheit des Grundstücks von öffentlichen Abgaben und von anderen öffentlichen Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind[2, 3]).**

E I 372 II 378; M 2 215; P 1 656.

1. Der **Zweck** der Vorschrift ist, die Tragweite der §§ 435 u. 434 klarzustellen und die daraus etwa zu ziehenden Folgerungen zu beschränken. Sie ist auch auf den Verkauf eines Rechtes an einem Grundstück entsprechend anzuwenden, bezieht sich dagegen nicht auf Verkäufe von beweglichen Sachen und andern Gegenständen, bei denen gleichfalls öffentliche Abgaben vorkommen können, ebensowenig auf Käufe von Schiffen. § 436 wiederholt die Bestimmung des § 435 Abs 2 nicht.

2. Welche **Lasten** als **öffentliche** zu gelten haben, bestimmt sich nach Landesrecht. Nach BGB sind solche nur Leistungen, die aus dem Grundstück zu entrichten sind und daher dessen Nutzungen mindern (RG 66, 316), wie Abgaben und sonstige fortdauernd gleichmäßig zu entrichtende Leistungen öffentlichrechtlicher Art, nicht aber Ausgaben zu rein privatwirtschaftlichen Zwecken (JW 1914, 868[3]). Dagegen ist nicht immer für den öffentlichen Charakter der Abgaben entscheidend, daß sie auch öffentlichrechtlichen Ursprungs sind (RG in BayZ 68, 277). Der Ausdruck „Belastungen" umfaßt dagegen alle Rechte Dritter am Grundstück (§ 434; RG JW 1915, 241[4]). Im übrigen ist es Sache der Auslegung, festzustellen, was die Parteien unter dem Ausdruck „Lasten" oder „Lastenfreiheit" verstanden haben (Warn 1916 Nr 131).

3. Im einzelnen **gehören hierher**: Grundsteuern, kommunale Abgaben, dagegen über Grundsteuerentschädigungsrente RG 59, 100. Die an sich nicht eintragungsfähigen Baubeschränkungen auf Grund örtlicher Bauordnungen (Warn 08 Nr 201), Straßenanliegerbeiträge (RG 42, 276; 70, 263; RG 26. 4. 11 V 472/10; RG 25. 3. 16 V 226/16), Straßengrunderwerbskosten (RG 67, 244), Kirchen- und Schulbaulast (RG 43, 206), Patronatslast (RG 65, 1). **Nicht gehören hierher**: die preußischen Rentenbankrenten (RG JW 02, 69), die sächsische Landeskulturrente (SeuffA 73, 9), die Umsatzsteuer aus dem preuß. Kommunalabgaben-Ges. v. 14. 7. 93 (RG 40, 264; JW 1908, 89; abweichend RG 72, 306), die Wertzuwachssteuer (RG 72, 395; 75, 208), die Ablösungsrenten der Rentenbanken (RG 59, 100; Gruch 47, 396), der Domänenzins (Neumanns Jahrb 7, 196).

4. Über **Verteilung der Lasten** zwischen Verkäufer und Käufer §§ 446, 103.

§ 437

[1]) **Der Verkäufer[6]) einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechtes[2–5]).**

Der Verkäufer eines Wertpapiers haftet auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist[7]).

E I 298 II 379; M 2 125; P 1 386, 669.

1. Die Vorschrift bringt eine **Sonderregelung** für den Verkauf einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes sowie Wertpapiers. Nach § 433 Satz 2 ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer das Recht zu verschaffen, und zwar nach § 434 frei von Lasten Dritter. Dabei wird nicht vorausgesetzt, daß das Recht überhaupt schon besteht, denn es kann auch ein künftig erst zur Entstehung kommender Gegenstand verkauft werden (§ 433 A 6a), der Verkäufer muß sich dann nur, um seiner Verpflichtung zu genügen, die Forderung oder das Recht noch verschaffen (Warn 1914 Nr 150; RG 3. 4. 09 V 375/08). Diese Verschaffungspflicht gründet bereits in § 433, nicht erst in § 437. Die Verschaffungspflicht fällt fort, wenn der andere Teil nicht imstande oder bereit ist, auch seinerseits zu erfüllen (Warn 1914 Nr 150). Aber der Kauf ist doch bedingt durch das Entstehen des Gegenstandes, das jedenfalls an sich möglich sein muß. Und steht von vornherein fest, daß dies ausgeschlossen ist, so liegt ein Vertrag über eine unmögliche Leistung vor, der nichtig ist (§ 306). Beim Verkauf eines nicht bestehenden und nicht zu begründenden Rechtes würde an sich das gleiche gelten. Abweichend hiervon läßt § 437 einen solchen Kauf über ein nicht schon bestehendes, aber zur Entstehung zu bringendes Recht aber nicht nur bedingt, sondern bereits unbedingt als abgeschlossen gelten und läßt weiter den Kauf über ein in concreto nicht begründbares Recht, z. B. über nichtige Kure, auch als gültig erscheinen, indem es den Verkäufer in beiden Fällen schlechthin auf das Erfüllungsinteresse für den Bestand des Rechtes oder der Forderung haften läßt (RG 73, 210; 92, 73). Der Nachweis des Kausalzusammenhangs für den Schaden wird selbstverständlich auch hier erfordert (RG Recht 1917 Nr 1975). Nur wenn das nicht bestehende Recht nicht bloß in concreto, sondern seiner Art nach überhaupt rechtlich nicht zur Entstehung gelangen kann, greift die Vorschrift des § 437 nicht, sondern nur § 306 Platz (RG 68, 292; 86, 213; Verkauf eines bereits bei Vertragsschluß nicht geschützten und rechtlich überhaupt nicht schutzfähigen Gebrauchsmusters; RG 90, 244).

2. Der Verkäufer haftet für den **Bestand** des Rechtes oder der Forderung. Das bedeutet ein Einstehen dahin, daß eine Forderung oder ein Recht so wie sie verkauft sind, rechtlich bestehen; der Einwand, daß sie nie entstanden, erloschen, durch Einrede entkräftet, durch Aufrechnung nichtig und unwirksam geworden seien, kann also nicht erhoben werden. Ist eine Forderung als zweifelhaft abgetreten, so kommt es darauf an, ob sich der Zweifel auf das Recht bezieht, dann ist die Haftung ausgeschlossen (Warn 1911 Nr 171); oder auf die bloße Güte und Eintreibbarkeit der Forderung, dann bleibt die Haftung für den Rechtsbestand bestehen. Wer daher z. B. statt der verkauften 5%-Hypothek nur eine zu 4½% abtritt, haftet nach § 437, denn die Hypothek besteht nicht in der Art wie sie verkauft wurde (RG 12. 12. 06 V 205/06). Der Veräufer eines Wechsels haftet aus dem der Diskontierung zugrunde liegenden Kausalgeschäft für den rechtlichen Bestand des Wechsels oder der in ihm verkörperten, durch Indossament übertragenen Rechte (RG 93, 26); der Gesellschafter, der ein Recht als Sacheinlage einbringen soll, haftet, wenn das Recht nicht besteht (RG 94, 210); der Verkäufer eines Patents haftet für die richtige Erteilung des Patents durch das Patentamt; entsprechende Haftung tritt ein für ein immaterielles Gut, das wirtschaftlich einem patentrechtlich geschützten gleichsteht (JW 1913, 86[6]). Verleiht der Patentinhaber einem andern eine ausschließliche Lizenz, dann wird der Bestand des Patents selbst dadurch nicht beeinträchtigt, sondern nur die Ertragsfähigkeit (RG 78, 365). Wenn mit einem Grundstück ein damit verbundenes Recht verkauft ist, haftet der Verkäufer für das Vorhandensein des Rechtes (RG 83, 198: Mitverkauf einer Abdeckereigerechtigkeit; RG 4. 7. 14 V 91/14: Mitverkauf einer Flößereigerechtigkeit; RG Warn 1914 Nr 283: Fortführung des Rechtes der Bezeichnung „Hofapotheke": RG 96 S. 89, 227; LZ 08 Sp 950: Erwerbung eines Geschäftsanteils einer Genossenschaft und einer Gesellschaft m. b. H., der durch die Möglichkeit der Ausschließung bei Nichteinzahlung in seinem rechtlichen Bestand gefährdet ist; RG 93, 71: Verkauf eines Grundstücks mit als vorhanden angegebenen Grunddienstbarkeiten). Die Haftung erstreckt sich auch auf **Nebenrechte** (Bürgschaften, Pfandrechte, Hypotheken: § 401; RG 56, 253; 68, 293; 90, 244). Bei der Veräußerung von Aktien begründet die Zusicherung von Nebenrechten, z. B. eines Pfandrechts für die Gewinnanteile, daher eine Haftung aus § 437, es handelt sich hier nicht um Zusicherung einer Eigenschaft (RG 56, 255). Der Gewährleistungsanspruch ist nicht in dem Sinne mit einer Forderung verbunden, daß er ohne weiteres mit übergeht. Aber eine besondere Abtretung ist möglich, und dann

tritt dafür die Haftung nach § 437 ein (**RG** 25. 3. 05 V 74/05). Auch die Abtretung nach bereits eingetretener Haftungspflicht ist möglich (**RG** 72, 138; Gruch 49, 906).

3. Dagegen erstreckt sich die Haftung **nicht auf** die **Güte der Forderung** oder auf die **Verwertbarkeit** des Rechtes. Eine Haftung für Eigenschaften eines Rechtes oder einer Forderung ist im Gesetz nicht anerkannt, anders als beim Sachkauf (§ 459; **RG** 56, 255; 73, 116; Warn 09 Nr 134; JW 1912, 74[24]). Auch eine entsprechende Anwendung des § 459 findet nicht statt, da das Gesetz den Sachkauf und den Rechtskauf besonders geregelt hat (**RG** 63, 60). Wohl aber kann die Haftung durch besonderen Vertrag über die Garantieleistung übernommen werden. Dazu gehört, daß beide Teile sich bewußt waren, daß das Einstehen für die zugesicherte Eigenschaft einen Teil der vertragsmäßigen Leistung bildet. Der Zedent haftet nicht für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, es sei denn, daß er die Haftung ausdrücklich übernommen hätte (§ 438), der Verkäufer eines Patents zwar dafür, daß es nicht ganz oder teilweise nichtig ist, aber nicht für die Brauchbarkeit der Erfindung; der Verkäufer eines Mitgliedschaftsrechts haftet für den Bestand, nicht für den Ertrag aus dem Recht. Die Zusicherung: „die Hypothek ist gut" legt der Hypothek die Eigenschaft bei, daß sie innerhalb des Wertes des belasteten Grundstücks ausgeht (**RG** 25. 11. 03 V 228/03; Gruch 48, 343); für die persönliche Zahlungsfähigkeit des Schuldners wird dadurch keine Haftung übernommen (OLG 36, 35). Nach **RG** JW 1912, 74[24] soll nicht nur § 495, sondern auch die Anfechtung nach § 119 wegen Irrtums über die vorgenannten Eigenschaften ausgeschlossen sein, weil in § 119 nur von Eigenschaften der „Person" oder der „Sache" die Rede sei. Dagegen aber mit Recht Kiehl JW 1914 Nr 14.

4. Die Haftung bezieht sich auf den **Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags**. Denn nach § 439 hat der Verkäufer den Mangel im Recht nur dann nicht zu vertreten, wenn der Käufer ihn beim Abschluß des Vertrags kennt. Vgl. auch § 438. Dieser Zeitpunkt ist auch dann entscheidend, wenn etwa durch Anfechtung oder Nichtigkeitserklärung eine Forderung oder ein Recht rückwirkend zur Aufhebung gelangt (§§ 141, 202, 222, 853). Damit soll jedoch nur gesagt sein, daß der Inhalt und der Umfang der Vertretungspflicht, die der Verkäufer durch Abschluß des Kaufvertrags übernimmt, nach dem Zeitpunkt dieses Abschlusses bestimmt wird. Nach ihm bemißt sich die in § 433 geregelte und in § 437 weiter ausgebaute Verschaffungspflicht. Die Folgen der Nichtverschaffung, der Nichterfüllung der in § 437 übernommenen Vertretungspflicht für den Bestand regeln sich nach § 440. Nicht soll in § 437 eine dem § 459 entsprechende Gewährleistungspflicht für den Zustand des Rechtes oder der Forderung begründet werden. Der **Erfüllungsort** bestimmt sich für die etwaigen Schadensansprüche nicht nach dem Erfüllungsort der abgetretenen Forderung, sondern nach allgemeinen Grundsätzen (JW 01, 640).

5. Wenn einzelne Rechte und Forderungen als Bestandteile einer ganzen Vermögensmasse oder eines einheitlichen geschäftlichen Unternehmens mit diesem zusammen abgetreten sind, so schließt das die Anwendung von § 437 für die Rechte und Forderungen nicht aus. Denn nur die rechtlich bestehenden bilden einen Bestandteil des Unternehmens und der Vermögensmasse. Auf das ganze Unternehmen und die Vermögensmasse selbst ist § 437 nicht entsprechend auszudehnen. Der Rechtsmangel eines Bestandteils kann aber einen Eigenschaftsmangel des Unternehmens nach § 459 darstellen.

6. Auf andere entgeltliche Veräußerungsverträge über Forderungen und Rechte ist § 437 entsprechend anwendbar.

7. Für **Wertpapiere** gelten dieselben Rechtsgrundsätze, wie sie in **Abs 1** für andere Rechte und Forderungen aufgestellt worden sind. Denn Kaufgegenstand ist nicht nur das Papier als körperliche Sache, sondern vor allem das in ihm verkörperte Recht (**RG** 59, 244; 56, 255; JW 09, 492[14]). Es finden daher nebeneinander Anwendung die Vorschriften über Sachmängel, die zur Urkunde als solcher in Beziehung stehen (**RG** 59, 243), wie die Vorschriften nach § 437 über Rechtsmängel. Namentlich haftet der Verkäufer dem Käufer auch dafür, daß er ihm die Befugnis zur Geltendmachung des verbrieften Rechtes verschafft (**RG** 1, 292; 10, 170; 38, 158). Ebenso dafür, daß das im Wertpapier verbriefte Recht entstanden ist. Der Mangel staatlicher Genehmigung nach § 795, die Zahlungssperre bei einem Wertpapier (ZPO § 1019), ausgeloste und gekündigte Wertpapiere, Nichtbeobachtung wesentlicher Formvorschriften des Warenzeichenrechts, des Wechselrechts u. a., die Ausgabe einer Aktie vor Eintragung der Aktiengesellschaft (HGB § 209) hindern z. B. die Entstehung des Rechtes. Dagegen können Vorgänge, die das Schuldverhältnis, das in der Urkunde verkörpert ist, zum Erlöschen bringen, dem berechtigten Inhaber gegenüber nur dann geltend gemacht werden, wenn sie aus der Urkunde selbst hervorgehen (§ 793). Die mangelnde Ertragsfähigkeit des Wertpapiers (Kurs), etwa einer Aktie, betrifft weder einen Mangel im Recht noch einen Sachmangel (**RG** 59, 243; Warn 09 Nr 502). Sie kann aber durch besondere Zusicherung garantiert werden. Ebenso Börsenfähigkeit, mangelnde Umlaufsfähigkeit (**RG** 4, 195). — Über den Begriff des Wertpapiers vgl. § 793.

Abs 2 will die früher bestrittene Frage zur Entscheidung bringen, daß der Verkäufer für ein dem Inhaber abhanden gekommenes und zum Zweck der Kraftloserklärung aufgebotenes Wertpapier nach den Grundsätzen des Rechtsmangels, nicht des Sachmangels haftet, und zwar schon für die Gefahr des Rechtsmangels, den das Aufgebot vorerst bringt (ZPO § 1017).

8. Die **Verjährung** der Schädenansprüche wegen Nichtbestehen eines Rechtes erfolgt nach § 195 in dreißig Jahren (RG 93, 71: bei zugesicherter Grunddienstbarkeit).

§ 438

Übernimmt[2]) der Verkäufer einer Forderung die Haftung für die Zahlungsfähigkeit des Schuldners, so ist die Haftung im Zweifel nur auf die Zahlungsfähigkeit zur Zeit der Abtretung zu beziehen[1]).

E I 299 II 380; M 2 126; P 1 387.

1. Die Vorschrift fällt aus der Ordnung über die Regelung der Haftung für Mängel im Rechte heraus und hat ausschließlich den Fall im Auge, daß die Gewähr für die **Zahlungsfähigkeit** des Schuldners **vertraglich** übernommen wird. Eine gesetzliche Haftung des Verkäufers einer Forderung besteht zwar für den Bestand derForderung (§ 437), nicht aber auch für ihre Güte oder für die Leistungsfähigkeit des Schuldners. Die Vorschrift stellt zugunsten des Verpflichteten die widerlegbare Vermutung auf, daß sich sein Gewährschaftsversprechen nach der Parteiabsicht nur auf den Zustand **zur Zeit der Abtretung** beschränken soll. Im übrigen gelten hier folgende Grundsätze: Der Erwerber der Forderung kann den Verkäufer gegebenenfalls erst dann in Anspruch nehmen, wenn er zunächst in gehöriger Weise versucht hat, die Forderung vom Schuldner beizutreiben. Er hat dabei nach Treu und Glauben zu handeln und ist sonach auch gehalten, die Forderung rechtzeitig zu kündigen sowie die Zwangsvollstreckung zu betreiben (RG Warn 1910 Nr 107). Nach der allgemeinen Fassung der Bestimmung, die auf dem Gedanken beruht, daß der Verkäufer einer Forderung für nachträgliche Veränderungen in der Lage des Schuldners nicht einzustehen braucht, muß die Vermutung auch für den Fall Platz greifen, daß die Kündbarkeit der Forderung zur Zeit der Abtretung noch ausgeschlossen, vielmehr auf eine spätere Zeit hinausgeschoben war. Es wird unter solchen Umständen jedoch der Parteiwille oftmals dahin gehen, daß für die Haftung des Verkäufers nicht der Zeitpunkt der Abtretung, sondern erst der der Kündbarkeit entscheidend sein soll. Gegebenenfalls werden hier daher auch an die Beweispflicht des Käufers, der diesen Ausnahmefall behauptet, nicht zu hohe Anforderungen zu stellen sein. Welcher Zeitpunkt für die Begrenzung der Haftung des Käufers als maßgebend gedacht worden, ist schließlich von Fall zu Fall nach den obwaltenden Umständen unter Anwendung des § 157 zu ermitteln (RG 7. 5. 13 V 502/12). Ist die Haftung nur für eine bestimmte Zeit übernommen, so fällt sie fort, wenn die Schuld nicht innerhalb der Gewährsfrist fällig gemacht worden und eingefordert ist, wobei es auf die Fälligkeit dem Schuldner gegenüber ankommt (RG 27. 5. 08 V 382/07). Auf die zeitliche Beschränkung der Haftung gemäß § 438 hat anderseits der Verkäufer dann überhaupt kein Anrecht, wenn er die Haftung für den Eingang der Forderung übernahm (RG 23. 10. 12 V 179/12; JW 1910, 231[8]). Aber auch hier muß der Käufer zunächst gegen den Schuldner vorgehen, um nicht den Gewährsanspruch zu verwirken. Hat indessen der Verkäufer nicht nur für den vollständigen, sondern auch für den pünktlichen Eingang der Forderung Gewähr geleistet, dann ist die Abrede dahin zu verstehen, daß der Käufer bei Säumigkeit des Schuldners zur Inanspruchnahme des Verkäufers ohne weiteres berechtigt sein soll (RG Warn 1910 Nr 107). Vgl. auch RG 37, 290 (für preuß. Recht). Auf die zeitliche Beschränkung der Haftung gemäß § 438 wird sich übrigens der Verkäufer auch dann nicht berufen können, wenn er gewußt hat, daß die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bevorstehe, die ihm bekannten Umstände aber arglistig verschwieg (Mot 2, 127). Über die mangelnde Güte einer Hypothek entscheidet nicht immer ihr Ausfall bei der Zwangsversteigerung, zumal dann nicht, wenn der Gläubiger selbst das Grundstück billig erstanden hat (RG JW 1912, 237[5]). — Die Bestimmung des § 438 findet entsprechende Anwendung bei Abtretung einer Forderung an Erfüllungs Statt (RG Gruch 47, 642). Anderseits auch dann, wenn Gegenstand des Kaufes und der Abtretung nicht eine Forderung, sondern eine Hypothek oder eine Grundschuld ist und für deren Güte die Gewähr übernommen wird (RG 7. 5. 13 V 562/12).

2. **Rechtsnatur des Versprechens.** Die Übernahme der Gewähr stellt kein bürgschaftliches Versprechen dar, weil der Verkäufer für seine eigene, nicht aber für eine fremde Verbindlichkeit zu haften verspricht, und die Haftung ist demgemäß auch nicht vom Bestehen der verkauften Forderung abhängig (RG 60, 371 u. 72, 140; JW 1912, 239[6]; Gruch 54, 926). Das Versprechen unterliegt daher auch nicht der Schriftform; der Käufer darf aber ebensowenig wie bei der Bürgschaft arglistig Sicherheiten aufgeben, wie für ihn anderseits auch nicht die Pflicht zur Sorgfalt besteht (RG JW 07, 165[2]).

§ 439

Der Verkäufer hat einen Mangel im Rechte[1]) nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt[2, 3]).

Eine Hypothek, eine Grundschuld, eine Rentenschuld oder ein Pfandrecht hat der Verkäufer zu beseitigen, auch wenn der Käufer die Belastung kennt. Das gleiche gilt von einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Bestellung eines dieser Rechte[4]).

E I 373 II 381; M 2 215; P 2 658.

1. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Kenntnis von **Rechtsmängeln** und verfügt eine Ausnahme von der Regel, daß der Verkäufer solche zu vertreten hat. Bei andern Mängeln als denen im Recht findet daher § 439 keine Anwendung, so nicht auf das persönliche Vorkaufsrecht (**RG** 12. 3. 09 II 470/08; SeuffA 56 Nr 99; OLG 1, 83) oder sonstige obligatorische Verbindlichkeiten des Verkäufers, wo Haftung für Schadensersatz nach § 275 stattfindet; nicht bei Sachmängeln (vgl. § 460). Ferner bezieht sich die Vorschrift nur auf die Befreiung von **gesetzlicher Haftung,** nicht auch auf die durch besondere Zusicherung begründete (**RG** 88, 160; **RG** 23. 11. 18 V 158/18). Zu der gesetzlichen Haftung gehört auch die Pflicht aus § 435.

2. Die **Kenntnis des Käufers** muß sich auf das Nichtvorhandensein des Rechtes oder dessen Beschränkungen beziehen. Auf einen etwaigen Irrtum über die rechtliche Tragweite des Mangels kann sich der Käufer nicht stützen (**RG** 52, 167; Warn 09 Nr 501; 1914 Nr 42). Doch ist immer die Kenntnis von einem Recht erforderlich. Wenn daher jemand nur das Vorhandensein von Fenstern kennt, so braucht er damit noch nicht notwendig zu wissen, daß diese auf dem Vorhandensein der Rechtsbefugnis eines Dritten beruhen (unrichtig OLG 8, 62). Die Kenntnis vom Mangel des Eigentums beim Verkäufer macht den Kauf noch nicht zu einer emtio spei (RG 88, 165). Auf welche Weise der Käufer zur Kenntnis gekommen ist, ist gleichgültig, er braucht sie auch nicht durch den Verkäufer und bei Gelegenheit der Vertragsverhandlungen erworben zu haben (**RG** 52, 276), noch braucht sie aus der Vertragsurkunde sich zu ergeben. Die Kenntnis von einem Teil des Rechtes läßt bei Teilbarkeit der Befugnisse die Haftung für den unbekannten Teil bestehen (SeuffA 61 Nr 198). — Das Kennenmüssen (§ 122) steht dem wirklichen Kennen nicht gleich, auch wenn es auf Verschulden beruht (**RG** 59, 408; JW 06, 10[4]; 1911 S. 645[11], 646[12]; **RG** 8. 7. 19 II 30/19). Auch wenn jemand weiß, daß ein Dritter ein Patentrecht für sich in Anspruch nimmt, so bedeutet das noch nicht Kenntnis vom Bestehen des Patents (Warn 1911 Nr 366). Auch wenn ein Widerspruch gegen das Recht des Verkäufers (§ 899) oder eine Vormerkung (§ 883) eingetragen ist, kommt es doch auf die Kenntnis vom wirklichen Mangel an. Die Kenntnis davon, daß Eigentumsansprüche behauptet werden, ist daher nicht stets der Kenntnis vom Bestehen eines Rechtes gleichzustellen (**RG** 27. 4. 11 II 472/10; dagegen Recht 07 Nr 762). Immer kommt nur ein solches sicheres Kennen in Betracht, aus dem ein Verzicht auf die Gewährleistung anzunehmen ist. Dagegen muß sich derjenige, der erklärt, die Mängel im Rechte zu kennen, so behandeln lassen, als wenn dies der Fall wäre, auch wenn er die Kenntnis in Wahrheit nicht besitzt. So bei der Abrede im Vertrag über ein Grundstück: „Dem Käufer sind die Mietverträge bekannt" (**RG** 8. 4. 16 V 36/16).

3. Die Kenntnis muß **beim Abschlusse** des Vertrags vorliegen. Bei einer erst zur Zeit der Erfüllung erlangten Kenntnis kommt § 439 nicht zur Anwendung. Wenn wissentlich eine fremde Sache verkauft wird, kann darin ebensowohl eine besondere Gewährleistung des Verkäufers als ein Verzicht des Käufers auf den Rechtsmangel liegen. Es ist Auslegungsfrage. Auch die Vorschrift des § 439 Abs 1 ist nachgiebigen Rechtes und kann durch besondere Abreden abgeändert werden. Der Verkäufer haftet für Erfüllung des Kaufvertrags jedenfalls dann, wenn der Käufer nach den Umständen davon ausgehen durfte, daß der Verkäufer im Einverständnis mit dem dritten Eigentümer handelte (Recht 1918 Nr 216).

4. In **Abs 2** wird von der Regel des Abs 1 eine **Ausnahme** in Übereinstimmung mit der Verkehrssitte dann begründet, wenn der Mangel im Recht im Bestehen einer Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld oder eines Pfandrechts beruht. Hier kann der Käufer die Befreiung von solchen Belastungen stets verlangen, wenn nichts anderes vereinbart ist. Nach § 1107 gilt die Vorschrift auch wegen Rückständen von Reallasten. Die Reallast nach § 1105 (sächs. Landeskulturrente) fällt nicht unter § 439 Abs 2, sie ist nicht der Hypothek gleichgestellt (OLG 36 Nr 314). Es wird verordnet, daß es wieder bei der Regel der §§ 434 u. 435 verbleibt, auch wenn der Käufer diese Rechte kennt. Schon die Erwähnung des Pfandrechts weist darauf hin, daß hier nicht bloß Rechte an Grundstücken, sondern auch an beweglichen Sachen in Frage kommen, auch bewegliches Zubehör zu Grundstücken (**RG** 57, 1). Auch diese Vorschrift aber ist wieder nachgiebigen Rechts. Wenn namentlich der Käufer eines

Grundstücks die Hypothek oder die Grundschuld in Anrechnung auf den Kaufpreis übernommen hat oder der Verkäufer sonst die Gewähr dafür übernimmt, daß das aufhaftende Recht dem Käufer kein Hindernis bereitet (Warn 1919 Nr 95), kann die Beseitigungspflicht entfallen. Hat sich der Grundstücksverkäufer dem Käufer gegenüber verpflichtet, die auf dem Grundstück ruhende Rente selbst zu tragen und zur Löschung zu bringen, so muß er im Fall der Zwangsversteigerung von seinem Liquidate aus der Restkaufgeldhypothek so viel in Abzug bringen, als das zur Hebung kommende Rentenkapital beträgt (RG 11. 6. 10 V 475/09). Der Erwerber einer Hypothek, der das Nichtbestehen der Forderung kennt, kann den Verkäufer auch nicht wegen Rechtsunbeständigkeit der Hypothek haftbar machen, da Forderung und Hypothek untrennbar zusammenhängen (RG 81, 266). Kennt der Käufer ein für einen Dritten bestehendes dingliches Vorkaufsrecht, kann der Verkäufer, wenn es der Dritte ausübt, dem Käufer gegenüber Schadensansprüche ablehnen. Anders dagegen bei nur persönlichem Vorkaufsrecht, das die Kaufsache nicht belastet und nur Pflichten zwischen den Beteiligten begründet. Erfüllt der Verkäufer dem Vorkaufsberechtigten und macht er dadurch dem Käufer gegenüber die Leistung unmöglich, haftet er nach den gewöhnlichen Grundsätzen (SeuffA 56 Nr 99).

§ 440

Erfüllt der Verkäufer die ihm nach den §§ 433 bis 437, 439 obliegenden Verpflichtungen nicht, so bestimmen sich die Rechte des Käufers nach den Vorschriften der §§ 320 bis 327[1, 3]).

Ist eine bewegliche Sache verkauft und dem Käufer zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden, so kann der Käufer wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur verlangen, wenn er die Sache dem Dritten mit Rücksicht auf dessen Recht herausgegeben hat oder sie dem Verkäufer zurückgewährt oder wenn die Sache untergegangen ist.

Der Herausgabe der Sache an den Dritten steht es gleich, wenn der Dritte den Käufer oder dieser den Dritten beerbt oder wenn der Käufer das Recht des Dritten anderweit erwirbt oder den Dritten abfindet.

Steht dem Käufer ein Anspruch auf Herausgabe gegen einen anderen zu, so genügt an Stelle der Rückgewähr die Abtretung des Anspruchs[2]).

E I 374 II 382; M 2 216; P 1 660; 6 170.

1. Die **Rechtsfolgen der Nichterfüllung** der in § 433ff. begründeten Vertragspflichten sind im allgemeinen sowohl für den Verkäufer als für den Käufer die Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen überhaupt. In § 440 wird dies für den Verkäufer noch ausdrücklich hervorgehoben und damit klargestellt, daß jede einzelne der in §§ 433 bis 437 u. 439 dem Verkäufer obliegende Verpflichtung einen Teil der gesamten Verpflichtungen ausmacht, er also teilweise nicht erfüllt und wegen jedes dieses Teiles die Rechtsbehelfe deshalb zulässig sind, wenn er eine der genannten Verpflichtungen unterläßt. Nur bei Entwehrung beweglicher Sachen wird die Befugnis in Abs 2—4 beschränkt.

a) Der Käufer hat daher nach §§ 320, 322 die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, wenn ihm nur die Sache übergeben, aber nicht das Eigentum an ihr verschafft ist, ebenso wenn ein nicht bestehendes Recht verkauft und vom Verkäufer noch nicht begründet worden ist (§ 437; RG 73, 210; Warn 1916 Nr 161), nicht minder, wenn ihm eine mangelhafte Sache angeboten wird (RG 86, 93; JW 1912, 461[2]).

b) Der Käufer hat die Klage auf Erfüllung, und zwar auch dann, wenn dem Verkäufer durch sein Verschulden nach Abschluß des Vertrags die Leistung unmöglich geworden ist (§ 324).

c) Der Käufer hat die Klage auf Schadensersatz bei subjektivem Unvermögen nach § 275 Abs 2 (RG 69, 355; 73, 211; SeuffA 65, 96); bei positiver Vertragsverletzung des Verkäufers nach § 276, wenn durch sein Verschulden die Leistung unmöglich geworden ist; nach § 325, wenn die Erfüllung durch einen Umstand, den er zu vertreten hat, nach Abschluß des Vertrags unmöglich wurde; bei Gattungssachen wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften zur Zeit des Gefahrübergangs nach § 480 Abs 2 (RG 52, 355); bei Speziessachen wegen des Fehlens zugesicherter Eigenschaften zur Zeit des Kaufs nach § 463. — Bei Verzug des Verkäufers mit einer der ihm obliegenden Verpflichtungen hat der Käufer das Recht, Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung nach § 286 zu verlangen oder, nachdem er bei vergeblicher Fristsetzung zur Ablehnung der Leistung berechtigt worden ist, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326. Dies gilt auch, wenn der Verzug

darin besteht, daß bisher nur mangelhafte Ware geliefert worden ist, zu deren Annahme (im Unterschied zur Abnahme) der Käufer nicht verpflichtet ist, so daß dann der Verkäufer auch mit der Übergabe in Verzug kommt (JW 03, Beil 1,8).

d) Der Käufer hat weiter das Recht zum Rücktritt vom Vertrag nach Maßgabe der §§ 325, 326, 327 (JW 08, 35[9]), z. B. weil der Verkäufer eine nicht bestehende Hypothek nicht löschen läßt. Dieses Rücktrittsrecht ist eine einseitige, von der Zustimmung des Verkäufers unabhängige Befugnis, so daß nicht auf dessen Einwilligung geklagt werden kann. Feststellungsklage ist zulässig, wenn deren Voraussetzungen sonst vorliegen (RG JW 03 Beil 68[157]). Verschieden davon ist die Wandlung, auf die die Vorschriften des vertragsmäßigen Rücktrittsrechts Anwendung finden (§ 467). Die besonderen Gewährleistungsansprüche der §§ 459ff. schließen den Rücktritt wegen Verzugs nach § 326 aus. Im übrigen leiden aber nach § 327 die Vorschriften der §§ 346—356 über das vertragsmäßige Rücktrittsrecht auch hier Anwendung. So hat der zur Rücknahme des Grundstücks verpflichtete Verkäufer, der es nach dem Rücktritt des Käufers nicht zurückgenommen und nicht für die Abwendung der Zwangsversteigerung gesorgt hat, an dieser schuld (RG 4. 2. 05 V 350/04). Das Rücktrittsrecht des Käufers ist nach § 351 ausgeschlossen, wenn sich der Käufer zur Rückgewähr außerstand gesetzt hat, insbesondere wenn er das Grundstück unter solchen Umständen weiterveräußerte, daß der Nachfolger nicht verpflichtet wurde, seinen Erwerb zurückzugewähren (§ 353; RG 56, 260).

e) War die Erfüllung des Kaufvertrags von Anfang an unmöglich, greifen die Vorschriften der §§ 306—308 Platz. Wegen Unmöglichkeit bei Mangel im Recht vgl. zu § 437 A 1.

2. Der Grundsatz des Abs 1 findet im allgemeinen bei allen Käufen gleiche Anwendung, mag der Kaufgegenstand ein Grundstück, eine bewegliche Sache oder sonst ein immaterielles Rechtsgut oder ein Recht sein. Für den **Kauf einer beweglichen Sache** jedoch und den eines **Rechtes an einer beweglichen Sache,** das zum Besitz der Sache berechtigt (§ 441), hat das Gesetz eine Änderung in **Abs 2** insofern getroffen, daß hier der **Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung** zufolge des Entgegenstehens Rechte Dritter, die zur Entwehrung der Kaufsache befähigen, vom Käufer nicht sofort, sondern erst dann geltend gemacht werden darf, wenn er den Besitz der Sache verloren oder aufgegeben hat. Voraussetzung ist also immer, daß ihm die Sache bereits vom Verkäufer übergeben war. Der Anspruch geht auf vollen Ersatz des durch die Nichterfüllung entstandenen Nachteils (RG 50, 262). Die sonstigen Rechte wegen Nichterfüllung kann der Käufer sofort auf Grund des Nachweises, daß der Rechtsmangel besteht, geltend machen, den Anspruch wegen Eviktion aber nicht, solange er noch tatsächlich im Genuß des Kaufgegenstandes ist. Dann ist sein Schaden noch nicht verwirklicht, dieser muß erst infolge der Eviktion ein endgültiger geworden sein. Der Käufer ist aber nicht verpflichtet, sondern nur befugt, es mit dem Dritten, der den Eviktionsanspruch erhebt, auf einen Prozeß ankommen zu lassen und dem Verkäufer den Streit zu verkünden. Kann der Rechtsmangel außergerichtlich nachgewiesen werden, genügt es, daß der Käufer infolgedessen die Sache freiwillig herausgegeben hat oder dem Dritten einen ihm zustehenden Herausgabeanspruch gegen einen andern abtritt (**Abs 4**; §§ 867, 870). Diesem Fall ist nach **Abs 3** der gleichzusetzen, daß der Käufer den Besitz nur um deswillen behält, weil er den Dritten auf seine Kosten abgefunden oder diesen beerbt hat. Dies und die Rückgabe braucht nicht zugleich einen Rücktritt vom Vertrag zu bedeuten. Trotz § 446 trägt der Verkäufer unter den Voraussetzungen des § 440 Abs 2 auch noch nach der Übergabe die Gefahr, so daß der Schadensanspruch vom Käufer auch dann geltend gemacht werden kann, wenn die Sache ohne Verschulden des Verkäufers untergegangen ist.

3. Die Vorschrift des § 440 findet auch noch Anwendung, wenn die Entwehrung gegenüber einem Nachmann des Käufers erst stattfindet (OLG 13, 405).

§ 441

Die Vorschriften des § 440 Abs 2 bis 4 gelten auch dann, wenn ein Recht an einer beweglichen Sache verkauft ist, das zum Besitze der Sache berechtigt.

E I 374 II 382; M 2 216; P 1 660; 6 170.

Solche Rechte sind §§ 1012, 1017, 1036, auch §§ 1059 u. 1251. Nicht das Mietrecht.

§ 442

Bestreitet[1]) der Verkäufer den vom Käufer geltend gemachten Mangel im Rechte, so hat der Käufer den Mangel zu beweisen[2]).

E I 379 II 383; M 2 222; P 1 665.

1. Die Vorschrift hat nur den Fall im Auge, daß der vom Käufer behauptete Rechtsmangel als solcher vom Verkäufer bestritten wird. Wenn der Käufer bestreitet, daß die Handlungen der Rechtsverschaffung vom Verkäufer vorgenommen worden seien, z. B. die Abtretung der Forderung, die Auflassungserklärung, muß nach den allgemeinen Grundsätzen der Verkäufer beweisen, daß er seiner Verschaffungspflicht genügt habe.

2. Die Beweisregel umfaßt alle Streitfälle im Rahmen des § 434 ohne Unterschied, ob der Verkäufer seiner Verschaffungspflicht äußerlich schon durch Übergabe der Kaufsache genügt hatte oder nicht (Warn 1911 Nr 395), ferner ohne Unterschied, von welchem Rechtsbehelf aus § 440 der Käufer Gebrauch macht (Warn 1916 Nr 162). Es greift § 442 auch Platz, wenn der Käufer unter der Behauptung, daß der Verkäufer wegen des Vorhandenseins eines Mangels im Recht nicht gehörig leisten könne, nach § 320 vom Zurückhaltungsrecht Gebrauch macht; z. B. die Auflassung nicht entgegennimmt, denn ihre Entgegennahme ist keine Leistung des Käufers, die er zurückhalten kann (RG 69, 107); auch dann, wenn ein Dritter sein angebliches Recht bereits geltend macht. Der Beweispflicht genügt letztenfalls der Käufer nicht schon dadurch, daß er nachweist, daß der Dritte ein Recht geltend macht, sondern nur dadurch, daß er nachweist, daß das Recht des Dritten und damit der Rechtsmangel wirklich besteht (Warn 1916 Nr 162). Es kann natürlich vereinbart werden, daß der Verkäufer den Käufer schon gegen die bloße Geltendmachung eines Rechtes schützen solle. Eine Abmachung, daß der Verkäufer „in jeder Beziehung" für das Nichtbestehen einer Last aufzukommen habe, braucht indes noch nicht in jenem Sinne verstanden zu werden (RG 27. 10. 06 V 100/06).

§ 443

Eine Vereinbarung, durch welche die nach den §§ 433 bis 437, 439 bis 442 wegen eines Mangels im Rechte dem Verkäufer obliegende Verpflichtung zur Gewährleistung erlassen oder beschränkt wird[1, 5]), ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt[2–4]).

E I 380 II 384; M 2 228; P 1 667.

1. Grundsätzlich herrscht auch hinsichtlich der Gewährleistung wegen Mangels im Recht Vertragsfreiheit, so daß **Abreden** über Ausschluß, Beschränkung oder Erweiterung zulässig sind. Dies kann auch durch stillschweigende Vereinbarung geschehen oder sich ohne weiteres aus der Besonderheit des Vertrags ergeben. Eine Abrede, die sich nur auf einen bestimmten Fehler bezieht, ist im allgemeinen nicht dahin zu deuten, daß die Gewährleistung wegen aller Fehler erlassen sei. Denn der Erlaß ist nicht ausdehnend auszulegen (RG 62, 122).

2. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit über die Gewährleistung wegen Mängel im Recht findet seine Grenze an der **Arglist des Verkäufers.** Wenn dieser den Mangel beim Vertragsabschluß arglistig verschweigt, ist die Abrede nichtig. Das gleiche ordnet § 476 hinsichtlich der Vereinbarung über die Gewährleistung wegen Mängel der Sache im Sinne von § 459. Die Nichtigkeit tritt ohne Anfechtung ein, bleibt aber auf den Erlaß beschränkt und läßt die Rechtsbeständigkeit des Vertrags im übrigen unberührt (RG 62, 125; Warn 1914 Nr 115). Auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Arglist und dem Erlaß der Gewährleistung kommt es nicht an (RG 55, 214). Für Arglist ist erforderlich, daß der Verkäufer erstens das Vorhandensein des Fehlers kannte oder wenigstens mit der Möglichkeit des Vorhandenseins rechnete, bloßes Zweifeln allein ist aber nicht ausreichend (mißverständlich SeuffA 58, 314), daß er zweitens wußte, dem Käufer sei der Mangel nicht bekannt, könne ihm wenigstens unbekannt sein, und daß er drittens sich bewußt war, der Käufer würde bei Kenntnis der wahren Sachlage den Vertrag nicht abschließen oder gegebenenfalls die angebotene Ware als Erfüllung nicht annehmen (RG 62 S. 150, 300; JW 1913, 684[2]). Hiernach liegt namentlich arglistiges Verschweigen vor, wenn der Verkäufer schweigt, um den Käufer zu täuschen (RG 55, 213), z. B. falls dieser einen Preis bietet, der zum Wert der Sache außer Verhältnis steht und dieser erkennbar aus Irrtum abgegeben ist (Warn 08 Nr 186); wenn er durch sein Verhalten zu verhüten sucht, daß der Käufer den Fehler erfährt (Gruch 48, 336), sich etwa wahrheitswidrig den Anschein gibt, als halte er das Bestehen des Rechtes für zweifelhaft, während er dessen Nichtbestehen sicher weiß (RG 75, 436) oder sonst in böser Absicht die bei ihm vorhandenen Zweifel dem Käufer nicht mitteilt (RG 62, 149; 75, 436; JW 04, 359[13]; 09, 48[11]; Warn 1912 Nr 300; 1915 Nr 110). Dagegen sind besondere Veranstaltungen zur Unterdrückung des Fehlers nicht erforderlich. Nur die Kenntnis des Käufers — nicht auch schuldhaftes Nichtkennen — vom Vorhandensein des Mangels zur Zeit des Vertragsschlusses entzieht ihm das Recht, sich auf die Arglist des Gegners zu berufen (RG 8. 5. 07 V 468/06). Hat aber der Käufer die Kenntnis erst nach dem Vertragsschluß erlangt, so schließt die Annahme der Sache die spätere Geltendmachung eines Mangels im Recht nicht aus, es sei denn, daß ein Verzicht vorliege (JW 06, 10[4]). — Bei § 464 handelt es sich um Arglist nicht bei Vertragsschluß, sondern bei Erfüllung (RG 55, 213).

3. Nur die arglistige Herbeiführung des Erlasses der Gewährleistungspflicht macht diese Vereinbarung nichtig. Hat der Verkäufer **gutgläubig** durch unrichtige Angaben den Käufer in Irrtum versetzt, so kann dieser die Erklärung anfechten, sie ist aber nicht nichtig (JW 03 Beil 33[67]).

4. **Beweislast.** Der Käufer, dem sein etwaiger Erlaß entgegensteht, hat die Arglist des Verkäufers zu beweisen, und der letztere hat alsdann diesen Einwand durch den Nachweis der Kenntnis des Käufers im Zeitpunkte des Vertragsschlusses zu widerlegen.

5. **Haftung für Gehilfen.** Vgl. § 166 A 2 und **RG** 61, 207, betreffend die Arglist des Stellvertreters. Die Arglist eines bloßen Erfüllungsgehilfen, der kein Stellvertreter ist, kann dem Verkäufer um deswillen nicht zugerechnet werden, weil es sich beim Vertragsschlusse nicht um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt und der § 278 sonach außer Anwendung bleiben muß (§ 278 A 3). Möglich wäre es nur, den § 831 heranzuziehen, falls der Verkäufer den Dritten zu einer bestimmten Verrichtung, beispielsweise zur Auskunftserteilung bestellt und der andere dabei arglistig gehandelt hätte.

§ 444

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer über die den verkauften Gegenstand betreffenden rechtlichen Verhältnisse, insbesondere im Falle des Verkaufs eines Grundstücks über die Grenzen, Gerechtsame und Lasten, die nötige Auskunft zu erteilen[1, 3]) und ihm die zum Beweise des Rechtes dienenden Urkunden, soweit sie sich in seinem Besitze befinden, auszuliefern[1]). Erstreckt sich der Inhalt einer solchen Urkunde auch auf andere Angelegenheiten, so ist der Verkäufer nur zur Erteilung eines öffentlich beglaubigten Auszugs verpflichtet[2]).

E I 462 II 385; M 2 322; P 2 58.

1. **Diese Auskunftspflicht** ist nicht zu verwechseln mit der etwaigen Anzeigepflicht des Verkäufers beim Vertragsschlusse (§ 443). Sie betrifft den „verkauften" Gegenstand, setzt daher einen Kaufvertrag als bereits gegeben voraus und begründet somit eine weitere selbständige Verkäuferpflicht, deren Verletzung den Käufer zu den im § 440 vorgesehenen Rechtsbehelfen berechtigt (**RG** 52, 168; JW 1912, 745[3] betrifft den Fall eines besondern Vertrauensverhältnisses (**RG** LZ 1916 Sp 222[8]). Die bezeichnete Verpflichtung bezieht sich nur auf die das **rechtliche** Verhältnis begründenden Unterlagen, umfaßt dagegen nicht auch die Pflicht zu Rechtsbelehrungen (**RG** a. a. O.). Die Möglichkeit für den Käufer, sich aus dem Grundbuch zu unterrichten, entbindet den Verkäufer von seiner Auskunftspflicht nicht. Bei Verkauf von Forderungen kommt auch § 402 in Frage. **Die Verpflichtung zur Auslieferung von Urkunden** erstreckt sich nicht nur auf solche im **Besitze des Verkäufers** befindliche Urkunden, die den Rechtsbestand selbst betreffen, sondern auch auf diejenigen, die zum Beweise von rechtlichen Verhältnissen betreffs des Kaufgegenstandes dienen (z. B. Mietverträge und Bescheinigungen über das Eigentumsrecht des Mieters an den eingebrachten Sachen). Daher handelt es sich beim Forderungskaufe auch dann um eine Beweisurkunde im Sinne des § 444, wenn sie nur den Nachweis einer besonderen Beschaffenheit der Forderung (z. B. ihrer Sicherung durch Hypothek) erbringt (**RG** 3. 4. 09 V 375/08). — Unter die Bestimmung fallen dagegen nicht Urkunden, deren Übergabe zur Rechtsverschaffung selbst erforderlich ist, so daß nicht bloße Beweiszwecke in Frage stehen (§ 433).

2. Um sich über die **Vollständigkeit des Auszugs** vergewissern zu können, kann der Käufer vom Rechte auf Einsicht in die Urkunde gemäß § 810 Gebrauch machen.

3. Auf Auskunfterteilung kann geklagt werden. Vollstreckung nach ZPO § 888.

§ 445

Die Vorschriften der §§ 433 bis 444 finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind[1]), entsprechende Anwendung[2, 3]).

E II 386; P 1 653.

1. Für die **entsprechende Anwendung** kommen als sonstige **entgeltliche Veräußerungsgeschäfte** in Betracht: der **Vergleich** (**RG** 54. 167; JW 03 Beil 56) und alle solche, bei denen das Entgelt nicht in Geld, sondern in Handlungen besteht. Ferner der **Trödlervertrag**, der **Vertrag zwischen Verleger und Sortimenter**, die **Auslobung**. Als **entgeltliche Belastung** ist der **Verpfändungsvertrag** und die **Hypothekenbestellung** hervorzuheben. Die entsprechende Anwendung führt bei letzterer dahin, daß der Verpfänder nur dem Ver-

leiher das Hypothekenrecht gewähren und die diesem Erfolg entgegenstehenden Rechte Dritter beseitigen muß, dagegen braucht der Verpfänder nicht Rechte am Grundstück, die der Hypothek vorgehen, zu beseitigen, da nicht das Grundstück selbst zu gewähren ist. In Betracht kommen kann daher auch nicht, ob der Darleiher von dem Vorhandensein solcher Rechte Kenntnis gehabt hat oder nicht. Für eine entsprechende Anwendung von § 439 ist kein Raum (**RG** 55, 131).

2. In einigen Fällen entfällt die entsprechende Anwendung, weil die Anwendung der Vorschriften über den Kauf **in besonderer Weise** schon durch **Einzelvorschriften** angeordnet worden ist, so bei Hingabe an Zahlungs Statt (§ 365), Tausch (§ 515), Werklieferungsvertrag (§ 651), Gemeinschaft (§ 757), Miete und Pacht (§§ 541, 581 Abs 2), Vermächtnissen (§ 2182), Erbschaftskauf (§ 2374) usw.

3. Ausgeschlossen ist die entsprechende Anwendung

a) bei **unentgeltlichen Verträgen,** für die meist besondere Bestimmungen gelten, Schenkung (§ 523), Ausstattung (§ 1624), Schenkung einer Erbschaft (§ 2385 Abs 2), Gemeinschaftsteilung (§ 757);

b) bei Veräußerungen kraft **Gesetzes** oder **staatlicher Verfügungsmacht,** wie bei Zwangsversteigerung nach ZVG § 156 Abs 3, bei der Enteignung;

c) bei Überlassung von Gegenständen und Rechten **aus zum Gebrauch.**

§ 446

Mit der Übergabe der verkauften Sache²) geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung¹) auf den Käufer über³, ⁴). Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache⁶).

Wird der Käufer eines Grundstücks vor der Übergabe als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen, so treten diese Wirkungen mit der Eintragung ein⁵).

E I 463 II 387; M 2 322; P 2 58.

1. Unter **Gefahr** ist die Lage zu verstehen, die in einen Nachteil für jemand umschlagen kann, für den dem Geschädigten kein anderer haftet, den er also im Rechtssinne durch bloßen Zufall erlitten und somit selbst zu tragen hat (§§ 323, 276). Um **zufälligen** Untergang und zufällige Verschlechterung handelt es sich nur dann, wenn weder die eine noch die andere Vertragspartei für sie verantwortlich ist (§ 323). Fälle entgegengesetzter Art regeln §§ 324 u. 325.

2. Nur der Untergang und die Verschlechterung einer **Sache** als Kaufgegenstand kommt in Frage. Der Begriff der Sache ist im technischen Sinne des § 90 zu verstehen, es kommen bewegliche und unbewegliche in Betracht, Genus- und Speziessachen. Bei Genuskauf ist Konzentration erforderlich (§ 243; **RG** 92, 128). Dementsprechend ist auch nur an körperliche Veränderungen dabei zu denken. Für Entwertungen infolge Mängel im Rechte greifen §§ 434 ff. Platz. Soweit jedoch bei andern Gegenständen immaterieller Art, Sachgesamtheiten usw., eine dem Herrschaftsverhältnis an körperlichen Sachen gleichkommende Verfügungsgewalt durch einen der Übergabe entsprechenden Vorgang begründet werden kann, wie bei den zu § 433 unter 6c erwähnten Gegenständen, muß auch eine entsprechende Anwendung des § 446 für zulässig gehalten werden. Dies folgt auch aus § 2380. Nach § 451 sind außerdem den Sachen die dort bezeichneten **Rechte** gleichgestellt. Bei Verkauf von Wertpapieren ist zwischen der Urkunde als körperlicher Sache und dem in ihr verkörperten Recht zu unterscheiden. Nur in bezug auf erstere findet § 446 Anwendung, in bezug auf letztere §§ 433, 437—439, evtl. 451.

3. Die **Wirkung** des Gefahrübergangs bestimmt sich ausschließlich nach § 323. Wie der Gefahrübergang vom Eigentum unabhängig ist, so bewirkt er insbesondere nicht selbst auch einen Übergang des Eigentums. Nach § 446 kommt nur diejenige Leistungsunmöglichkeit in Betracht, die eine Wirkung des Untergangs oder der Verschlechterung der Sache ist. Ist die Leistungsunmöglichkeit die Folge anderer Ursachen, beruht sie auf objektiver oder subjektiver Unmöglichkeit zufolge von Umständen, die schon vor dem Untergang oder der Verschlechterung wenigstens im Keime vorhanden waren, so bleibt die Haftung hierfür aus § 323 unberührt und hängt nicht von dem Gefahrübergang im Sinne von § 446 ab (**RG** 6. 12. 05 V 210/05).

4. Der **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** ist auf die **Übergabe** der verkauften Sache festgesetzt. Der Begriff der Übergabe ist der des § 433. Die Vorschrift trifft daher unmittelbar nur den der körperlichen Übergabe. Wenn aber nach dem Vertrage die Leistung des Verkäufers als erfüllt anzusehen ist, sofern er dem Käufer nur den mittelbaren Besitz verschafft (§§ 930, 931), oder mit Übergabe von Dispositionspapieren, wie es z. B. beim

Verkauf „gegen Konnossement" der Fall ist, so ist anzunehmen, daß auch die in § 446 geordneten Folgen sich an die Verschaffung des mittelbaren Besitzes und an die Übergabe der Dispositionspapiere knüpfen (RG 52, 354). Ist nicht gegen Dispositionspapiere gekauft, so braucht der Käufer sie nicht anzunehmen. Tut er es doch, so ist es Auslegungsfrage, ob er damit auch die Gefahr nach § 446 hat übernehmen wollen, was im Zweifel anzunehmen ist. — Bei der Versteigerung von geschlagenem Holz geht die Gefahr nicht schon mit dem Zuschlag auf den Ersteher über, sondern erst mit der Besitzeinräumung, die auch durch Aushändigung des Verabfolgzettels geschehen kann. An sich liegt es in der Natur der Dinge, daß der Eigentümer einer Sache den Nachteil, der durch den zufälligen Untergang oder durch die zufällige Verschlechterung der Sache entsteht, das periculum rei, selbst zu tragen hat, casum sentit dominus. Im Gebiet der Verträge hat jedoch der Untergang und die Verschlechterung einer Sache, wenn sie Leistungsgegenstand ist, zugleich Bedeutung für die Leistungsmöglichkeit, und so kommt hinzu die Frage, wer die Gefahr der Leistungsunmöglichkeit, das periculum obligationis, zu tragen hat. Nach deutschem Recht blieb diese Gefahr auch nach Abschluß eines Kaufvertrags so lange beim Verkäufer, als er noch die Gewere an der Sache hatte, während nach römischem Recht mit dem vollständigen Abschluß des obligatorischen Vertrags auch die Gefahr der Erfüllungsmöglichkeit auf den Käufer überging. Das BGB ist zur alten deutschen Rechtsanschauung zurückgekehrt, wonach erst mit der Erlangung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache die Gefahr auf den Käufer übergeht. Voraussetzung ist aber immer, daß auch ein Kaufvertrag in Kraft steht; ohne einen solchen ist die Übergabe einer Sache noch keine Erfüllung. Dies ist der Fall bei einer zugefügten auflösenden Bedingung, nicht aber während des Schwebens einer aufschiebenden Bedingung, z. B. einer ausstehenden vormundschaftlichen Genehmigung, die trotz der Rückwirkung nach § 184 die Tatsache nicht ändern kann, daß zur Zeit der Übergabe noch kein fester Kauf vorlag. Daher ist dies auch ohne Einfluß auf die Berechnung der Verjährung nach § 477 (RG 65, 247). In diesem Fall trifft daher den Verkäufer bis zum Eintritt der Bedingung die Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung trotz etwa vorausgegangener Übergabe an den Käufer (bestritten). Im übrigen aber entscheidet bei wirklich zustande gekommenem Kaufvertrag dann lediglich das tatsächliche Herrschaftsverhältnis über die Sache. Dessen Wechsel ist der Grund, daß nun auch die Gefahr auf den Inhaber übergeht, da er allein noch in der Lage ist, für die Sache zu sorgen, sie zu überwachen (Denkschr 60). Daher ist der Gefahrübergang insbesondere unabhängig vom Übergang des Eigentums (RG 93, 33; 85, 320). Daher geht die Gefahr auch über, wenn sich der Verkäufer das Eigentum vorbehalten hat bis zur Bezahlung des Kaufpreises (RG 85, 321); bei Cif-Verkäufen schon mit der Abladung der Ware im Absendungshafen (RG 87, 1134). Es handelt sich hier nicht um die Wirkung der Verschlechterung der Sache auf die aus dem Eigentum fließenden Befugnisse, sondern um die Wirkung auf die Leistungsmöglichkeit, nicht das periculum domini, sondern das periculum obligationis. Die Regel des § 300, daß bei Annahmeverzug des Käufers der Verkäufer nunmehr nur noch für Vorsatz und Fahrlässigkeit haftet, steht mit diesem Grundsatz nicht in Widerspruch.

5. In drei Fällen durchbricht das BGB die Regel des Abs 1 und läßt den **Gefahrübergang vor der Übergabe** stattfinden, nämlich beim Grundstückskauf (§ 446 Abs 2), beim Übersendungskauf (§ 447) und beim Erbschaftskauf (§ 2380). Außerdem kann selbstverständlich durch Parteivereinbarung eine Abweichung getroffen werden. Diese wird häufig als stillschweigend vereinbart angenommen werden können, wenn ein Sachinbegriff (Inventar) oder eine andere Sachgesamtheit, ein Vermögen als Ganzes, ein Handelsunternehmen usw. verkauft wird. Diese Fälle sind dem Erbschaftskauf ähnlich. — Sonderbestimmungen noch beim Werkvertrag (§§ 644, 651) und bei der Zwangsversteigerung (ZVG § 56). Beim **Grundstückskauf** erfolgt der Gefahrübergang schon vom Eintrag ins Grundbuch an, auch wenn die Übergabe erst später erfolgt, das Grundstück also noch nicht in den tatsächlichen Herrschaftsbereich des Käufers gelangt ist, und zwar auch dann, wenn er durch die Eintragung nicht Eigentümer geworden sein sollte. Ist dagegen die Übergabe vor der Auflassung und Eintragung tatsächich geschehen, so ist der Gefahrübergang schon mit der Übergabe an erfolgt. Wenn mit dem Grundstück bewegliche Sachen verkauft worden sind (Warenvorräte — Zubehör — Bestandteil), gelten für beide die Grundsätze über den Gefahrenübergang gesondert, sofern nichts anderes gewollt ist. Wird bei einem Doppelverkauf das Grundstück dem einen Käufer übergeben, dem andern Käufer aber aufgelassen und eingetragen, so liegt für den ersten Käufer Nichterfüllung wegen unterlassener Eigentumsverschaffung vor, er hat daher den Anspruch au § 440; der zweite kann den Kaufpreis bis zur körperlichen Übergabe zurückhalten.

6. Übergang der Nutzungen auf den Käufer ist die Gegenleistung für die Tragung der Gefahr; dies geschieht daher in demselben Zeitpunkt wie diese. Cuius est periculum eius est commodum. Er greift auch dann durch, wenn der Gefahrübergang abredegemäß an ein anderes Ereignis geknüpft ist. Die Folge des Genusses der Nutzungen ist dann auch die

Tragung der Lasten. Über Nutzungen § 100, über Lasten § 436. Diese sind öffentliche und privatrechtliche. Zu den Lasten gehören nicht Leistungen, zu denen sich der Verkäufer auf Grund eines Vertrags persönlich verpflichtet hat, insbesondere nicht die zu zahlenden Versicherungsbeiträge. Wegen der Verteilung von Nutzungen und Lasten §§ 101, 103 (**RG** 26. 4. 11 V 472/10). Auf das Verhältnis zu Dritten, die die Nutzungen zu gewähren haben oder an die als Lasten Beträge abzuführen sind, hat die Regelung des § 446 keinen Einfluß. Vgl. aber § 573. Nur die von § 446 selbst geregelten Fälle kommen in Betracht, sonach auch die in Abs 2 geordnete Ausnahme, nicht aber die des § 447. Beim Übersendungskauf bleibt für den Übergang der Nutzungen und Lasten der Zeitpunkt der tatsächlichen Übergabe trotz des früheren Gefahrübergangs maßgebend. In § 2380 wird die Frage besonders geregelt, ebenso in ZVG § 56.

§ 447

Versendet der Verkäufer[1]) auf Verlangen des Käufers[2]) die verkaufte Sache[7]) nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so geht die Gefahr[4, 6]) auf den Käufer über, sobald der Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer oder der sonst zur Ausführung der Versendung bestimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat[3]).

Hat der Käufer eine besondere Anweisung über die Art der Versendung erteilt und weicht der Verkäufer ohne dringenden Grund von der Anweisung ab, so ist der Verkäufer dem Käufer für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich[5]).

E I 465 II 388; M 2 326; P 2 67.

1. Der **Versendungskauf** (Distanzkauf, Fernkauf) ist ein gewöhnlicher Kauf, bei dem lediglich die Besonderheit besteht, daß der Verkäufer als Nebenleistung die Versendung vom Erfüllungsort nach dem Bestimmungsort übernimmt (ROHG 19, 245). Dann soll die Auslieferung an die Beförderungsperson der Übergabe an den Käufer in Ansehung auf die Gefahrtragung gleichstehen. Die Vorschrift bezieht sich nur auf die Kaufsache. Die nicht mitverkaufte Emballage reist auf Gefahr des Verkäufers. Der hiervon zu unterscheidende Fall, daß der Verkäufer die Sache an den Erfüllungsort selbst erst zu verbringen hat, kommt bei § 447 überhaupt nicht in Frage, denn die Versendung an diesen bildet einen Teil der dem Verkäufer obliegenden Hauptverpflichtung zur Übergabe. Die Vorschrift ist selbstverständlich dispositiver Natur, es kann vereinbart werden, daß abweichend von der Regel des § 447 der Verkäufer die Gefahr der Versendung tragen solle. Darin liegt noch keine Abänderung des Erfüllungsorts. An den sonstigen Rechten und Verbindlichkeiten der Parteien ändert § 447 nichts. **Erfüllungsort** ist der „Ort der Leistung" im Sinne von § 269, also für den Verkäufer der Ort, wo er seinen Wohnsitz, bei gewerblichen Verkäufen, wo er seine gewerbliche Niederlassung hat zur Zeit des Abschlusses des Kaufvertrags. Ein späterer Wechsel darin ändert an dem einmal begründeten Erfüllungsorte nichts. § 269 bezieht sich zunächst nur auf die Ortschaft im geographischen Sinne. Innerhalb der Ortschaft liegt die Wohnung und das Geschäft, es ist daher sinngemäß weiter zu sagen, daß der Verkäufer auch nur in seiner Wohnung und in seinem Geschäft zu erfüllen braucht. An diesen Vorschriften des § 269 ändert § 447 nichts. Daher ist auch eine abweichend von § 447 getroffene Vereinbarung dahin, daß der Verkäufer die Gefahr (und Kosten) der Versendung tragen soll, ohne Einfluß auf den Erfüllungsort (**RG** 68, 78; 20. 1. 20 II 420/19). Sofern nun der Käufer in einem **andern Ort** als dem Erfüllungsort, sei es an einer andern Ortschaft oder wenigstens an anderer Stelle innerhalb der Ortschaft, seine Wohnung oder sein Geschäft hat, braucht auch er nur dort seine Leistung, das ist die Zahlung des Kaufpreises, zu erfüllen. Sein Erfüllungsort ist sonach ein anderer als der des Verkäufers. Da nun an sich jeder nur Zug um Zug zu erfüllen braucht, wäre, wenn jeder bei seinem Rechtsstandpunkt verharrte, überhaupt die Abwicklung des Geschäfts ausgeschlossen. Der Käufer muß die Ware beim Verkäufer, der Verkäufer beim Käufer den Kaufpreis holen, keiner aber braucht ohne Gegenleistung im Zuge seinerseits zu erfüllen. Es muß sonach der eine oder der andere nachgeben.

2. § 447 nun behandelt den Fall, wo der Verkäufer der Nachgiebige ist und die Kaufsache dem Käufer zuführt, um die tatsächliche Übergabe an ihn zu bewirken, aber von diesen Fällen wiederum nur den, daß dies

a) **auf Verlangen des Käufers** geschieht. Der dem § 447 zugrunde liegende Gedanke ist, daß der Verkäufer, der die Versendung betreibt, im Interesse des Käufers tätig wird und dessen Geschäfte führt. § 447 ist eine Ausnahme von der in § 446 aufgestellten Regel. Er-

folgt die Versendung vom Erfüllungsort an einen andern vom Käufer bestimmten oder ihn zur Zug-um-Zug-Leistung veranlassenden Erfüllungsort für seine Leistung aus eigenem völlig freien Belieben oder bloßer Gefälligkeit des Verkäufers, so kann dieser einseitige, nicht im Einverständnis mit dem Käufer ausgeführte Akt nicht dazu führen, diesem die Tragung der Gefahr vorzeitig und abweichend von der Regel des § 446 aufzubürden. Selbstverständlich braucht das Verlangen nicht ein ausdrückliches zu sein, sondern kann sich aus den Umständen und der Übung ergeben. Eine gesetzliche Verpflichtung, dem Verlangen des Käufers nachzukommen, besteht nicht. In vielen Handelszweigen besteht aber der allgemeine Handelsgebrauch, daß bei allen Distanzkäufen der Verkäufer die Ware zu übersenden hat und der Käufer erst zu zahlen braucht, wenn sie am Bestimmungsort angelangt ist. Damit wird tatsächlich eine Vorleistungspflicht für den Verkäufer begründet (RG 18. 1. 07 II 303/06). Da die Versendung der gekauften Ware nach dem Bestimmungsort an sich nicht zu den Pflichten des Verkäufers gehört, er vielmehr damit regelmäßig nur die Geschäfte des Käufers besorgt, so hat er die Versendung auch statt des Käufers und in dessen Interesse, aber in eigenem Namen zu treffen (RG 26, 106). Die Folge davon, daß er des Käufers Geschäfte besorgt, ist aber, daß nun diesen die Gefahr der Versendung trifft, und zwar „ganz abgesehen von Tradition, Besitz und Eigentumserwerb" (M 326ff.). Ist der Verkäufer aus irgendeinem Grunde außerstande, diese Nebenverpflichtung zu erfüllen und die Versendung zu bewirken, so bedeutet dieses noch nicht Nichterfüllung der Übergabepflicht aus § 433, die am Erfüllungsort zu erfolgen hat; der Käufer kann daher auch um deswillen nicht die Zahlung des Kaufpreises überhaupt verweigern, wenn es auch bei seiner Pflicht, dies nur Zug um Zug tun zu müssen, verbleibt. Anders liegt es nur, wenn die Versendungspflicht zum wesentlichen Bestandteil des Geschäfts gemacht worden ist (RG 88, 37). Ungewöhnliche Transportschwierigkeiten stehen der Unmöglichkeit der Versendung gleich, ungewöhnliche Anstrengungen braucht der Verkäufer nicht zu machen (OLG 36, 40).

b) Durch das Mittel der **Versendung.** Versendung setzt nicht begrifflich eine Verschiedenheit von Ortschaften im geographischen Sinne voraus. Auch innerhalb einer Ortschaft kann von dem Erfüllungsort (Wohnung, geschäftlicher Betriebsstelle des Verkäufers) aus nach einem andern Bestimmungsort (der Wohnung des Käufers oder eines Dritten, dem Bahnhof) eine „Versendung" stattfinden. Das ist namentlich bei ausgedehnten großen Städten der Fall (OLG 2, 218). Versenden ist aber vom Überbringen zu unterscheiden und setzt voraus, daß die Beförderung durch eine vom Verkäufer verschiedene und unabhängige Person ausgeführt wird. Dafür spricht schon die Hervorhebung der besonderen Beförderungspersonen in § 447. Darin liegt gerade der Grund für den Gefahrübergang vom Verkäufer auf den Käufer. Der Verkäufer entläßt mit der Auslieferung der Kaufsache an den zur Ausführung der Versendung bestimmten Dritten diese aus seiner Gewere, aus seiner Obhut; der die Versendung Ausführende hat nunmehr die Verfügungsgewalt über sie, und da er dies im Interesse des Käufers tut, trägt nun auch nicht mehr der Verkäufer, sondern der Käufer die Gefahr. Daher findet die Vorschrift des § 447 nicht auf Platzgeschäfte Anwendung, wo der Verkäufer die verkaufte Sache selbst oder durch seine Leute (sein Fuhrwerk, seine Ausläufer) ins Haus bringt oder bringen läßt. Diese erhalten in der Regel nicht einmal selbständigen Gewahrsam an den Sachen, sondern sind bloße Besitzdiener (§ 855), die Sachen sind dem Herrschaftsbereich und der Verfügungsgewalt des Verkäufers damit noch nicht entzogen, und es liegt daher kein Grund vor, ihm die Tragung der Gefahr vorzeitig abzunehmen (bestritten; a. M. RG in JW 1919, 992[1] und RG 96, 258). Der Verkäufer haftet für diese Personen auch nach § 278. Sofern aber auch innerhalb der Ortschaft die Versendung durch selbständige Beförderungsmittel geschieht (Spediteur, Frachtführer, Eilboten, Dienstmann, Gepäckträger), liegt eine Versendung im Sinne von § 447 vor. Dann findet jedoch § 278 keine Anwendung, vielmehr muß er nur bei der Auswahl der Beförderungsperson die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach § 242 beobachten und haftet dafür nach § 276. Er haftet also nicht ohne weiteres für Mißgriffe und Versehen der mit der Versendung beauftragten Person, wie z. B. die Aushändigung an einen Unberechtigten (RG 62, 333; RG 4. 5. 20 II 511/19). Demgemäß hat der Verkäufer zu beweisen, daß er eine geeignete Person mit der Beförderung betraut hat, und falls er die Verladung übernommen hat, daß er auch sie sorgfältig ausgeführt hat (JW 01, 725[12]). Der Vertrag mit der Beförderungsperson ist, da der Verkäufer der Versender ist, wennschon dabei die Geschäfte des Käufers führend und in dessen Interesse handelnd, auch vom Verkäufer in seinem Namen abzuschließen. Doch ändert es nichts an der von § 447 getroffenen Regelung über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs, wenn der Verkäufer den Vertrag im Namen des Käufers abschließt. Es kann sogar der Käufer in eigenem Namen den Beförderungsvertrag abschließen, sofern er damit nur die vom Verkäufer nach § 447 übernommene Versendung ausführen, nicht selbst diese für sich bewirken will (RG 6, 60; 62, 334). Vgl. § 251 A 4.

3. Der **Zeitpunkt des Gefahrübergangs** ist die **Auslieferung** an die Beförderungsperson.

a) Die Auslieferung ist ein tatsächlicher Vorgang, der im Sinne des kaufmännischen Verkehrs die gesamten Vorgänge umfaßt, die notwendig sind, um die Ablieferung zu bewirken (RG 92, 273). Auch wenn die Abholung der Ware durch Leute des Käufers erfolgt, liegt dem Verkäufer noch die Anweisung bei der Entnahme vom Lager ob (Recht 1918 Nr 1139). Sie begründet an und für sich dingliche Rechtsveränderungen noch nicht, sie enthält nicht schon die Übergabe nach § 433, die erst mit der Ablieferung an den Käufer erfolgt, und ebenso geht das Eigentum erst dann über, wenn der Käufer die Ware tatsächlich erhält und annimmt. Ist der Verkäufer nach dem Vertrage zur „Aufhebung der Lieferung im Kriegsfall" berechtigt, so kann er sogar als Eigentümer über die noch rollende Ware vor Ankunft am Niederlassungsort des Käufers selbst dann verfügen, wenn als Erfüllungsort der Niederlassungsort des Verkäufers vereinbart ist (RG 92, 271). Eine während des Transports eintretende Beschlagnahme geht daher zu Lasten des Verkäufers, auch wenn der Absendungsort als Erfüllungsort vereinbart ist. Die Zusage „beschlagnahme- und verwendungsfrei" insbesondere bezieht sich nicht nur auf die Zeit des Kaufabschlusses, sondern auf die Zeit des Eigentumserwerbs (RG 93, 333; JW 1918, 218[5]). Etwas anderes trifft nur dann zu, wenn die Beförderungsperson bei Empfangnahme der Sache zugleich als Vertreter des Käufers handelt und sich sonach mit der Empfangnahme durch diesen bereits die Übergabe verbindet (§ 929). Anderseits aber hat der Verkäufer seiner Verpflichtung zur Übergabe nach § 433 immer schon mit der Auslieferung an die Beförderungsperson genügt (Warn 1911 Nr 230). Ob die Auslieferung stattgefunden hat, richtet sich danach, wer die Beförderungsperson ist, und nach den konkreten Umständen. Bei Verkäufen „franko Waggon", „frei Bahnhof" beginnt die Versendungspflicht erst mit Auslieferung in den Waggon, auf dem Bahnhof, die Beförderung bis dorthin gehört noch zu den Übergabepflichten des Verkäufers, die deshalb auch dann auf seine Gefahr geht, wenn er diese Beförderung nicht durch seine Leute, sondern durch einen Frachtführer oder sonstige selbständige Dritte vornehmen läßt. Lautet dagegen der Verkauf „ab Lager", „ab Magazin", so beginnt die Versendung bereits im Zeitpunkt der Fortschaffung aus dem Lager, sofern sie von einer selbständigen Beförderungsperson ausgeführt wird. Erfolgt die Fortschaffung jedoch durch die eignen Leute des Verkäufers, so hat die Versendung auch dann noch nicht begonnen, es sei denn, daß diese nicht mehr in ihrer Eigenschaft als Angestellte und nach den Weisungen ihres Dienstherrn, sondern selbständig dabei handelten (a. M. RG JW 1919, 992[1]). — Über Abladegeschäft s. bei § 433.

b) Die Bestimmungen des § 447 gelten sowohl für den Spezieskauf als den Genuskauf. Bei Gattungsschulden muß aber die Sache, bevor der Gefahrübergang eintreten kann, erst ausgeschieden und nunmehr als konkretisierte versendet werden (§ 243). Die Konzentration ist eine einseitige Handlung des Verkäufers und es bedarf nicht hierzu der Benachrichtigung des Käufers. Sie liegt aber nicht vor, wenn nur im Innern des Verkäufers die Bestimmung getroffen wird, sondern es muß eine äußerlich erkennbare, tatsächliche Ausscheidung stattgefunden haben. Hierzu genügt unter Umständen schon die Absendung der Verladungsanzeige, die bloße Einladung ins Schiff bewirkt den Übergang der Gefahr regelmäßig noch nicht (RG 88, 392), ebensowenig die Benennung des Dampfers (RG 92, 128). Anderseits hindert die Absendung in einer Sammelladung den Gefahrübergang an sich nicht, sofern die für den Käufer bestimmte Ware aus der Sammlung genügend konkretisiert ist. Der bloße Umstand, daß die Ware dann zugleich mit andern versendet wird, steht nicht entgegen. Wenn vorgesehen ist, daß der Verkäufer von Gattungssachen (Getreide) zum Zwecke der Vertragserfüllung den Bruchteil einer größeren Menge anbieten darf und der Käufer dann in eine Gemeinschaft mit den übrigen beteiligten Empfängern eintreten muß, so genügt der Verkäufer seiner Verbindlichkeit nicht erst durch Verschaffung des Eigentums an der im Vertrag bestimmten Menge, sondern schon durch Verschaffung des Miteigentums zu entsprechendem Bruchteil an der größeren Menge. Diese größere Menge ist aber dann auch die bestimmte Sache, auf die sich das Schuldverhältnis nach § 243 beschränkt (RG 88, 391). Das gleiche gilt bei Zuvielsendung. Ist der unbestellte Teil besonders ausgeschieden, so bleibt der bestellte konkretisiert. Nur wenn dies nicht der Fall ist, fehlt es daran, und es kann dann ein Gefahrübergang mangels Bestimmtheit der Sache nicht stattfinden.

c) Die Übergabe eines kaufmännischen Dispositionspapiers kann vereinbarungsgemäß zwar als Übergabe der Ware im Sinne von § 433 gewollt sein, sie ist aber noch nicht die Auslieferung der Ware selbst an die Beförderungsperson. Daher geht die Gefahr des Transports der Ware bei Aushändigung des Dispositionspapiers an den Beförderer noch nicht auf den Käufer über. Die Gefahr des Transports des Dispositionspapiers aber trägt der Käufer nur, wenn dieses selbst Gegenstand des Kaufes ist. Andernfalls verbleibt es in beiden Fällen bei der Regel des § 446.

d) Die Übernahme der Versendungskosten durch den Verkäufer — abweichend von § 448 — hat auf den Übergang der Transportgefahr nach § 447 ebensowenig Einfluß wie auf den Erfüllungsort (RG in Gruch 48, 1014). Vgl. insbes. das „Cif-Geschäft" bei

§ 433 A 10hcc. Auch die Klausel „ausgeliefertes Gewicht" enthält keineswegs die Abwälzung der Gefahr auf den Verkäufer (Warn 1918 Nr 27).

4. Die **Gefahr,** deren Übergang in § 447 geregelt wird, beschränkt sich ausschließlich auf die **Beförderungsgefahr,** d. h. die Schäden, für die die Tatsache der Versendung ursächlich wird, wenn auch nur als Mitursache (**RG** Warn 1918 Nr 27). Sie betrifft aber nicht nur eine körperliche Veränderung der Sache, wie **RG** 93, 333 annimmt, sondern auch eine rechtliche, insofern sie nur eben in der Versendung ihre Mitursache hat. Dies ist allerdings nicht der Fall bei einer Beschlagnahme, die verhindert, daß der Verkäufer seiner Eigentumsübertragungspflicht nicht mehr nachkommen kann. Es fallen daher darunter Beschädigungen durch Einwirkungen und Einflüsse der Reise und der ihr dabei gewordenen Behandlung, ferner auch der Verlust und das Fehlgehen der Sache, ihr Verfehlen des Empfangsberechtigten und des Bestimmungsorts. Hierzu gehören auch Mißgriffe und Versehen der Beförderungspersonen, die die Aushändigung der Sache an einen Unberechtigten vornehmen (**RG** 62, 332,) ihre Verpfändung durch solche usw. Der Gefahrübergang umfaßt also nicht bloß die in § 446 Abs 1 ausdrücklich erwähnten Veränderungen im Bestand der Sache. Es ist kein vernünftiger Grund denkbar, warum der Käufer nicht auch dann die Gefahr der Versendung tragen soll, wenn der ordnungsmäßig ausgesuchte Spediteur aus eigner Entschließung die Ware mit einer Versicherung belastet, von deren Bezahlung die Auslieferung der Ware an den Käufer abhängig ist (**RG** 99, 56). Wenn jedoch die Sache während der Beförderung aus andern Gründen, etwa wegen der ihr schon vorher anhaftenden Mängel, sich verschlechtert oder zugrunde geht, so haftet hierfür der Verkäufer nach den Grundsätzen über Gewährmängel weiter, der Schaden trifft nicht den Käufer (**RG** 62, 334). Bei Unterbrechung der Versendung bewendet es bei dem einmal erfolgten Gefahrübergang.

5. Ein **Zuwiderhandeln gegen die Anweisungen des Käufers** ändert grundsätzlich nichts am Übergang der Gefahr nach Abs 1. Es begründet nur eine Haftung des Verkäufers für den gerade aus der Abweichung entstandenen Schaden. Dem Käufer liegt somit der Beweis ob, daß die Abweichung für den Schaden ursächlich geworden ist. Daß die Abweichung die ausschließliche Ursache war, ist nicht erforderlich, es genügt der Nachweis, daß der Schaden nicht eingetreten wäre, wenn der Verkäufer die getroffenen Anordnungen des Käufers nicht verletzt hätte (**RG** 11. 4. 05 III 475/04). Der Nachweis einer dringenden Veranlassung für die Abweichung (Tatfrage) dient aber dem Verkäufer als Befreiungsgrund, und im allgemeinen ist anzunehmen, daß der Verkäufer von der ihm angewiesenen Versendungsart dann abzugehen befugt ist, wenn ihm wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten die Befolgung nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann (**RG** JW 1917, 215[3]). Grundsätzlich steht die Bestimmung darüber, wie und wohin die verkaufte Ware zu versenden ist, dem Käufer zu. Der Verkäufer muß sich regelmäßig auch einer nachträglichen Änderung der ihm gegebenen Versendungsanweisung fügen, indes er braucht es dann nicht, wenn er an der Einhaltung der früheren Anweisung ein besonderes Interesse hat (**RG** JW 1917, 283[2]). — Wenn eine große Export betreibende Handelsmühle mit der Fobklausel verkauft hat, kann nicht von ihr verlangt werden, daß sie nach einem andern als dem ursprünglich bestimmten Ort des Inlands liefere.

6. Für den Übergang von **Nutzungen** und **Lasten** bewendet es bei der Vorschrift des § 446, er wird in § 447 nicht vorausgenommen. Die Früchte eines Tieres behält sonach der Verkäufer trotz der Ablieferung zur Versendung.

7. Über Gefahrübergang beim Rechtskauf § 451, beim Werkvertrag § 644 Abs 2. Aufbewahrungspflicht des Käufers nach HGB § 379 auf Kosten und Gefahr des Verkäufers bleibt bestehen.

§ 448

Die Kosten der Übergabe der verkauften Sache, insbesondere die Kosten des Messens und Wägens[1]), fallen dem Verkäufer[1]), die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte[2]) fallen dem Käufer zur Last.

Ist ein Recht verkauft, so fallen die Kosten der Begründung oder Übertragung des Rechtes dem Verkäufer zur Last[3]).

E I 466 II 390; M 2 328; P 2 68.

1. Der Grund dafür, **daß die Kosten der Übergabe den Verkäufer treffen,** liegt darin, daß die zur Bewirkung der Übergabe dienenden Veranstaltungen zur Erfüllung der Leistung erforderlich sind (M 2, 328; § 242). Zu den Kosten der Übergabe gehören auch die Kosten der Übersendung an den Erfüllungsort, auch die Ausfuhrsteuer (HansGZ 17, 292), die Zuckersteuer (**RG** LZ 1918 Sp 418[3]); zu den Kosten der Abnahme jedoch die der Verpackung. Die Kosten des Gas- und Wassermessers fallen an sich dem Verkäufer von

Gas und Wasser zur Last. Durch besondere Abrede kann natürlich Abweichendes vereinbart werden und geschieht gerade hier vielfach ortsüblich durch Auferlegung eines vom Käufer zu zahlenden „Mietzinses" für diese Messer.

2. Beim **Versendungskaufe** treffen die **Abnahme- und Versendungskosten** den Käufer deshalb, weil diese Aufwendungen im besonderen Interesse des Käufers liegen und auf seine besondere Veranlassung erforderlich werden (§ 447 A 2). — Auch der Frachturkundenstempel gehört zu den Beförderungskosten (**RG** 68, 43).

3. Ist zur Begründung und Übertragung eines **Rechtes** gerichtliche oder notarielle Beurkundung notwendig, so treffen diese den Verkäufer, ebenso die Stempelgebühren. Will der Verkäufer sich dabei durch einen Bevollmächtigten vertreten lassen, so hat diese Kosten der Vollmachtserteilung der Verkäufer im Zweifel auch dann zu tragen, wenn abweichend von § 448 der Käufer die Kosten der Begründung oder Übertragung übernommen hat, da die Bevollmächtigung nicht zum eigentlichen Akt der Begründung des Rechtes selbst gehört. Abs 2 gilt nicht für den Verkauf eines Rechtes an einem Grundstück; vgl. § 449.

§ 449

Der Käufer eines Grundstücks hat die Kosten der Auflassung und der Eintragung, der Käufer eines Rechtes an einem Grundstücke hat die Kosten der zur Begründung oder Übertragung des Rechtes nötigen Eintragung in das Grundbuch, mit Einschluß der Kosten der zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen, zu tragen. Dem Käufer fallen in beiden Fällen auch die Kosten der Beurkundung des Kaufes zur Last.

E I 466 II 390; M 1 328; P 2 68.

Kosten beim Kaufe eines Grundstücks. Geregelt wird hier die Kostenpflicht allein im Verhältnisse der Parteien untereinander, dagegen nicht auch dem Fiskus gegenüber (**RG** 96, 48). — Unter den „Kosten" sind nur die durch den Veräußerungsakt selbst veranlaßten Gebühren und Auslagen zu verstehen (**RG** JW 1911, 363[13]), etwa notwendige vorgängige Bereinigungen des Grundbuchs, nach GBO §§ 40, 41 erforderliche vorgängige Eintragungen des Verkäufers selbst gehören nicht darunter. Zu den Kosten der Beurkundung gehören hier auch die nicht nach § 313 notwendigen. Die an die Gemeinde zu entrichtende **Umsatzsteuer** fällt daher (**RG** a. a. O.) an sich nicht unter diejenigen Kosten, die der Paragraph im Auge hat (streitig); denn sie wird nicht durch ein der Übertragung des Eigentums dienendes Rechtsgeschäft begründet. Ihr rechtlicher Grund ist vielmehr die Tatsache der Eigentumsveränderung (**RG** 75, 208). Falls über Haftung für die Umsatzsteuer Streit besteht, werden in erster Linie die einschlägigen Vertragsbestimmungen auszulegen sein, und zwar unter Berücksichtigung einer hier etwa schon entstandenen Verkehrssitte. Eine Vertragsbestimmung, wonach der Käufer, „den Stempel und die sämtlichen übrigen Kosten zu tragen hat", läßt die Auslegung zu, daß dem Käufer auch die Umsatzsteuer zur Last fällt, selbst wenn beide Teile von ihrem Bestehen beim Vertragsabschlusse keine Kenntnis gehabt haben (**RG** 12. 12. 10 V 232/10). Hat der Käufer die Umsatzsteuer übernommen und hat er die Entgegennahme der Auflassung verzögert, dann muß er, wenn inzwischen die Steuer erhöht worden, auch die Erhöhung tragen (**RG** 2. 3. 10 V 204/09), und zwar infolge des zu vertretenden Verzugs. Falls beide Teile der Gemeinde gegenüber verpflichtet sind, müssen die Grundsätze der §§ 420 ff., insbesondere § 426 herangezogen werden. Übernimmt der Erwerber vertragsmäßig die Entrichtung der Umsatzsteuer, dann hat der Verkäufer das Interesse des Erwerbers dahin wahrzunehmen, daß nicht eine zu hohe Steuer berechnet wird (**RG** 2. 12. 14 V 308/14). — Die den Verkäufer nur persönlich belastende **Wertzuwachssteuer** (vgl. § 436 hat der Käufer im Zweifel sogar dann nicht zu tragen, wenn im Kaufvertrage vereinbart ist, daß der Käufer die Umsatzsteuer zu tragen hat. Die Wertzuwachssteuer soll im wesentlichen den unverdienten Gewinn und daher aus volkswirtschaftlichen Gründen den Verkäufer treffen; um die Haftung auf den Käufer abzuwälzen, bedarf es somit auch einer zweifelsfreien Vertragsbestimmung (**RG** JW 1911, 749[4]; Warn 1912 Nr 297), und es ist ein zweifelsfreier Beweis erforderlich (**RG** 72, 395; Gruch 1912, 108). Die Veräußerung spielt betreffs der Wertzuwachssteuer nur insofern eine Rolle, als bei ihr zutage tritt, daß der Veräußerer den Gewinn gemacht hat. Über die Begriffe „Umsatzsteuer" und „Wertzuwachssteuer" vgl. noch § 436 A 1 und **RG** JW 1910, 228[3]. — Die Kosten des Zuschlags bei der Zwangsversteigerung hat der Ersteher zu tragen (ZVG § 58).

§ 450

[1, 4]) **Ist vor der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr auf den Käufer übergegangen**[3]) **und macht der Verkäufer vor der Übergabe Verwendungen**

auf die Sache, die nach dem Übergange der Gefahr notwendig geworden sind, so kann er von dem Käufer Ersatz verlangen, wie wenn der Käufer ihn mit der Verwaltung der Sache beauftragt hätte.

Die Verpflichtung des Käufers zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag[2]).

E I 464 II 389; M 2 325; P 2 64; 6 170.

1. Die Vorschrift will nicht eine Verpflichtung des Verkäufers zu Verwendungen auf die Sache aufstellen. Inwieweit der Verkäufer zu solchen Verwendungen noch nach Abschluß des Kaufvertrags verpflichtet ist, ist ausdrücklich im BGB nicht bestimmt, es ergibt sich aber eine solche aus der Verpflichtung zur Übergabe der gekauften Sache nach § 433 (vgl. A 8cdd), die auch nicht notwendig mit dem Übergang der Gefahr auf den Käufer vollständig erlischt, z. B. bei Unterbrechung der Versendung im Falle des § 447 wieder wirksam werden kann.

2. Die Vorschrift behandelt vielmehr nur die Fälle, in denen tatsächlich **nach Abschluß** des Kaufvertrags und **vor der Übergabe** der Sache vom Verkäufer Verwendungen gemacht worden sind, und unterscheidet hierbei, daß das geschehen ist

(**Abs 2**) a) auch vor dem Übergang der Gefahr (der ja mit der Übergabe nicht zusammenzutreffen braucht). Für diesen Fall hat der Verkäufer, wenn die Verwendungen einer **Geschäftsführung ohne Auftrag** nach § 677 entsprechen, nach den Vorschriften des § 683 (ohne daß er geradezu ein Geschäftsführer wird) Ersatz der Aufwendungen wie ein Beauftragter zu beanspruchen, also nach § 670, soweit sie den Umständen der Meinung des Verkäufers nach erforderlich waren. Ausgenommen sind jedoch die zur Erhaltung der Kaufsache notwendigen Verwendungen, da diese der Verkäufer nicht als Geschäftsführer des Käufers und in dessen Interesse, sondern zufolge der unter 1 bezeichneten Verpflichtung im eigenen Interesse macht. Der in Abs 2 vorgesehene Fall liegt hier also gar nicht vor.

(**Abs 1**) b) Nach dem Übergang der Gefahr, welcher Fall nach § 446 Abs 2, nach § 447 und bei besonderer Vereinbarung eintreten kann. Dann hat der Verkäufer wie ein **Beauftragter** nach §§ 669, 670 Ersatz vom Käufer zu verlangen, jedoch mit den Einschränkungen, daß die Aufwendungen einmal auch objektiv notwendig waren (im Gegensatz zu § 670), sodann daß diese Notwendigkeit für die Aufwendungen nach dem Gefahrübergang eingetreten ist. Auch hier finden diese Vorschriften nur entsprechende Anwendung, der Verkäufer wird behandelt, „wie wenn" er Beauftragter wäre, nicht wird er direkt zum Beauftragten gestempelt. Diese Vorschriften sind daher immer nur sinngemäß im Rahmen der Pflichten aus einem Kaufvertrag anzuwenden.

3. Kommt der Verkäufer ausnahmsweise in die Lage, nicht nur nach Abschluß des Kaufvertrags und nach Übergang der Gefahr auf den Käufer, sondern auch noch nach Übergabe der Kaufsache Verwendungen auf sie zu machen, was z. B. in Fällen der Ersatzübergabe, der Übergabe durch Dispositionspapiere, aber auch sonst möglich ist, so richtet sich die Ersatzpflicht entweder nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis, kraft dessen der Verkäufer in die Lage kommt, noch Aufwendungen auf die Sache zu machen, wie etwa im Fall des § 930, oder es finden unmittelbar die Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag Anwendung.

4. Die Ansprüche aus § 450 geben dem Verkäufer ein Zurückhaltungsrecht nach § 273.

§ 451

Ist ein Recht an einer Sache verkauft, das zum Besitze der Sache berechtigt, so finden die Vorschriften der §§ 446 bis 450 entsprechende Anwendung.

E I 463 II 391; M 2 325; P 2 62.

Auch bei dem **Verkaufe von Rechten, die zum Besitze berechtigen** (§ 433), ist für den Gefahrübergang die Übergabe der Sache und im Falle einzutragender Rechte die Übergabe oder die zuvor erfolgte Eintragung (§ 446 Abs 2) entscheidend.

§ 452

Der Käufer ist verpflichtet, den Kaufpreis von dem Zeitpunkt an zu verzinsen[1]), von welchem an die Nutzungen des gekauften Gegenstandes ihm gebühren, sofern nicht der Kaufpreis gestundet ist[2]).

E I 467; M 2 329; P 2 69.

1. Vgl. § 446. **Die Verzinsungspflicht des Käufers** beruht auf dem Grundsatze, daß niemand die Sache und zugleich den Kaufpreis nutzen soll. Entscheidend ist für den Beginn der Verzinsungspflicht regelmäßig der Übergang des Nutzungsrechts auf den Käufer, nicht die Übergabe. Die Nutzungen können namentlich auch vor Eintrag des Käufers in das Grundbuch von diesem gezogen werden. Es genügt, daß die Nutzungen dem Käufer ferner rechtlich gebühren. Daß er tatsächlich solche gezogen hat oder ziehen konnte, ist nicht Voraussetzung. Bei Kaufleuten untereinander abweichend HGB § 353. Nach § 246 betragen die Zinsen 4 v. H., für beiderseitige Handelsgeschäfte nach HGB § 352 5 v. H. Die Zinsen sind nicht Verzugszinsen oder Vertragszinsen, sondern gesetzliche Zinsen. Anwendung des § 452 setzt voraus, daß keine Vereinbarung hierüber getroffen. Wenn dies geschehen, ist für § 452 kein Raum. Wenn Verzinsung des gestundeten Restes ausgemacht, keine Anwendung (Warn 1916 Nr 13). Nutzungsentgelt nach § 36 PrEnteignGes ist etwas anderes (**RG** 98, 43).

2. Vgl. § 433. Eine **Stundung** liegt nur dann vor, wenn abredegemäß der Kaufpreis erst nach (im wesentlichen) vollendeter Leistung des Verkäufers fällig sein soll; sie liegt nicht vor, wenn wie der Zahlungstermin so auch der wesentliche Teil der dem Verkäufer obliegenden Leistungen hinausgeschoben sind und entweder beide Leistung n Zug um Zug erfüllt werden sollen oder die Zahlung vor der Leistung des Verkäufers fällig sein soll (**RG** 50, 138, wo Stundung verneint wird, falls der Kaufpreis zwar nach der Übergabe aber vor oder nach der Auflassung des verkauften Grundstücks fällig ist). Kein Hinausschieben der Fälligkeit, also keine Stundung, wenn der Gläubiger dem Schuldner eine unbestimmte Frist zur Anschaffung von Geld einräumt (**RG** 83, 181). Jedenfalls muß die Stundung dem Käufer ein Recht auf Vorleistung des Verkäufers geben, während aus einer ihm bisher bloß erwiesenen Nachsicht kein Recht und keine Verpflichtung erwachsen kann. Ist dem Käufer anstatt der Barzahlung die Regelung mittels eines Akzepts nachgelassen, so wird der Kaufpreis sofort fällig, wenn der Käufer sich weigert, das Akzept zu geben (**RG** SeuffA 63 Nr 391). § 452 überhaupt nicht anwendbar, wenn Kaufpreis nicht in bar gezahlt, sondern durch Übernahme von Hypotheken gedeckt werden soll. — Über die Beweislast, falls der Käufer Stundung einwendet, vgl. § 433. Bestritten ist, ob mit Ablauf der Stundung die Zinspflicht aus § 452 ohne weiteres beginnt oder Verzugsetzung erfordert wird. Ersteres ist zu bejahen, da es sich bei § 452 nicht um Verzugs-, sondern um gesetzliche Zinsen handelt.

§ 453

Ist als Kaufpreis der Marktpreis bestimmt[1]), so gilt im Zweifel[2, 3]) der für den Erfüllungsort zur Erfüllungszeit maßgebende Marktpreis als vereinbart[2]).

E I 461 II 392; M 2 322; P 2 57.

1. Über den Begriff **„Marktpreis“** vgl. zu §§ 433 u. 385 und **RG** 34, 119. Er ist der Durchschnittspreis, wie er sich auf Grund der Marktlage für die in größerem Umfang abgesetzten Waren bildete, unabhängig von börsenmäßiger oder amtlicher Festsetzung, die jedoch ein wichtiges Beweismoment abgeben. Der Marktpreis ist nicht notwendig dasselbe wie der „angemessene Preis“. Die Bestimmung des Marktpreises kann ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden (Prot 1, 466), was insbesondere bei marktgängiger Ware zutrifft, dagegen auf den Kleinhandel überhaupt nicht paßt (Prot 2, 57). Hier wird der übliche Ladenpreis als vereinbart gelten. Unter Umständen greift die Bestimmung des § 306 Platz (Prot a. a. O.).

2. **Bloße Vermutung für eine Vereinbarung,** die durch den Nachweis einer andern Parteiabsicht entkräftet werden kann. Die Beweislast in dieser Hinsicht liegt dem Behauptenden ob. Läßt sich ein Marktpreis am Erfüllungsorte nicht ermitteln (**RG** 34, 119), so ist als Parteiwille weiter anzunehmen, daß gelten soll der „zur Zeit der Erfüllung für den Erfüllungsort maßgebende Marktpreis“ (Prot 2, 58), mithin der Preis desjenigen Ortes, der auch den Markt des Erfüllungsorts beherrscht. Läßt sich der Marktpreis des bezeichneten Ortes nicht mehr bestimmen, weil die Notierungen dort aufgehört haben, so ist gemäß § 242 zu erwägen, ob nicht andere Preisfestsetzungen an eben jenem Orte als Ersatz für die Preisnotierungen zu gelten haben (**RG** JW 07, 5[5]). — Als **Erfüllungsort** (§ 269) kommt hier der für den Verkäufer maßgebliche in Betracht (Prot 2, 57). Besteht am Erfüllungsort kein Marktpreis, kann der des nächsten größeren Ortes maßgebend sein. Die **Erfüllungszeit** bestimmt sich nach § 271. Bei Sukzessivlieferungsverträgen wirkt nicht ohne weiteres die spätere Preiserhöhung für die späteren Lieferungen (LZ 2, 455; 3, 682).

3. Die **Beweislast** regelt sich wie folgt: Fordert der Verkäufer den Marktpreis, so muß er beweisen, daß dieser (ausdrücklich oder stillschweigend) verabredet worden ist, während der Käufer gegebenenfalls zu beweisen hätte, daß der Preis in anderer Art bestimmt worden

sei. Fordert der Kläger den üblichen Ladenpreis oder einen allgemein angemessenen Preis, und macht der Käufer demgegenüber geltend, daß der Preis in dieser oder jener Art bestimmt worden sei, so muß der Kläger den Beweis dafür erbringen, daß der Preis abredegemäß auf die von ihm geltend gemachte Art habe berechnet werden sollen (RG SeuffA 58, 266; Recht 07, 376).

§ 454

Hat der Verkäufer den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet[2]), so steht ihm das im § 325 Abs 2 und im § 326 bestimmte Rücktrittsrecht nicht zu[1]).

E II 393; P 2 69.

1. **Beschränkung des Rücktrittsrechts beim Kaufe** gegenüber den §§ 325, 326. Voraussetzung hierfür ist erstens, daß der Verkäufer bereits erfüllt hat, und zweitens, daß ein Kreditkauf vorliegt. In § 454 handelt es sich um eine Ausnahmevorschrift, die streng auszulegen ist (Warn 1915 Nr 259). Was zur Erfüllung gehört, besagt § 433. Da der § 454 im übrigen voraussetzt, daß der Verkäufer „erfüllt" hat, so ist seine Bestimmung im Falle nur teilweiser Erfüllung regelmäßig nicht anwendbar (RG 10. 12. 07 II 310/07; Gruch 60, 310). Eine nur teilweise Erfüllung liegt in diesem Sinne jedoch nicht mehr vor, falls in der Hauptsache schon erfüllt ist und nur noch verhältnismäßig unerhebliche Erfüllungsteile ausstehen (RG 50, 140), wie etwa die Lieferung von Zubehörstücken. Sonst handelt es sich um Teilerfüllung (als solche) ebensowohl, wenn es nach dem Umfange wie dann, wenn es nach der Beschaffenheit der Leistung an der Vollerfüllung mangelt (z. B. es ist das verkaufte Grundstück zwar übergeben, aber noch nicht aufgelassen, RG 50, 139). In der ersteren Hinsicht ist jedoch anzunehmen, daß, wenn Lieferung in Teilleistungen abgemacht und der für jede Teilleistung besonders zu berechnende Betrag gestundet worden ist, die Bestimmung des § 454 in Ansehung der bereits erfüllten Teilerfüllung Platz greift, ungeach et dessen, daß der Vertrag im ganzen als ein einheitliches Geschäft anzusehen ist (RG Warn 08 Nr 137; streitig). Hinsichtlich des noch nicht erfüllten Teiles kann das Rücktrittsrecht ausgeübt werden (RG Gruch 52, 976; 60, 310). Die den Käufer begünstigende Sonderbestimmung beruht eben auf dem Gedanken, daß der Käufer, der die Sache zur Verwendung oder zum Verbrauche erwirbt, durch die Rückgängigmachung des Kaufes unbillig belastet werden kann, und überdies ist erwogen, daß es nahe liege, in der Stundung d-s Kaufpreises einen Verzicht des Verkäufers auf das Rücktrittsrecht zu erblicken, weil sie den bei Zug-um-Zug-Leistungen sonst bestehenden Zusammenhang zwischen Leistung der Ware und Zahlung des Preises auflöse (Prot 2, 71). Die Beschränkung des Verkäufers tritt ferner insoweit nicht ein, als sich der Käufer außer zur Zahlung des Preises noch zu andern Nebenleistungen (Bebauung des gekauften Grundstücks) verpflichtet hat und in dieser Hinsicht in Verzug geraten ist. Solchenfalls hat Verkäufer Rechtsbehelfe aus §§ 325, 326 (RG JW 1915, 1190[2]). Nur das **gesetzliche Rücktrittsrecht** aus dem § 325 Abs 2 wegen fruchtlosen Ablaufs der dem Käufer gemäß § 283 gestellten Frist, sowie dasjenige aus § 326 wegen Verzugs, büßt der Verkäufer ein, falls die beiden Voraussetzungen des Gesetzes gegeben sind; mithin aber nicht auch das vertragsmäßige Rücktrittsrecht im Sinne des § 346 oder des § 360 und ebensowenig das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung aus den §§ 325, 326 (Warn 1915 Nr 259).

2. In der Stundung liegt ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht (RG 83, 179), aber nur so weit, als die Stundung reicht. Die Stundung kann durch Gewährung eines Zahlungsziels auch handelsüblich sein. Eine Stundung liegt nur vor, wenn der Kaufpreis vere nbarungsgemäß erst nach vollendeter Erfüllung des Verkäufers fällig werden soll (RG 50, 140). In dem bloßen Zeitlassen zur Beschaffung des Geldes liegt noch kein Hinausschieben der Fälligkeit der dem Beklagten obliegenden Leistung (Prot 2, 71; RG 83, 179). So liegt Barkauf vor, wenn nicht bezahlt wird lediglich, weil der Käufer nicht genügendes Geld bei sich hat und sofortige Zahlung verspricht. Dann können Rechte aus § 326 geltend gemacht werden (RG 14. 10. 19 II 112/19).

§ 455

[1]) Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache[2, 7]) das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel[4]) anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung[3]) vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt[5, 6]).

E II 394; P 2 79.

1. Der **Vorbehalt des Eigentums** (der nicht ausdrücklich erklärt zu werden braucht; Marktverkehr, Geldwechseln; **RG** 64, 337), hat nach der Auslegungsregel des Gesetzes eine dingliche und zugleich eine eigentümliche persönliche Wirkung. Denn einmal macht er das dingliche Übereignungsgeschäft (aufschiebend) bedingt, während der Kaufvertrag unbedingt bleibt, und zweitens gibt er dem Verkäufer ein persönliches Rücktrittsrecht (§ 360). Beide Wirkungen bestehen unabhängig nebeneinander. Dies zeigt sich beim Eintritt und beim Ausfall der Bedingung (A 5). Der Vorbehalt kann rechtsgültig auch in Erwartung des demnächst erfolgenden Eigentumserwerbs gemacht werden mit der Wirkung, daß er erst mit Befriedigung des früheren Verkäufers in Geltung tritt (**RG** 23. 10. 10 II 599/09).

2. Der Vorbehalt ist nur **beim Verkauf beweglicher Sachen** zulässig, die auch verbrauchbare sein können (OLG. 2, 343). Mit dem Verbrauch wird der Vorbehalt freilich gegenstandslos. Auch bei Gesamtheiten körperlicher Sachen, wie Warenlager, zulässig (Warn 09 Nr 198). Dadurch sind Einzelveräußerungen nicht notwendig ausgeschlossen. Der Vorbehalt kann auch erst künftig hinzutretende Sachen ergreifen (**RG** BayZ 2, 381). Gegenüber der sachenrechtlichen Wirkung der Verbindung, Vermischung, Verarbeitung hat der Vorbehalt keine Wirkung. Ob eingebaute Maschinen Bestandteil werden, ist Tatfrage (**RG** 69, 121). Bei unbeweglichen Sachen ist er ausgeschlossen (vgl. § 158 A 6); desgleichen bei allen Verkäufen, die überhaupt nicht eine körperliche (bewegliche) Sache zum Gegenstande haben, wie z. B. beim Verkaufe eines Erwerbsgeschäfts, wenn dabei das Geschäft als solches die Hauptsache ist, die mitverkauften Sachen (§ 90) dagegen nur von nebensächlicher Bedeutung sind (**RG** 67, 385). Bei Grundstückskauf kann nur entweder für den Käufer ein durch vollständige Preiszahlung bedingter persönlicher Anspruch auf Übereignung oder für den Verkäufer ein durch Nichtzahlung bedingter persönlicher Anspruch auf Rückübereignung begründet werden. Diese Ansprüche können auch durch Vormerkung dinglich gesichert werden. Das Gesetz hat auch nur den **vor oder bei der Übergabe** ausgesprochenen Vorbehalt im Auge. Ein nach bedingungslos erfolgter Übergabe erklärter Vorbehalt entbehrt der dinglichen Wirkung deshalb, weil das auf den Käufer bereits übergegangene Eigentumsrecht überhaupt nicht im Wege bloßer Vereinbarung zurückübertragen werden kann (**RG** 54, 396; SeuffA 67 Nr 108). Es bedarf dazu vielmehr noch des dinglichen Vollzugsgeschäfts. — Die Vermutung sodann, die das Gesetz an den Vorbehalt knüpft, ist die einer aufschiebend bedingten Eigentumsübertragung. Die Voraussetzung des Gesetzes ist endlich, daß die zur Übereignung an sich erforderlichen Rechtshandlungen (Übergabe und Einigung, § 929) spätestens schon bei Erklärung des Vorbehalts vorgenommen sind, wenn auch aufschiebend bedingt.

3. Die **Rechtslage während schwebender Bedingung**. Der Käufer ist unmittelbarer Besitzer der Sache, der Verkäufer mittelbarer (§ 868; **RG** 54, 397; 69, 197). Das Eigentum bleibt beim Verkäufer, der daher auch das Aussonderungsrecht im Konkurse des Käufers hat. Der Käufer aber erlangt außer dem Besitz auch ein anwartschaftliches Recht auf das Eigentum (**RG** 67 Nr 7). Da die Sache bereits in seine tatsächliche Herrschaft gelangt, trägt er auch die Gefahr (**RG** 85, 320). Das anwartschaftliche Recht auf das Eigentum geht gegen den Verkäufer auch dahin, daß er noch im Augenblick des Eintritts der Bedingung, der Zahlung des letzten Kaufpreises, den Eigentumsübertragungswillen hat. Bis dahin kann der Käufer dieses selbständige Anwartschaftsrecht auch weiter übertragen (**RG** 95, 106). Das Gebrauchsrecht steht dem Käufer während der Schwebezeit in der Regel nicht zu. Aber möglich ist auch die Abrede, daß dem Käufer die Befugnis zum Verbrauche oder zur Veräußerung der ihm bedingungsweise übergebenen Sachen zustehen soll. Alsdann beschränkt sich der Eigentumsvorbehalt auf die nicht veräußerten Sachen (**RG** Warn 09 Nr 198, hinsichtlich des Verkaufs eines Warenlagers). — Im übrigen besteht gegenseitige Haftung, falls der eine oder der andere Teil während der Schwebezeit die Verschaffung des Eigentums in vertretbarer Weise unmöglich macht, und zwar die Haftung des Käufers nach § 324, so daß er zutreffendenfalls trotzdem den Kaufpreis zahlen muß, und anderseits die des Verkäufers gemäß § 325, so daß der Käufer von den dort gegebenen Rechtsbehelfen (§ 325 Satz 1) Gebrauch machen kann. Die Haftung des Käufers tritt z. B. ein, wenn er sich verpflichtet hatte, eine Schuld des Verkäufers (namentlich eine in Verrechnung auf den Kaufpreis übernommene) zu bezahlen, und demnächst zufolge vertretbarer Unterlassung der Zahlung die Kaufsache durch den Gläubiger des Verkäufers gepfändet und zur Versteigerung gebracht wird. Dagegen würde der Verkäufer haften, wenn die zwangsweise Versteigerung des Grundstücks ohne Verschulden des Käufers infolge Verschuldens des Verkäufers eingetreten wäre (**RG** 66, 347). Zutreffendenfalls käme bei beiderseitigem Verschulden der § 254 zur Anwendung. — Zu wirksamen Verfügungen ist der Käufer in der Zwischenzeit regelmäßig nicht befähigt. Der Rechtserwerb durch Dritte ist jedoch trotzdem möglich nach den Grundsätzen vom gutgläubigen Erwerbe (§§ 161, 932) oder von der Heilung unwirksamer Verfügungen eines Nichtberechtigten (§ 185; vgl. **RG** Warn 09 Nr 198). Nimmt der Käufer derartige Veranstaltungen mit der Kaufsache vor, daß diese zum wesentlichen Be-

standteile einer andern Hauptsache wird, so geht damit der Verkäufer seines Eigentums verlustig (RG JW 00, 889), aber zu seinen Gunsten wären gegenüber dem Käufer wiederum der § 324 und dem Eigentümer der Hauptsache gegenüber die §§ 951, 812 anwendbar.

4. Der **Verzicht des Verkäufers auf die Bedingung** hat in dinglicher Hinsicht den sofortigen Eigentumsübergang zur Folge, auch bedarf es dazu keiner Annahme des Verzichts seitens des Käufers (§ 397 A 1 a. E.; RG 66, 344). Das Schuldverhältnis dagegen wird durch den bezeichneten Verzicht nicht beeinflußt; um den Verkäufer auch des Rücktrittsrechts verlustig zu machen, bedarf es vielmehr eines Vertrags (vgl. A 1 a. a. O.). — Ob ein Verzicht anzunehmen ist, falls der Verkäufer während schwebender Bedingung die Kaufsache beim Käufer gegen diesen pfänden läßt, läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden (RG 66, 348; 79 Nr 56; Warn 1911 Nr 71).

5. Die Folgen der Nichtzahlung sind doppelte: dinglich wird die Übereignung hinfällig, gleichviel, ob der Käufer in Verzug ist oder nicht. Der Verkäufer kann daher die Sache als sein Eigentum zurückfordern, auch wenn der Kaufvertrag selbst bestehen bleibt. Denn dieser ist von der Nichtzahlung und dem Hinfälligwerden des Eigentumsübergangs zunächst unberührt. Forderungsrechtlich erlangt der Verkäufer, wenn die Nichtzahlung auf Verzug beruht (§ 284) ein Rücktrittsrecht (§ 346).

6. Die Folgen der Zahlung sind, daß die vorgesehene Bedingung eingetreten ist. Da bedingte Übereignung nach den Grundsätzen des BGB überhaupt möglich ist, so folgt, daß zum Wirksamwerden des dinglichen Übereignungsgeschäfts nichts anderes mehr erforderlich ist als die Erfüllung der Bedingung (RG 64, 206). Mit dieser Tatsache erlangt demgemäß der Käufer das Eigentum an der ihm übergebenen Kaufsache ohne weiteres und endgültig (§ 158 A 4), ohne daß es einer neuen auf die Übertragung des Eigentums gerichteten Willenseinigung bedürfte (RG 66, 349). Weiter aber folgt hieraus nicht, daß der Verkäufer schon mit der vollzogenen bedingten Eigentumsverschaffung, nicht erst im Augenblick des Eigentumsübergangs vollständig erfüllt hat (RG 64, 206 u. 334). Der Verkäufer hat vielmehr die ihm nach § 433 obliegende Leistung nicht vollendet, wenn er dem Käufer zwar die Sache übergeben, aber noch nicht übereignet hat (RG 85, 321). Bis zu diesem Zeitpunkt besteht seine obligatorische Verpflichtung, Eigentum zu verschaffen, immerhin fort (RG 64, 207). Die Verpflichtung zur Beseitigung etwaiger Rechte Dritter ist erst mit Bezahlung des Kaufpreises, wenn das Eigentum übergeht, zu erfüllen (RG 83, 214). Auch die Verpflichtung zur Gewährleistung nach § 434 braucht erst im Zeitpunkt erfüllt zu werden, in dem sich die den Eigentumsübergang bewirkende Bedingung erfüllt (RG 83, 315).

7. Bei **Abzahlungsgeschäften** ist auf die Geltendmachung des Eigentumsvorbehalts der § 5 des Ges. v. 16. 5. 94 anwendbar (RG JW 05, 18[14]), vgl. auch § 360 A 1. Auch im Sinne des § 5 a. a. O. ist der Vorbehalt des Eigentums nur bei beweglichen körperlichen Sachen zulässig (RG 67, 386). Abzahlungsgeschäfte in Lotterielosen und Inhaberpapieren mit Prämien sind nach § 7 d. Ges. strafbar. Über Wirkung des Eigentumsvorbehalts im Konkurs nach KO § 17 (RG 64, 204).

§ 456

Bei einem Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung[1]) dürfen der mit der Vornahme oder Leitung des Verkaufs Beauftragte und die von ihm zugezogenen Gehilfen, mit Einschluß des Protokollführers, den zum Verkaufe gestellten Gegenstand weder für sich persönlich oder durch einen anderen noch als Vertreter eines anderen kaufen[2]).

E I 468 II 395; M 2 330; P 2 72.

1. In Betracht kommen Verkäufe im Wege der Zwangsvollstreckung nach ZPO §§ 814 bis 817, 821, 857, also sowohl bei öffentlicher Versteigerung als bei Verkäufen aus freier Hand. Die Vorschrift bezieht sich auch auf Zwangsvollstreckung in Forderungen. Ob hierzu auch die zwangsweise Versteigerung von Grundstücken gehört und mithin der § 456 auch hier unmittelbar Anwendung finden kann, hängt davon ab, ob man diese Versteigerungen überhaupt unter den Begriff Kauf bringen kann (§ 156 A 1 u. 3, wo die Frage verneint wird). Jedenfalls ist aber eine entsprechende Anwendung statthaft, wie sie nach den M 2, 332 überall da zulässig ist, wo ohne die Voraussetzung der Zwangsvollstreckung der Auftrag zum Verkaufe auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung erteilt wird (§ 457).

2. Wird dem **Verkaufsverbot** zuwidergehandelt, so ist der Kauf nicht nichtig, vielmehr genehmigungsfähig (§ 458). Denn es soll die Vorschrift nur zum Schutze der beim Kaufe Beteiligten dienen (M 2, 331), und es liegt die Sache hier sonach ähnlich wie beim § 135. — Das Verbot des Verhandelns mit sich selbst nach § 181 greift neben § 456 Platz; beide Verbote sind miteinander verwandt (RG 56, 108). — Das Kaufen „durch einen andern" umfaßt auch den Fall des Erwerbs durch einen mittelbaren (indirekten) Stellvertreter

(Vorbem 1 vor § 164). — Über die Verpflichtung des Käufers zum Schadensersatze vgl. § 458. Als Hilfspersonen kommen namentlich die nach § 825 ZPO Beauftragten in Betracht. Öffentlichrechtliche Verbotsbestimmungen, namentlich die landesrechtlichen Disziplinarbestimmungen, bleiben daneben in Kraft (vgl. preuß. Geschäftsordnung für Gerichtsvollzieher v. 24. 7. 79 § 75).

§ 457

Die Vorschrift des § 456 gilt auch bei einem Verkauf außerhalb der Zwangsvollstreckung, wenn der Auftrag zu dem Verkauf auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift erteilt worden ist, die den Auftraggeber ermächtigt, den Gegenstand für Rechnung eines anderen verkaufen zu lassen, insbesondere in den Fällen des Pfandverkaufs und des in den §§ 383, 385 zugelassenen Verkaufs, sowie bei einem Verkaufe durch den Konkursverwalter.

E I 469 II 395; M 2 332; P 2 72.

Das Verbot des § 456 wird auf rechtsähnliche Fälle ausgedehnt, aber abschließend nur auf die bestimmten aufgezählten §§ 753 (Gemeinschaft), 966, 979, 983 (Versteigerung von Fundsachen), 1003 (Befriedigung des Besitzers wegen Verwendungen aus dem Erlöse für die Sache), 2042 (Auseinandersetzung der Miterben); ferner HGB §§ 290, 371, 373, 376, 379, 388, 391, 437, 440; §§ 1233ff. (Verkaufsrecht des Schuldners im Falle des Gläubigerverzugs; KO §§ 117, 127 (Recht des Konkursverwalters zur Verwertung von Bestandteilen der Masse durch Veräußerung).

§ 458

Die Wirksamkeit eines den Vorschriften der §§ 456, 457 zuwider erfolgten Kaufes und der Übertragung des gekauften Gegenstandes hängt von der Zustimmung der bei dem Verkauf als Schuldner, Eigentümer oder Gläubiger Beteiligten ab[1]). Fordert der Käufer einen Beteiligten zur Erklärung über die Genehmigung auf, so finden die Vorschriften des § 177 Abs 2 entsprechende Anwendung[2]).

Wird infolge der Verweigerung der Genehmigung ein neuer Verkauf vorgenommen, so hat der frühere Käufer für die Kosten des neuen Verkaufs sowie für einen Mindererlös aufzukommen[3]).

E I 468 II 396; M 2 332; P 2 72.

1. Von der **Zustimmung der Beteiligten** hängt sowohl die Wirksamkeit des Schuldverhältnisses als auch die des dinglichen Vollzugsgeschäfts ab. Ist die Zustimmung im voraus erteilt (Einwilligung, § 183), dann sind das Schuldverhältnis sowie das dingliche Rechtsgeschäft von Anfang an wirksam; fehlte es bei ihrer Vornahme an der Einwilligung, dann sind beide Geschäfte bedingt wirksam, und bis zur Entscheidung, d. h. bis zur Erteilung oder Versagung der Genehmigung, besteht der Schwebezustand. Der Käufer ist jedoch (anders als in den Fällen der §§ 108, 109 u. 177, 178) bis zur Entscheidung unbedingt gebunden, und es liegt hier daher ein hinkendes Geschäft vor (§ 108 A 1). Da die Zustimmung der „Beteiligten" gefordert wird, so ist die Einwilligung oder Genehmigung aller Beteiligten erforderlich, und beim Widerspruche auch nur eines von ihnen fällt die Bedingung aus.

2. Eine erschöpfende Regel über die **Beendigung des Schwebezustandes** gibt das Gesetz nicht. Insbesondere gibt es dem einzelnen Beteiligten kein Mittel, die übrigen Beteiligten zur Erklärung zu nötigen. Nur den Käufer befähigt es, den endgültigen Zustand dadurch herbeizuführen, daß er denjenigen Beteiligten, um dessen Genehmigung es sich handelt, zur Erklärung mit den Folgen des § 177 Abs 2 auffordert. Ein Widerruf der Genehmigung ist nicht zulässig.

3. Diese **Haftung des Käufers** besteht nach Maßgabe des Abs 2 kraft Gesetzes. Vgl. § 817 Abs 3 ZPO. Die Frage nach der Geschäftsfähigkeit des Käufers (Oertmann A 5) kann in Ansehung seiner Haftung nach Abs 2 überhaupt keine wesentliche Rolle spielen. Der Kauf eines Geschäftsunfähigen ist an sich nichtig (§ 105), und der Kauf eines beschränkt Geschäftsfähigen bleibt unwirksam, wenn ihn der gesetzliche Vertreter nicht genehmigt (§§ 107, 108). Gegebenenfalls würde mithin ein wiederholter Verkauf lediglich infolge der Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des ersten Verkaufs vorgenommen werden müssen, während die Zustimmung der Beteiligten gar nicht in Frage kommen könnte. Demnach fehlte es aber

im vorausgesetzten Falle überhaupt an der entsprechenden Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Abs 2 § 458. Hat anderseits der gesetzliche Vertreter den Kauf des beschränkt Geschäftsfähigen genehmigt, so muß dieser auch aus § 458 haften. — Eine weitere Haftung des verbotswidrig handelnden Käufers über die vorliegend vorgesehene hinaus würde sich im allgemeinen nach § 823 Abs 2 regeln, da dem in § 457 enthaltenen Verbote die Bedeutung eines Schutzgesetzes zukommt.

II. Gewährleistung wegen Mängel der Sache

§ 459

[1]) Der Verkäufer einer Sache haftet[2])[3])[6]) dem Käufer dafür, daß sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht[4]), nicht mit Fehlern behaftet[5]) ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern. Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht.

Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Überganges der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat.[4])

E I 483 II 397; M 2 224—227; P 1 670 ff.

1. **Allgemeines.** Die Gewährleistungspflicht ist nichts dem Kaufvertrag Eigentümliches, wie denn auch BGB in § 493 selbst die entsprechende Anwendung auf andere Veräußerungsverträge bestimmt, z. B. §§ 515, 365, 757. Dagegen nicht bei Schenkung, Ausstattung, Miete, Pacht, Leihe. Sie hat sich aber historisch beim Kauf herausgebildet und wird auch vom BGB bei diesem behandelt. Es unterscheidet streng, im Gegensatz zum preußischen Recht, zwischen Rechtsgewährleistung und Sachgewährleistung (Gewährleistung wegen Mängel der verkauften Sache). Erstere behandeln §§ 434 ff., letztere §§ 459 ff. Die besondere Regelung der Sachgewährung in §§ 459 ff. bezieht sich grundsätzlich nur auf physische Mängel einer Sache (JW 04, 403; unbeweglicher: JW 1912 S. 461[7], 747[10]) oder beweglicher körperlicher, auch Wertpapiere (RG 59, 240); nicht auf Mängel von Rechten (RG 16. 5. 17 V 30/17), Forderungen (JW 09, 655[4]), Hypotheken (JW 09, 684[4]; 1912, 137[10]), Grundschulden (JW 04, 403[2]). Wenn ein Recht an einer Sache verkauft ist, das zum Besitz und Genuß der Sache berechtigt (§ 451), so wird, falls die Sache Mängel zeigt, auch hier die Sachgewährleistungspflicht nach § 459 anerkannt. Hierher gehört jedoch nicht die Abtretung des Rechtes aus dem Meistgebot (Warn 08 Nr 455). Ferner werden in der Rechtsprechung unkörperliche (immaterielle) Güter, wenn sie im Verkehr wie Sachen behandelt werden, auch in Hinblick auf die Gewährleistungspflicht diesen gleichgestellt, so namentlich auch ein ganzes Handelsgeschäft und ähnliche Geschäftsbetriebe (RG 63, 57; 67, 86; 69, 429; 98, 289; JW 08, 8[8]; 09 S. 15[9], 684[9]; 1912, 288[8]), Patente und Lizenzen (Warn 1911 Nr 396). Auf Fabrikationsgeheimnisse und Geschäftsgeheimnisse läßt sich jedoch § 459 nicht anwenden (Warn 1914 Nr 214). Wenn in einem Grundstück ein Handelsgeschäft betrieben und beide zusammen verkauft werden, bilden nach der Verkehrsauffassung beide zusammen den untrennbaren Kaufgegenstand. Der Wandlungsanspruch wegen der Grundstückmängel trifft daher auch das Geschäft mit (RG 16. 10. 14 V 179/14). Wegen der Gewährleistung beim **Erbschaftskauf:** § 2376.

2. Über das **Wesen der Gewährleistungspflicht** ist Streit. An sich sind Leistungspflicht und Gewährleistungspflicht voneinander zu unterscheiden. Aber die Leistungspflicht ist die Voraussetzung für die Gewährleistungspflicht. Wofür der Verkäufer nach § 459 haftet, das ist der Inhalt seiner Leistungspflicht. Aus § 433 ist Gegenteiliges auch für den Spezieskauf nicht zu entnehmen. Wenn dort besonders die Verpflichtung zur Übergabe der gekauften Sache, zur Besitzverschaffung als Leistungsinhalt neben dem der Rechtsverschaffung hervorgehoben worden ist, so folgt daraus noch nicht, daß hinsichtlich der Beschaffenheit der zu übergebenden Sache Leistungspflichten aus dem Kaufvertrag nicht vorhanden seien. Vielmehr geht die Verpflichtung des Verkäufers nicht bloß auf die körperliche Übergabe der bestimmten Sache, sondern auf Lieferung dieser Sache als einer mangelfreien oder solchen Sache, die die zugesicherten Eigenschaften hat. Der Verkäufer hat auch beim Spezieskauf die Sache dem Käufer in derjenigen Beschaffenheit zu übergeben, wie dieser sie nach dem Kaufvertrag und der damit nach dem Verkehr begründeten Pflicht zu beanspruchen hat. Sofern es sich um einen Gattungskauf handelt, also die Lieferungs- und Erfüllungspflicht nicht von vornherein auf eine bestimmte Spezies konzentriert ist, folgt daraus, daß eine mangelhafte Sache vom Käufer überhaupt zu keinem Teil als Erfüllung

angesehen zu werden braucht und er deshalb eine andere, der Leistungspflicht entsprechende Sache verlangen kann (§ 480). Soweit es sich jedoch um einen Spezieskauf handelt, konzentriert von vornherein sich die Leistungspflicht zwar auf diese eine bestimmte Sache, und die Lieferung einer andern Sache wäre nicht mehr Erfüllung des Kaufvertrags. Eine andere Sache kann daher der Käufer naturgemäß nicht verlangen. Daraus folgt aber noch nicht, daß auch mit der Lieferung der mangelhaften Sache die Leistungspflicht des Verkäufers schon erschöpft ist. Vielmehr hat er seiner Verpflichtung aus dem Kaufvertrage nur dann voll Genüge getan, wenn er die Sache eben in dem Zustand übergibt, wie er nach dem Vertrage gewollt und vom Verkäufer zugesagt, also Inhalt seiner Leistungspflicht geworden ist. Sie muß demnach nicht nur die konkrete gekaufte Spezies überhaupt sein, sondern auch die zugesicherten Eigenschaften haben oder falls solche nicht besonders zugesichert, diejenigen Eigenschaften, die im Verkehr als gewöhnlich vorhanden vorausgesetzt werden und die deshalb vom Gesetz ohne weiteres gleichfalls als Inhalt der Lieferungspflicht, als gesetzlich präsumierter Vertragsinhalt angesehen werden. Daß die Verpflichtung zur Leistung die zugesicherten Eigenschaften ergreift, ist ohne weiteres klar. Die zugesicherten Eigenschaften werden aber mit den gewöhnlich vorausgesetzten, verkehrsüblich erwarteten in § 459 durchaus gleich behandelt. Auch diese sind zum Leistungsinhalt geworden. Verfehlt ist gegen die Annahme, daß auch die in § 459 hervorgehobenen Eigenschaften in obligatione und Inhalt der Leistungspflicht seien, der Einwand, der Verkäufer sei nicht zur Herstellung einer Sache mit solchen Eigenschaften verpflichtet. Allerdings ist er dies nur nach dem Werkvertrag, niemals nach dem Kaufvertrag. Daß er aber nicht verpflichtet ist, eine mangelfreie Sache oder eine solche mit den zugesicherten Eigenschaften herzustellen, schließt in alle Wege noch nicht aus, daß er verpflichtet ist, solche Sache zu liefern und dem Käufer zu übergeben. Unterläßt er die Lieferung, so kann dann der Käufer natürlich nicht Herstellung dieser Sachen, aber Haftung wegen Nichtlieferung verlangen. Der Grund für die Haftung aus der Lieferungspflicht entsteht daher mit dem Abschluß des Kaufvertrags. Der Haftungsfall aber, die Haftung, tritt regelmäßig erst bei dem Übergang der Gefahr für die Sache auf den Käufer ein, denn dies ist der Zeitpunkt, an dem die Erfüllung aus dem Kauf stattzufinden hat und an dem sich ergibt, ob der Pflicht genügt wird oder wegen Nichterfüllung in der vom Gesetz vorgesehenen Weise zu haften ist. Die aus der Gewährpflicht erwachsenden Ansprüche entstehen sonach allerdings erst mit der Übergabe der mangelhaften Sache (RG Gruch 53 Nr 50). Das Eigenartige der Vorschriften des BGB über die Gewährleistung besteht nur darin, daß es die Haftung wegen Nichterfüllung der Verkäuferpflichten aus dem Kaufvertrag in besonderer Weise und abweichend von den allgemeinen Vorschriften über Nichterfüllung von Verträgen regelt. Insoweit dies geschieht, geht die Sonderregelung der §§ 459ff. diesen allgemeinen Vorschriften vor und beseitigt deren Anwendbarkeit, so daß diese auch nicht neben den Vorschriften oder subsidiär zur Anwendung kommen. Das von § 459 geregelte Gebiet ist ausschließlich diesen Vorschriften vorbehalten; schließen diese auf ihm einen Rechtsbehelf aus, darf auch nicht aushilfsweise der nach allgemeinen Grundsätzen zulässige Rechtsbehelf eintreten. Soweit diese dagegen außerhalb des von § 459 geregelten Umkreises liegen, bleiben sie auch für den Kauf selbstverständlich anwendbar. Daraus ergeben sich die unten gezogenen Folgerungen. Immerhin aber sind die Vorschriften über die Gewährleistung in §§ 459ff. **nachgiebiges Recht.** Sie können — unbeschadet des § 476 allerdings — erweitert, beschränkt, ausgeschlossen oder sonst anders geordnet werden, als es das Gesetz vorsieht. Das geschieht oft durch verkehrsübliche kurze Formeln und Klauseln, z. B. „nach Besicht“, „wie besehen“, „wie es steht und liegt“. Mit letzterer Formel wird oft von vornherein die Lieferungspflicht aus dem Kauf auf die vorliegende Sache abgestellt, gleichviel welche Eigenschaften sie hat. Daraus folgt dann notwendig auch die Beschränkung der Haftpflicht und die Unanwendbarkeit der Haftung aus § 459 (RG 31, 162; 62, 49; JW 06, 549[47]; Warn 1913 Nr 281; RG 24. 4. 09 V 300/08; 12. 10. 18 V 163/18; 8. 1. 18 II 377/17). Die Formel „wie besehen“ kann ferner nur die Bedeutung haben, daß die Haftung für alle erkennbaren Mängel ausgeschlossen sein soll, einerlei, ob sie der Käufer tatsächlich erkennt oder nicht, nicht dagegen für später noch hervortretende (für die dann Rüge notwendig wird — RG 14. 3. 19 III 435/18; 22. 6. 14 V 47/14). Bei Grundstückskäufen „ohne jede Garantie“ vgl. OLG Stuttgart im Recht 1912 Nr 1592. — Die Vereinbarung einer Arbitrageklausel ist keine Einschränkung der Haftung an sich, sondern nur eine Beschränkung der aus ihr sich ergebenden Folgen. Sie besagt, daß aus der Gewährleistungspflicht nur Minderung des Preises nach der Feststellung von Gutachtern, keine Wandelung verlangt werden kann (RG 73, 257). Es kann ferner auch vereinbart werden, daß die Sache schon zur Zeit des Vertragsschlusses, nicht erst zur Zeit des Gefahrübergangs, die verkehrsüblichen oder zugesicherten Eigenschaften haben muß (RG 8. 1. 18 II 377/17).

3. **Voraussetzung** für die Haftung nach § 459 ist

A. Vorliegen einer Leistungspflicht, sonach vor allem das Vorhandensein eines

gültigen Verkaufs (RG 71, 433; 74, 3; 87, 259). Wenn ein Kauf angefochten wird, ist zunächst die Berechtigung der Anfechtung zu erörtern, auch wenn gleichzeitig die Wandelung geltend gemacht wird. Es darf nicht die Berechtigung der Anfechtung dahingestellt bleiben (RG 49, 422; Warn 1913 Nr 83, 190; 1916 Nr 81). Ist der Kauf angefochten, kann die Wirkung der Anfechtung auch nicht durch Einverständnis der Parteien mehr beseitigt werden (LZ 1916 Sp. 304[12]). Die Leistungspflicht fehlt auch, wenn der Käufer beim Abschluß des Vertrags den Mangel kannte. Denn dann geht die Absicht von vornherein auf Erwerb der mangelhaften Sache (§ 460).

B. Nichterfüllung der Leistungspflicht. Die Pflicht des Verkäufers entsteht zwar mit dem Vertragsschluß, geht aber auf eine in Zukunft zu bewirkende Leistung, nämlich auf Übergabe einer bestimmten Sache von bestimmten Eigenschaften.

I. Nur zu diesem Zeitpunkt braucht daher die Sache auch die vertraglichen Eigenschaften zu haben; ob sie diese schon zur Zeit des Vertragschlusses hatte oder nicht, ist in Hinblick auf die Leistungspflicht an sich belanglos und nur von Bedeutung insofern, als sie künftig die rechte Erfüllung möglich oder unmöglich macht. Nur für die Geltendmachung des Schadensanspruchs nach § 463 ist dies von Bedeutung, nicht aber für die Gewährleistungsansprüche. Nach § 459 wird dieser Zeitpunkt, an dem die vertragsmäßigen Eigenschaften bei der verkauften Sache vorhanden sein müssen, als der des Gefahrübergangs auf den Käufer (§ 446) kennzeichnet. Die Mangelhaftigkeit der Sache bedeutet zwar, daß der Kaufvertrag nicht richtig erfüllt ist, hindert aber den Gefahrübergang der übergebenen Sache nicht, weder beim Spezies- noch beim Gattungskauf. Bei Grundstücken genügt bereits die Eintragung des Käufers als Eigentümers im Grundbuch (JW 1911, 539[12]). Auch bei Eigentumsvorbehalt geht die Gefahr schon mit der Übergabe über, nicht erst mit der Zahlung des Kaufpreises a. M. RG 64, 337; 66, 347, das aber gleichwohl die Gewährleistungsansprüche schon mit der Übergabe zuläßt (Warn 1912 Nr 204). Hieraus ergibt sich folgendes:

a) Bis zur Übergabe hat der Verkäufer das Recht, nachzubessern, um seiner Leistungspflicht bei Übergabe der Sache genügen zu können. Da er aber nur zur Lieferung, nicht zur Herstellung der Sache verpflichtet ist, besteht für ihn nicht die Pflicht, nachzubessern. Dem Verkäufer dieses Recht ausdrücklich erst zu verleihen, dafür lag bei der zeitlichen Festsetzung des Haftungsfalls kein Anlaß vor. Der Käufer hat doch kein Recht darauf, daß eine Sache, die fehlerhaft beim Kaufschluß war, auch fehlerhaft bleibt, um ihm die Wandlung zu ermöglichen! Die Ausführungen in RG 3. 10. 11 II 372/10 und RG 1. 11. 11 II 213/11 können daher nicht gebilligt werden. Nach der Übergabe hat der Verkäufer keinen Anspruch darauf, daß ihm der Käufer Nachbesserung gestatte, es sei denn, daß nach Lage der Sache die Ablehnung des Erbietens, nachzubessern, gegen Treu und Glauben im Verkehr oder gegen § 226 verstößt (RG 52, 357; 61, 92; 87, 337; JW 04, 198[7]; 05, 488[8]; 07, 300[2]; Warn 1912 Nr 18, 299; SeuffA 67Nr 109). Der Vertrag kann namentlich Abreden über Nachbesserungen enthalten. Der Verkäufer verliert aber das etwa begründete Nachbesserungsrecht und kann Wandlung nicht mehr abwenden, wenn ihm Gelegenheit zur Beseitigung geboten war und dem Käufer die Fortsetzung der Beseitigungsversuche nicht zuzumuten ist (RG 87, 335).

b) Vor der Übergabe kann im allgemeinen vom Käufer ein Gewährleistungsanspruch nicht geltend gemacht werden (RG 53, 70; Warn 1917 Nr 83; RG 23. 2. 12 II 470/11), wenigstens dann nicht, wenn nicht feststeht, daß auch später nur fehlerhaft geliefert werden wird. Nur wenn erweislich der Mangel offenbar sich bis zur Übergabe nicht beseitigen läßt, wird dem Käufer nicht zuzumuten sein, sich die Sache erst übergeben zu lassen, er vielmehr berechtigt sein, vorher schon die Gewährleistungsansprüche geltend zu machen (Warn 1911, 358; JW 1912, 461; RG 23. 4. 20 II 525/19). Dem steht es gleich, wenn der Verkäufer vorher bestimmt und endgültig erklärt, die Beseitigung des Mangels nicht vornehmen zu wollen (RG 23. 4. 20 II 525 19). Ob die Fehler schon zur Zeit des Vertragsschlusses oder nachher, aber vor dem Gefahrübergang entstanden sind, ist für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche ohne Belang. Die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche in diesen Fällen ist aber eine Begünstigung des Käufers, nicht ist er zu ihr verpflichtet oder auf sie beschränkt. Vielmehr kann bis zur Übergabe der Käufer wahlweise auch die Rechte aus § 320 geltend machen und die Einrede des nicht erfüllten Vertrags erheben. Denn die Lieferung mangelhafter Sachen wäre keine Vertragserfüllung (RG 53, 70). Die Übergabe des Ausfallmusters kann nicht als Übergabe der Ware angesehen werden, seine Mangelhaftigkeit berechtigt daher nicht ohne weiteres zur Wandelung (Warn 1917 Nr 83).

II. Nur wegen des Fehlens **der in § 459** Abs 1 u. 2 und noch enger der in **§ 482 besonders hervorgehobenen** vertraglichen Eigenschaften (Mängel) tritt die Haftung nach dieser Vorschrift als einer eigenartigen Rechtsfolge der Nichterfüllung des Kaufvertrags, wie sie in §§ 462, 483ff. geregelt ist, ein. Das Gesetz knüpft diese seine Rechtsfolge schlechthin an die objektive Tatsache des Ausbleibens der Vertragserfüllung, also an die Fehlerhaftigkeit der übergebenen Sache an sich, gleichgültig, ob den Verkäufer hierbei

ein Verschulden trifft oder nicht. Ohne Belang ist daher auch, ob der Verkäufer die Fehler gekannt hat. Besonderes gilt nur bei Arglist.

4. Als solche **„gesetzlichen Mängel"**, für die nach § 459 gehaftet wird, kommen nun in Betracht:

I. **Fehler**, die den Wert oder die Tauglichkeit einer Sache aufheben oder mindern.

a) Das Gesetz spricht in Abs 1 von „Fehlern", in Abs 2 von „Eigenschaften" der Kaufsache. Da es sich beide Male zunächst um eine **körperliche Sache** handelt, ist damit deren **natürliche Zuständlichkeit**, wie sie sich der sinnlichen Wahrnehmung darstellt, ins Auge gefaßt. Sie ist der Sache „eigen", ihre Eigenschaft. Immer kommen nur **physische Eigenschaften** der Sache in Betracht, nicht Rechte in bezug auf sie, wie z. B. die Befugnis, den Hoftitel zu führen (RG 10. 6. 14 V 64/14). Das gilt auch hinsichtlich der „Fehler", mit denen die Sache behaftet ist. Auch hier handelt es sich allein um eine natürliche Zuständlichkeit der Sache, um ihre physischen Eigenschaften. Zu „Fehlern" werden diese erst vom besonderen Standpunkt menschlicher Beurteilung aus. Der Mensch schafft sich eine Vorstellung von der gewöhnlichen, allgemein wahrgenommenen Beschaffenheit einer Sache und bewertet diese entweder allein auf ihre Verwendbarkeit für menschliche Zwecke hin — so bei organischen und unorganischen Stoffen — oder in objektiverer Beurteilung, bei Organismen (Tieren, Pflanzen) auf ihren Einfluß auf das naturgemäße Wachstum und Leben als dem von der Natur gesetzten Daseinszweck. Was außerhalb der gewöhnlichen diesen beiden Zwecken adäquaten Beschaffenheit ist, sie aber besonders fördert, wird als Vorzug, was sie hindert, als Mangel oder Fehler bewertet. Der Wegfall oder das Fehlen von Vorzügen begründet keine Haftung wegen Fehler im Sinne von § 459 Abs 1. Von einer Sache, die überhaupt nicht menschlichen Zwecken dient, kommt ein Abweichen von der gewöhnlichen Beschaffenheit weder als Vorzug noch als Fehler in Betracht. Dasselbe gilt von Eigenschaften unorganischer Sachen ohne eigenes Leben als Selbstzweck. Denn der Begriff des Fehlers setzt den Begriff des Zweckes voraus. Der Umstand, daß schon die gewöhnliche und normale Beschaffenheit der Sache gewissen menschlichen Zwecken nicht oder schlecht dient und sie hinter andersartigen normalen Sachen hierbei zurückstehen läßt, ist darum noch kein Fehler der Sache. Denn diese Beschaffenheit liegt in ihrer Art. Vielmehr muß ein von dem Normalen und Artgemäßen Abweichendes vorliegen (RG 97, 351). Entscheidend ist aber auch hier der Vertragsinhalt. Ist dieser lediglich hartes Holz, so kann Birkenholz für weiches Holz gegenüber Buchenholz als hartem Holz einen Fehler des Holzes als Kaufgegenstand bedeuten. Ist dagegen Eichenholz unmittelbarer Kaufgegenstand, so ist die Lieferung von Birkenholz die Lieferung eines aliud, denn Birke ist niemals mangelhafte Eiche. Ebenso kann nach dem Vertrag Haifischfleisch gegenüber Walfischfleisch mangelhaftes Fleisch sein (RG 8. 6. 20 II 549/19; RG 19, 147; 61, 171). So sehr daher der Begriff des Fehlers davon abhängig ist, daß die Sache eine Beschaffenheit hat, die ihre Brauchbarkeit und Förderung bestimmter Zwecke, namentlich menschlicher Zwecke, mindert und dadurch weiter auch von Einfluß auf ihre Wertschätzung bei Menschen ist, so unrichtig ist es doch, wenn der Begriff der Eigenschaft schlechthin, insbesondere nach Abs 2, von dieser Wertschätzung abhängig gemacht wird, wie es auch vom Reichsgericht (z. B. Recht 1913 Nr 2986) geschieht. Ob etwas als Eigenschaft einer Sache anzusprechen sei, das ist vielmehr selbständig und unabhängig von einem solchen Einfluß auf die Wertschätzung festzustellen.

b) Da von der Rechtsprechung in Ausdehnung der Vorschrift des § 433 nicht nur körperliche, sondern auch **unkörperliche Sachen**, wie Geschäftsunternehmungen usw. als mögliche Gegenstände eines Kaufes angesehen werden, soweit sie im Verkehr diesen gleich behandelt werden, so ist auch der Begriff der Eigenschaft auf diese unkörperlichen Sachen entsprechend auszudehnen, was dann zur Anwendung der Vorschriften der §§ 459ff. führt (RG 24. 4. 13 II 631/12). Alles das, was **begrifflich das Wesen eines solchen unkörperlichen Gegenstandes ausmacht** und als zu ihm gehörig angesehen wird, um sich als selbständige Einheit in der Art der Erscheinungen zu erweisen, ist seine Eigenschaft. Daher können reine Quantitätsmängel bei Betriebsmitteln, wie z. B. ein geringes Warenlager, Inventar, geringer Vermögensbestand, recht wohl zugleich Qualitätsmangel eines Geschäftsbetriebs als unkörperlichen Gegenstandes sein (RG 98, 289). Ebenso kann der geringe Umfang einzelner Hefte einer Zeitschriftenreihe (zunächst reiner Quantitätsmangel) hinsichtlich der ganzen Reihe als Qualitätsmangel wirken (SeuffA. 71, 57). Auch das Bestehen von Arbeitsverträgen mit den Arbeitern kann als eigenartige Organisation des Betriebs recht wohl Eigenschaft und gegebenenfalls Mangel eines Fabrikgeschäfts sein, was von RG 13. 5. 14 V 39/14 dahingestellt gelassen wird. Dagegen sieht RG 13. 1. 14 V richtig die Art der Kundschaft, der Fabrikate als solche Eigenschaft des Geschäfts an, ebenso RG 69, 429 das den Betrieb hindernde Entgegenstehen fremder Patente. Das Warenzeichen ist dagegen keine Eigenschaft eines Geschäftsbetriebs (RG 24. 11. 10 II 169/10).

c) Schließlich sind auch schon tatsächliche, insbesondere wirtschaftliche und soziale und sogar rechtliche **Beziehungen einer Sache zu ihrer Umwelt** als ihre Eigenschaften angesehen

worden. Dies ist jedoch nur dann zulässig, wenn diese Beziehungen in der Beschaffenheit der Sache selbst ihren Grund haben, von ihr ausgehen und ihr auch für eine gewisse Dauer anhaften. Letzterer Umstand bildet namentlich ein Indiz dafür, daß die Beziehungen von der Sache selbst ausgehen. Bloß von außen her an sie herantretende, außer der Sache liegende Umstände und Beziehungen, namentlich nur vorübergehender und zufälliger Natur, die ebensogut ohne weiteres jede andere Sache ergreifen könnten, sind noch keine der Sache anhaftende Eigenschaften. So sind z. B. Beschränkungen oder Freiheiten in bezug auf die rechtliche Verfügungsmacht der Sache, die im Recht ihren Grund haben, solche von außen her an sie herantretende Umstände, keine Eigenschaften der Sache. Vgl. hierzu RG 52, 2; 59, 243; 61, 86; JW 06, 379[5]; 5. 11. 11 V 168/11; 27. 4. 18 V 368/17; 21. 2. 12 II 414/11; 19. 4. 12 IV 520/11. Zu betonen ist insbesondere, daß nur solche Beziehungen der Sache zur Umwelt als ihre Eigenschaften angesehen werden können, die in der Gegenwart, zur Zeit des Gefahrübergangs, vorhanden sind oder in der Vergangenheit bestanden haben (RG 3. 2. 09 V 171/08). Zusicherungen, daß eine zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandene Eigenschaft auch in Zukunft fortdauern werde, oder nicht vorhandene in Zukunft vorhanden sein werden, sind nicht Zusicherungen von Eigenschaften einer Sache, sondern es handelt sich hier nur um Erwartungen, daß künftig gewisse Verhältnisse eintreten werden. So z. B. Zusicherung, daß sich für die verkaufte Sache alsbald ein Mieter finden werde (JW 1912, 747[10]). Auch der Umstand, daß in — wenn auch naher — Zukunft ein Dritter eine gewisse Handlung in bezug auf die Sache vornehmen, etwa sie mieten werde, kann nicht als Eigenschaft der Sache angesehen werden.

Im einzelnen ist es gerade hier schwer zu entscheiden, ob die hervorgehobenen Beziehungen als Eigenschaften der Sache selbst nach der Anschauung des Verkehrs anzusehen sind oder nicht. Namentlich bei den rechtlichen Beziehungen ist nicht immer Folgerichtigkeit in der Rechtsprechung vorhanden. Hervorzuheben aus der reichen Judikatur ist folgendes:

Die mangelhafte Beschaffenheit der einer Aktiengesellschaft gehörigen Grubenfelder und Erze sind keine Eigenschaft der Aktien dieser Gesellschaft (RG 59, 243). Auch der Kurs eines Wertpapiers gehört nicht zu den Eigenschaften einer Sache (JW 06, 378[5]; 09, 492[14]). Nicht einen Sachmangel, sondern einen Mangel im Recht enthält die Belastung des verkauften Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit (RG 69, 356; 93, 73). Daher Haftung nach § 437, nicht nach § 468. Ebenso das Fehlen mitverkaufter Siegelschlagrechte (OLG 27, 321), Verpachtetsein des verkauften Grundstücks (OLG 22, 220), Unkündbarkeit aufhaftender Hypothek (Warn 09 Nr 134), das Recht, die Bebauung des Nachbargrundstücks zu verbieten (RG 93, 74). Mietfreiheit von Räumen (Warn 1917 Nr 100; Recht 1916 Nr 1869); Nichtfreisein von Rechten, die ein Dritter gegen den Käufer geltend machen kann (RG 59, 404; Warn 1917 Nr 100). Ein Warenzeichen ist ebenfalls keine Eigenschaft eines Geschäftsbetriebs (RG 24. 11. 10 II 169/10). Nicht zu billigen ist daher Warn 1918 Nr 70, wonach Umstand, daß Sache in feindlichem Eigentum steht, Sacheigenschaft sein soll, ebensowenig RG 16. 11. 17 II 227/17; 10. 5. 18 II 21/18, daß Beschlagnahmefreiheit und Beschlagnahmegefahr der Ware als eine Eigenschaft von ihr behandelt (Warn 1917 Nr 185), was natürlich nicht Haftung für Zusage von Beschlagnahmefreiheit aus Vertrag ausschließt (LZ 1918 Nr 226), ferner RG 85, 106 über vergällungspflichtigen Spiritus.

Nicht eine Eigenschaft der Sache, sondern ein außer der Sache liegender Umstand ist beim Verkauf eines vermieteten Hauses die Zahlungsunfähigkeit eines Mieters (JW 1912, 910[5]). Die Ertragsfähigkeit eines Geschäfts (Bierumsatz einer Gastwirtschaft: RG 52, 1; 63, 61; 67, 86; 93, 74; Warn 1913 Nr 87, 310), der Mietertrag eines Grundstücks, dessen Unkosten, die Feuerversicherung eines Wohnhauses (RG 54, 222; JW 08, 549[9]; RG 2. 11. 07 V 108/07), Geeignetsein eines Grundstücks zum Gastwirtschaftsbetrieb (RG Recht 1914 Nr 1819), Bebauung mit bestimmter Getreideart (RG Recht 1913 Nr 2987) können dagegen als deren Eigenschaft angesehen werden, wenn dabei eine längere Dauer in Betracht kommt (RG 83, 242; RG 13. 10. 10 II 46/10). Eine Eigenschaft des Grundstücks kommt auch nicht in Frage, wenn aus einem früher erzielten Mietertrag für die Zukunft der Mietertrag gleich hoch geschätzt wird, obschon die Verhältnisse umgestaltet sind (RG 1. 12. 15 V 298/15). Guthaben am angesammelten Tilgungsfonds bei Amortisationshypothek bildet keine Eigenschaft des Grundstücks (RG 74, 402; 21. 2. 20 V 367/19). — Beim Umsatz eines Geschäfts darf der eigene Verbrauch auch nicht stillschweigend eingerechnet werden (RG 4. 10. 16 V 159/16), ein bloß einjähriger Umsatz braucht noch keine Eigenschaft eines Geschäfts zu bilden, es fehlt die dauernde Zuständlichkeit (JW 1915, 1117[2]; LZ 1916 Sp. 804[12]). Wenn die widerrufliche Erlaubnis zur Benutzung einer bestimmten Menge Betriebswasser für eine verkaufte Mühle später eingeschränkt wird, die Unkündbarkeit einer das Grundstück belastenden Hypothek, ein aufhaftender Auszug, so ist das ein außer der Sache liegender Umstand (Warn 1912 Nr 240; RG 27. 4. 18 V 368/17), ebenso wenn keine Erlaubnis zum Gastwirtschaftsbetrieb in einem Grundstück erteilt worden ist (RG 13. 5. 08 V 337/07). Dagegen wurde ausgesprochen, daß die Nichtverwendbarkeit eines Grundstücks

für einen Gewerbebetrieb infolge gewerbepolizeilicher Beanstandung, die Beschränkung der Bebauung auf Grund des preuß. Ansiedlungsgesetzes v. 10. 8. 04 einen Mangel darstellen kann (RG 7. 10. 11 V 113/11; Warn 1914 Nr 215). Der Grund für die verschiedene Behandlung in beiden Fällen liegt darin, daß in dem einen Fall die Eigenart des Grundstücks, in dem anderen aber andere Umstände die Ursache der ablehnenden Haltung der Gewerbepolizeibehörde bildeten. Aus dem gleichen Grunde ist mangelnde Baureife, Bebaubarkeit, die Unverwendbarkeit eines als Bauland verkauften Grundstücks infolge öffentlichrechtlicher Baubeschränkungen oder privaten Verbietungsrechts in einer Reihe von Entscheidungen als Sachmangel des Grundstücks angesehen worden (RG 61, 84; 69, 356; JW 07, 478[9]; 1911, 322[13]; Warn 1913 Nr 224; 1914, 18; RG 14. 5. 18 V 31/18). Auch die Lage eines Grundstücks, die dessen Ungestörtheit und Benutzbarkeit beeinträchtigt (Warn 1911 Nr 368; 1912 Nr 205), dauernd hoher Grundwasserstand (RG 19. 4. 13 V 531/12), Nähe der Eisenbahn mit Anschlußgleis (RG 17. 9. 19 V 146/19; RG 61, 85) sind Eigenschaften eines Grundstücks. Ferner Bestellung einer bestimmten Fläche mit bestimmter Getreideart Eigenschaft eines Grundstücks (RG 17. 9. 13 V 134/13), sonstiges Geeignetsein zu einem Gewerbebetrieb (RG 25. 3. 14 V 482/13). Die Lage kann auch bei beweglichen Sachen ein Verhältnis schaffen, das als deren Eigenschaft anzusehen ist, z. B. die Herkunft einer Ware (RG 8. 1. 19 I 254/18. Mit Unrecht ist aber schon die erfolgte Ankunft einer schwimmenden Ware in einem bestimmten Ort als solche Eigenschaft angesehen vom RG 20. 10. 16 II 287/16, ferner Warn 1917 Nr 28 und OLG Hamburg in Recht 1917, 402[870], weil die dauernde Beziehung zur Sache fehlt. Läßt man schon eine vorübergehende Beziehung genügen, wie es unter Umständen RG in Recht 1913 Nr 2986 gestattet, tritt eine vollständige Verflüchtigung des Begriffs der Eigenschaft als etwas der Sache Anhaftendes ein. Das Reichsgericht kommt hierzu auch nur durch die verfehlte Identifizierung mit dem Wertbegriff. Richtig dagegen erachtet die bloße Vereinbarung einer Abladezeit nicht als Vereinbarung über eine Eigenschaft RG 71, 307). Dagegen mit Recht z. B. ungenügende Sortierung einer Mengeneinheit, Ausfuhrfähigkeit einer Ware, wenn diese auf bestimmten, ihr beiwohnenden Eigenschaften beruht (SeuffA 71, 59). Unter die tatsächlichen Beziehungen einer Sache zu Personen, die als jener anhaftende Eigenschaften angesehen werden können, gehört nicht schon die ihr von diesen Personen zuteil werdende bloß subjektive Beurteilung über das Vorliegen oder Fehlen von Vorzügen oder Mängeln, vielmehr müssen objektive Tatsachen und Umstände vorliegen, die als Hinweise auf das Vorhandensein bestimmter Eigenschaften zu deuten sind, wenn diese auch noch verborgen und nicht nachweisbar sind.

Unter den Sachmängeln der Gebäude nimmt der Hausschwamm eine hervorragende Stellung ein. Ihm gegenüber ist die Rechtsprechung besonders streng. Zwar ist noch verneint worden, daß ein Gewährfehler vorliegt, wenn nur die künftige Möglichkeit von Schwammbildung besteht (RG 11. 1. 11 V 71/10), aber nicht nur wirklich vorhandener Hausschwamm wird als Sachfehler betrachtet (RG 4. 5. 11 V 454/11; JW 05, 339[8]; 08, 742[10], [11]; Warn 1913 Nr 313), sondern auch schon die nach Beseitigung des Schwamms noch bleibende Schwammverdächtigkeit (RG 85, 252; JW 1912, 1103[4]). — Beim Verkäufer oder Käufer vorhandener Schwammverdacht im subjektiven Sinne ist nicht mit Schwammverdächtigkeit im objektiven Sinne als ein dem Gebäude anhaftender Verdacht der Wiederkehr zu verwechseln. Letzterer muß auf tatsächlichen Umständen beruhen, die den objektiven Schluß der Wiederkehr gestatten, sonach eine gegenwärtige Gefahr bringen. Der bloße Verdacht einer Partei ist noch kein Mangel der Kaufsache (Warn 1914 Nr 297; 1918 Nr 180). Wie lange die Schwammverdächtigkeit im einzelnen Falle fortdauert, ist eine Tatsache, die von den Fortschritten der Erkenntnis des Übels und der Mittel dagegen abhängt. Wenn auch wissenschaftlich die Gefahr der Wiederkehr eines gründlich beseitigten Hausschwamms zu verneinen ist, so kann gleichwohl fortdauernde Verdächtigkeit angenommen werden, wenn in den für das fragliche Geschäft in Betracht kommenden Verkehrskreisen noch die gegenteilige ältere Ansicht besteht (RG Recht 1914 Nr 2639).

d) Nicht jeder Fehler im vorbezeichneten Sinne begründet die besondere Gewährleistungspflicht des § 459, sondern nur solche, die den Wert einer Sache oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

α. Der Wert ist der **Tauschwert.** Der Käufer muß im Zweifel mit der Möglichkeit der Weiterveräußerung rechnen können. Daher kommen unter Umständen auch Abweichungen von den Normen der Mode und des Geschmacks in Betracht, sofern sie die Verkäuflichkeit beeinträchtigen, obwohl sie an sich den Wert nicht mindern (Warn 1910 Nr 429; OLG 23, 24).

β. Die Tauglichkeit ist vom Tauschwert unabhängig, ihr Mangel braucht diesen nicht zu beeinflussen (Warn 1912 Nr 422; RG 18. 10. 10 II 649/09; 12. 10. 12 V 133/12; 3. 10. 11 II 372/10). Es ist zu unterscheiden einmal zwischen der **Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch,** d. h. zu einem Gebrauch, wie er allgemein mit Sachen gleicher Art geübt wird, z. B. ein Reitpferd wird zum Reiten, nicht zum Ziehen verwendet, ein Haus zum Bewohnen,

muß also heizbar sein in seinen Wohnräumen (JW 03 Beil 140). Entscheidend ist die Verkehrsanschauung mit Rücksicht auf die örtliche und sonstige Lebensauffassung (RG 70, 85). — Sodann zwischen dem nach **dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch.** Darunter ist nicht die einseitige Voraussetzung nur einer Vertragspartei, insbesondere des Käufers zu verstehen, auch wenn der Verkäufer die Zweckbestimmung der Kaufsache, die ihr der Käufer zu geben beabsichtigt, erkennt (RG 70, 86). Vielmehr muß der vorausgesetzte Gebrauch Vertragsinhalt, also zur Willensübereinstimmung beider Teile geworden sein (RG 67, 87; Recht 09 Nr 3542). Von dieser vertraglichen Bestimmung der Beschaffenheit der Ware hängt es namentlich ab, ob eine Abweichung als Fehler anzusehen ist oder nicht. Wer eine Uhr für 20 Mark kauft, kann nur erwarten eine Uhr zu erhalten, wie sie in jener Preislage sind, also ohne Eigenschaften, wie sie eine Glashütter Uhr für 1000 Mark besitzt. Wer eine Geige für 10000 Mark kauft, erwartet dagegen eine hervorragende Sologeige, keine bloße „Orchestergeige". Vgl. hierzu jedoch RG 97, 351. Bei Beurteilung der zu erwartenden Beschaffenheit der Kaufsache kommt auch der sog. „Freundschaftspreis" in Betracht (RG Recht 1914 Nr 2638). Vgl. auch RG LZ 1916 Sp. 222[9] (Samen für die Provinz Posen). Maßgebend ist insbesondere beim Kauf nach Probe das Muster und dessen Brauchbarkeit (RG 95, 45).

e) Die Fehler dürfen den Wert oder die Tauglichkeit im vorbezeichneten Sinne **nicht bloß unerheblich mindern.** Dies ist in erster Linie Tatfrage. Die Unerheblichkeit kann z. B. auch auf der kurzen Dauer eines Mangels beruhen. Die Frage ist aber in zweiter Linie auch Rechtsfrage und daher der Revision nicht entzogen (JW 07, 173[11]; Warn 1912 Nr 206; 1913 Nr 378; 1914 Nr 284), weil die Geringfügigkeit auch nach bestimmten Rechtsgrundsätzen zu beurteilen ist. So kommt es z. B. auf die Geringfügigkeit des Fehlers als solchen, nicht auf die Geringfügigkeit der durch den Fehler etwa verursachten Wertminderung der Sache an (JW 1914, 827[3]; Warn 1914 Nr 284) oder der Preisminderung, die der Käufer wegen des Mangels verlangen kann (RG 2. 5. 19 VII 8/19). Ein Sachmangel, der an sich nicht unerheblich ist, kann ferner unter Umständen dadurch zu einem unerheblichen werden, daß zu seiner Beseitigung ein verhältnismäßig geringer Zeit- und Kostenaufwand erforderlich ist (Warn 09 Nr 135). Doch ist auch der Kostenaufwand nicht unbedingt maßgebend (JW 05, 426[3]; Warn 1914 Nr 284); immer kommt es auf die gesamten Umstände nach Treu und Glauben an.

f) Von der Lieferung einer mangelhaften Sache ist die Lieferung einer **andern Sache, eines aliud zu unterscheiden.** Auf sie finden die Gewährleistungsansprüche des § 459 keine Anwendung (Warn 1914 Nr 271; 1918 Nr 8). Ob eine andere Sache vorliegt, läßt sich nur nach dem beurteilen, was Inhalt des Kaufvertrags ist. Neben der natürlichen Beschaffenheit der Ware ist auch die Verkehrsauffassung von Bedeutung, die die Grenzen der Gattung auch einengen kann (ROHG 24, 405; Warn 1918 Nr 8). Ist die Gattung Holz in der Beschaffenheit hart zu liefern, so kann die Lieferung weichen Holzes Lieferung eines mangelhaften Holzes sein. Ist dagegen die Gattung Eichenholz Vertragsinhalt, so ist die Lieferung Birkenholz die Lieferung eines aliud, denn Birkenholz ist niemals mangelhaftes Eichenholz. Ist eine „Stradivariusgeige" in dem Sinne Gegenstand des Kaufes, daß damit eine alte Geige gemeint ist, bei der die Herkunft von Stradivarius in Frage kommt, dann ist die Lieferung einer aus neuerer Zeit stammenden Geige die Lieferung einer fehlerhaften (Warn 1916 Nr 244). Ist eine Sologeige Vertragsinhalt, dann ist die Lieferung einer Orchestergeige die Lieferung eines aliud, denn eine Orchestergeige ist an sich noch keine fehlerhafte Sologeige. Ist aber nur die Lieferung einer hervorragend guten Geige nach dem angelegten Preis bedungen, so kann die Lieferung einer minderguten — zum Spiel im Orchester noch geeigneten — recht wohl Lieferung einer mangelhaften Sache sein. Vgl. dagegen RG 97, 371.

II. Das **Fehlen zugesicherter Eigenschaften.** Die Haftung hierfür beruht auf demselben Grund wie nach Abs 1 die Haftung für Abwesenheit von Fehlern. Das Wesen der Eigenschaften, die der Kaufsache fehlen, ist hier wie dort dasselbe. Danach sind

a) **Eigenschaften** nicht nur physische Zustände von körperlichen Sachen, sondern auch Merkmale unkörperlicher Sachen und Beziehungen und Verhältnisse von Sachen zur Umwelt (vgl. I a—c). Alles, was nach Abs 1 als Eigenschaft in Frage kommen kann, kann auch Inhalt der Zusicherung nach Abs 2 sein. Ohne Grund wird die Zusicherung insbesondere nur auf diejenigen Eigenschaften beschränkt, für deren Fehlen nicht schon nach Abs 1 gehaftet wird. Nur das ist richtig, daß es nach Abs 2 nicht darauf ankommt, ob der Mangel der zugesicherten Eigenschaft zugleich auch einen Mangel nach Abs 1 bildet. Dies ist vielmehr nicht erforderlich, aber doch auch möglich (a. M. SeuffA 62, 53). Ist eine bestimmte Farbe des Hengstes ausgemacht, so haftet der Verkäufer dafür, trotz aller Tauglichkeit des Hengstes im übrigen. Auch das Nichtvorhandensein eines Fehlers kann eine Eigenschaft sein, die zugesichert werden kann.

b) Was unter **Zusicherung** im Sinne der Vorschrift zu verstehen sei, ist bestritten. Zweifellos gehören darunter nicht bloß allgemeine Anpreisungen oder Schätzungen (RG

54, 233; Warn 1911 Nr 231; RG 9. 11. 11 V 168/11). Entscheidend ist die Auffassung des Verkehrs. Bei der Prüfung, ob eine allgemeine Anpreisung vorliegt oder nicht, kann auch auf die Sachkunde des Käufers Gewicht gelegt werden (RG Recht 1914 Nr 2053). Darf danach der Käufer in ihnen mehr erblicken und eine ernstlich gemeinte Zusage über die Eigenschaften annehmen, so z. B. beim Pferdehandel die Zusicherung „völliger Gesundheit" (SeuffA 58 Nr 4), so gehen sie über bloße Anpreisungen hinaus. Unfruchtbar ist der Streit, ob die Haftung auf einer einseitigen Garantieübernahme des Verkäufers beruht oder auf einer zweiseitigen Nebenverabredung. Denn immer muß die Zusicherung Vertragsbestandteil geworden sein, sonach von beiden Teilen als Recht und Pflicht aus dem Kaufvertrag gewollt sein (Warn 1914 Nr 487; 1916 Nr 100; RG 8. 1. 19 I 254/18). Die Angabe des Zweckes einer vom Käufer geforderten Zusicherung ist natürlich nicht nötig (RG Recht 1918, 505). Daher bedarf es namentlich auch für die Zusicherung bei Grundstückskäufen der durch § 313 gebotenen Form (RG 52, 3; 54, 223; 56, 50; Warn 08 Nr 30; JW 1913, 370[2]; RG 9. 2. 11 II 309/10). Die Heilung des Formmangels ist auch hier durch Auflassung und Eintragung natürlich möglich. Nicht jede bei Gelegenheit von Kaufsverhandlungen über die Kaufsache abgegebene Erklärung wird aber ohne weiteres zum verpflichtenden Vertragsinhalt erhoben, beide Teile müssen sich bewußt sein, daß der Erklärende dafür einstehen und sich daraufhin im Vertrag auch verpflichten will (RG 54, 223; 70, 82; JW 09, 71). Die Zusicherung ist eine Modalität des Kaufangebots selbst und wird mit diesem im ganzen angenommen, ein besonderer Nebenvertrag liegt jedoch nicht vor (a. M. Gruch 48, 593; 53, 957). Nicht einzusehen ist, warum die Zusicherung nicht auch stillschweigend und durch konkludente Handlungen soll erfolgen können (a. M. RG DJZ 03, 31; dagegen JW 1910, 748[5]). Ebenso kann die Annahme der Zusicherung wie die des ganzen Verkaufsangebots auch stillschweigend erfolgen. Es bedarf auch nicht einer ganz genauen Bezeichnung der Eigenschaften und der Verwendung der Worte „Zusicherung" oder „Garantie". Unter Umständen kann die Verwendung eines bloßen Warennamens genügen, um die dieser Ware beiwohnenden Eigenschaften zu garantieren (LZ 1919, 921; RG 47, 124). Erklärt der Verkäufer eine vom Käufer als für seine Zwecke unentbehrlich bezeichnete Eigenschaft als vorhanden, so liegt darin gleichfalls eine Zusicherung (RG 11. 5. 18 II 31/18). Bei einer Mehrheit von Verkäufern ist die Zusicherung von allen zu erteilen. Die nur von einem erteilte Zusicherung ist auch für ihn unverbindlich, solange nicht die Mitverkäufer sie genehmigt haben (RG 7. 5. 04 V 490/03).

c) Ein Verschulden oder gar eine Kenntnis des Verkäufers vom Fehlen der zugesicherten Eigenschaft wird für die Haftung ebensowenig erfordert wie nach Abs 1. Die Haftung ist umfassender als nach Abs 1 insofern, als sie nicht durch Unerheblichkeit des Mangels (RG 66, 167; 47, 135; JW 07, 300) ausgeschlossen wird, und außerdem im Falle des § 463 auch auf Schadensersatz geht. Ganz geringfügige, im Verkehr nicht beachtete Fehler kommen aber auch hier nicht in Betracht (OLG 22, 224). Durch den Umstand, daß dem Käufer der Fehler zufolge grober Fahrlässigkeit unbekannt blieb, wird die Haftung ebenfalls nicht beseitigt (§ 460).

d) Die Zusicherung erfolgt meist bei Abschluß des Kaufvertrags. Sofern sie nachträglich noch gegeben wird, kann eine Abänderung des bisherigen Kaufvertrags vorliegen oder eine selbständige neue Verpflichtungsübernahme (RG 67, 146; 95, 120).

e) Die Zusicherung kann sich beziehen auf Eigenschaften, die in der Gegenwart (zur Zeit des Kaufabschlusses, Warn 1917 Nr 28, oder des Gefahrübergangs) vorhanden sein oder in der Vergangenheit bestanden haben sollen (RG 3. 2. 09 V 171/08). Im Zweifel ist die Zusicherung auf die Zeit des Kaufabschlusses zu beziehen, wie sich aus § 460 Satz 1 ergibt. Aus dieser Zusicherung folgt dann aber die Haftung für den zugesicherten Zustand auch zur Zeit des Gefahrübergangs. Eine abweichende Regelung ist aber bei der dispositiven Natur der Vorschrift möglich (RG Recht 1918, 504). Zusicherungen, daß eine zur Zeit des Gefahrübergangs vorhandene Eigenschaft auch in Zukunft fortdauere oder daß eine nicht vorhandene Eigenschaft in Zukunft vorhanden sein werde, sind nicht Eigenschaftszusicherungen nach § 459 Abs 2. Sie sind Gegenstand eines besonderen Garantievertrags, der andern Regeln folgt und in der Übernahme der Verpflichtung besteht, dafür einzustehen, daß ein gewisser Zustand oder Erfolg später vorhanden sein, fortdauern oder eintreten werde (RG 51, 926; vgl. auch RG 91, 306; JW 06, 712[2]; 1918, 36[11]; Warn 09 Nr 201; 1911 Nr 172; 1913 Nr 11; 1914 Nr 154; SeuffA 62 Nr 5; Gruch 51 S. 935, 942; RG 22. 12. 08 II 274/08; 21. 4. 11 II 479/10; 3. 2. 09 V 171/08). Insbesondere kann dem Ausdruck, „daß für eine bestimmte Zeit Garantie geleistet werde", eine verschiedene Bedeutung beigelegt werden; entweder dahin, daß der Verkäufer Mangel des verkauften Gegenstandes innerhalb der Garantiefrist unentgeltlich beseitigen werde, oder dahin, daß der Verkäufer auch nach Ablauf der gesetzlichen Verjährungsfrist für die bis zum Ablauf der Garantiefrist entdeckten Fehler haften wolle (RG 37, 79; 65, 121).

5. **Ausgeschlossen** ist die Haftung in folgenden Fällen:

a) wenn der Käufer den Mangel beim Abschluß des Vertrags gekannt hat (§ 460);

b) wenn eine verpfändete Sache in öffentlicher Versteigerung als Pfand verkauft wird (§ 401; ZPO § 806; ZVG § 56);

c) im Falle des § 2376 Abs 2; vgl. auch § 2385 Abs 2;

d) wenn die Haftung des Verkäufers durch Vereinbarung mit dem Käufer erlassen oder beschränkt ist. Ein Kauf „wie besehen" schließt im Zweifel nur die Haftung für sichtbare Mängel aus (RG 94, 287; Recht 1914 Nr 2637; JW 06, 549[17]; Warn 1913 Nr 281; 1919 Nr 114; RG 24. 4. 09 V 300/08; 14. 3. 19 III 435/18). Ebenso Kauf eines Grundstücks „wie seither besessen" (Gruch 63, 222). Ist der Kaufpreis durch das sachverständige Ermessen eines Dritten zu bestimmen, gilt gleichfalls Gewährleistung für ausgeschlossen (RG Recht 08 Nr 46). Auch bei Arbitrageklausel. Die Vereinbarung ist jedoch nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt (RG 5. 10. 18 V 156/18). Der Erlaß der Haftung kann auch stillschweigend erfolgen oder sich aus der Natur des ganzen Vertrags ergeben (RG 87, 336 zu eng). So kann die Verabredung über Nachbesserungsarbeiten den Ausschluß der Gewährleistung bedeuten (RG LZ 1916 Sp. 147[12]). Ebenso kann bei gewagten Geschäften, bei Käufen in Bausch und Bogen stillschweigend die Gewährleistung als ausgeschlossen gewollt sein. Über Vereinbarung, „nur nachzubessern, ohne für weiteren Schaden zu haften", vgl. RG 96, 266.

e) Der Käufer kann der Gewährleistungsansprüche später verlustig gehen, wenn er durch sein Verhalten kundgibt, daß er auf sie verzichtet. Dabei ist aber sein Gesamtverhalten zu berücksichtigen (RG 54, 80; RG 16. 3. 20 II 351/19; 19. 11. 07 II 257/07).

6. Verhältnis der Gewährleistungsansprüche zu anderen Rechtsbehelfen, sowohl bei Fehlern als beim Mangel zugesicherter Eigenschaften (RG 5. 4. 07 III 322/06). Hier ist zunächst zu unterscheiden der Zeitpunkt vor und nach dem Gefahrübergang.

A. **Vor der Übergabe** können die allgemeinen Rechtsbehelfe wegen Nichterfüllung eines Vertrags schlechthin geltend gemacht werden. Denn hier kann von einer Behinderung dieser Rechtsbehelfe durch den Gewährleistungsanspruch um deswillen nicht die Rede sein, weil dieser selbst, von besonderen Umständen abgesehen, noch gar nicht entstanden, der Gewährleistungsfall noch nicht eingetreten ist (RG 53, 73; 70, 429; 96, 156). Daher kann der Käufer den Vertrag bis dahin wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechten, die Einrede des nichterfüllten Vertrags geltend machen, sich auf ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeit berufen, Schädenansprüche geltend machen usw. (RG 20. 1. 09 V 144/08).

B. **Nach der Übergabe** der Kaufsache ist jedoch die Geltendmachung irgendwelcher Ansprüche wegen der in § 459 und § 463 genannten Mängel aus anderen Rechtsvorschriften insoweit ausgeschlossen, als dem Käufer besondere Gewährleistungsansprüche gegeben sind, von denen anzunehmen ist, daß sie allein die Beziehungen der Parteien nun regeln sollen. Darüber freilich herrscht keineswegs Einverständnis.

a) Der Käufer bleibt berechtigt, die angebotene mangelhafte Sache nach seinem Belieben abzulehnen (JW 1912, 46[17]; 1915, 1003[9]). Auch durch die Annahme als Erfüllung wird gemäß § 363 die Geltendmachung der **Einrede des nichterfüllten Vertrags,** dessen Nichterfüllung auch in der Lieferung einer mangelhaften Sache beruhen kann (RG 57, 399; 64, 240; 66, 282), dem Käufer vorbehalten. Dadurch kann er den Verkäufer in **Verzug** setzen und schließlich gemäß § 326 vom Vertrage zurücktreten. Der weitere wirtschaftliche Grund des Rücktritts liegt dann allerdings in der Mangelhaftigkeit der Sache; der rechtliche Grund ist aber allein der eingetretene Verzug, der nicht notwendig eintreten muß und ausbleiben kann, wenn etwa der Verkäufer den Mangel beseitigt, wozu er das Recht hat. In diesem Fall hat daher der Käufer die Wahl, ob er wegen der mangelhaften Sache nur die Einrede des nichterfüllten Vertrags geltend machen will oder die Gewährleistungsansprüche. Erstere wird durch die Möglichkeit, letztere geltend zu machen, nicht ausgeschlossen.

b) Fehlt der Kaufsache **von vornherein** die Eigenschaft, die nach § 459 Abs 1 vorausgesetzt wird oder nach Abs 2 ausdrücklich zugesichert ist, und ist der Fehler derart, daß er nicht behoben werden kann, somit die Lieferung einer vertragsmäßigen Sache unmöglich macht, so liegt an sich ein auf eine **unmögliche Leistung** gerichteter nichtiger Vertrag gemäß § 306 vor. Da aber diese Unmöglichkeit, eine mangelfreie Sache zu liefern, bei ihrer Übergabe zugleich den Garantiefall begründet, so kann, wenn diese erfolgt ist, nunmehr nicht mehr die ursprünglich vorhandene Unmöglichkeit als Nichtigkeitsgrund geltend gemacht werden — wie es vor der Übergabe zulässig war —, sondern der Käufer ist jetzt ausschließlich auf die Gewährleistungsansprüche angewiesen (RG 11. 1. 18 II 389/17; Warn 1918 Nr 185).

c) Bekommt die verkaufte Sache erst **nach Kaufabschluß,** aber vor Gefahrübergang die in § 459 erwähnten Mängel und wird dadurch ihre mangelfreie Lieferung **unmöglich,** so tritt in gleicher Weise nur die Gewährhaftung ein, wenn diese Mängel beim Gefahrübergang noch vorhanden sind. Denn die Haftung des Verkäufers geht darauf, daß bei Übergabe die Sache von den genannten Mängeln frei ist, hierfür aber ist es gleichgültig, ob diese Mängel vor oder nach dem Kaufabschluß entstanden sind. Ob die Unmöglichkeit keine der Parteien oder der Verkäufer zu vertreten hat, ist ohne Belang für den Ausschluß von § 324,

denn nach § 459 hat stets der Verkäufer auch die objektive Tatsache des Vorliegens von Mängeln zu vertreten. Anders ist es aber dann, wenn der Käufer selbst die Unmöglichkeit verschuldet. Dann bleibt es bei der Vorschrift der §§ 324, 325, denn die Haftung des § 459 bezieht sich offensichtlich nicht auf diese Fälle. Es ist bestritten, ob die mangelhafte Lieferung überhaupt unter den Begriff der Unmöglichkeit (qualitative Unmöglichkeit) fällt. Die Fragestellung ist verfehlt. In Frage kommt nur, ob ein vorhandener Mangel eine mangelfreie Lieferung unmöglich mache oder nicht. Diese aber ist zu bejahen. Da aber der Grund der Unmöglichkeit der Mangel ist und die Folgen des Mangels von § 459 ausschließend geregelt werden, kommen die Rechtsregeln über die Unmöglichkeit der Lieferung eben nicht zur Anwendung, sie bestehen auch nicht nebeneinander (so **RG** 57, 400; **RG** 88, 105 noch dahingestellt gelassen). Unzulässig ist es jedoch, bei vorhandenen Mängeln von einer teilweisen Unmöglichkeit zu reden. Diese setzt eine teilweise Möglichkeit der Lieferung, d. h. im Sinne von §§ 307, 323, 325, der Leistungsteile voraus (dagegen Gruch 53, 938; JW. 1912, 72[10]). Eine unteilbare Leistung ist nur ganz unmöglich oder möglich. Eine mangelhafte Lieferung ist als mangelfreie ganz unmöglich. Zu welchem Teile sollte sie möglich sein?

d) Die **Anfechtung** des Kaufes wegen **Irrtums** über Eigenschaften der Kaufsache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden (§ 119 Abs 2), ist ausgeschlossen, soweit wegen dieser Mängel die Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen möglich ist. Soweit es sich um andersartigen Irrtum handelt, steht der Anfechtung natürlich nichts entgegen. Dies ist die ständige Praxis des Reichsgerichts (**RG** 61, 171; 62, 282; 64, 269; 70, 429; JW 09 S. 655[4], 684[4]; Gruch 53, 940; Warn 1916 Nr 116; **RG** 5. 12. 11 II 646/10; 18. 3. 19 II 386/18; 10. 12. 13 V 352/13). Die zulässig und mit Recht erfolgte Anfechtung schließt dann die Gewährleistungsansprüche aus.

e) Der Verkäufer kann den Kauf nach § 119 Abs 2 selbstverständlich immer anfechten, auch das dingliche Erfüllungsgeschäft beim Gattungskauf (**RG** 70, 428). Die Anfechtung wegen **arglistiger Täuschung** nach § 123 kann sich beziehen auf eine beim Abschluß des Kaufes begangene Arglist und eine bei der Übergabe der Kaufsache begangene Täuschung. In beiden Beziehungen wird hier dem betrogenen Käufer der Anfechtungsanspruch aus § 123 neben dem ihm etwa wahlweise zustehenden Wandlungsanspruch oder dem in § 463 gegebenen Schadensanspruch erhalten, denn es würde eine ungerechtfertige Begünstigung des Betrügers bedeuten, wenn der Käufer nur auf die Wandlung beschränkt würde. Das ist im Interesse der Sicherheit des Verkehrs zu fordern, wenn sich der Käufer ohne Verschulden des Verkäufers im Irrtum befand, nicht aber, wenn der Verkäufer diesen Irrtum selbst arglistig hervorgerufen hat (**RG** 62, 126; 96, 156 — 70, 429 aufgegeben —; JW 1913, 197[8]; 1914, 189[5]). Der Umstand, daß in § 480 Abs 2 bei Gattungskäufen dem Käufer anstatt der Wandlung usw. auch ein Schadensersatzanspruch zugebilligt wird, läßt noch nicht den Schluß als notwendig erscheinen, daß hier die Anfechtung ausgeschlossen sein soll, wie **RG** 70, 428 annimmt. Auch bei Gattungskäufen liegt kein Anlaß vor, den betrügerischen Verkäufer günstiger zu stellen.

f) Der Anspruch auf **Schadensersatz aus unerlaubter Handlung nach § 826**, insbesondere wegen Betrugs, steht dem Käufer aus demselben Grunde wie die Anfechtung zu e neben dem in § 463 gewährten Schadensanspruch zu. Dieser unterliegt auch nicht der kurzen Verjährung des § 477. Er ist ferner auch zulässig, trotzdem der Kauf wegen arglistiger Täuschung angefochten worden ist, denn die unerlaubte Handlung des Betrugs ist selbständiger Klaggrund, das Bestehen eines Vertrags wird nicht vorausgesetzt. Daher kann an sich auch nach erfolgter Anfechtung noch der Schadensanspruch aus § 816 geltend gemacht werden (a. M. **RG** 74, 1). Es liegt freilich Klagänderung vor.

g) Im übrigen haftet der Verkäufer wie bei jedem gegenseitigen Vertrage auch beim Kauf für eine **schuldhafte Verletzung seiner Vertragspflichten** nach §§ 275, 276 auf Schadensersatz, insbesondere auch bei positiven Vertragsverletzungen und bei Fahrlässigkeit beim Vertragsschluß. Dieser Anspruch steht dem Käufer neben allen sonstigen Rechten zu, insbesondere auch neben der Wandlung oder Minderung (**RG** 52, 18; 53, 200; 56, 166; 66, 289; 68, 192; JW 09, 16[10]) oder neben dem Verlangen auf Lieferung einer anderen Gattungssache (§ 480). Nur soweit schon der Gewährleistungsanspruch auf Ersatz desselben Schadens geht, wie der nach §§ 275, 276 geltend zu machende, geht jene Sonderregelung der allgemeinen vor (**RG** 53, 202). Auch diese Schadensersatzansprüche unterliegen nicht der kurzen Verjährung des § 477 (bestr.; a. M. **RG** 53, 200).

§ 460

Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel bei dem Abschlusse des Kaufes kennt[1]). Ist dem Käufer ein Mangel der im § 459 Abs 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben[2]), so haftet der Verkäufer, sofern er nicht

die Abwesenheit des Fehlers zugesichert hat, nur, wenn er den Fehler arglistig verschwiegen hat[3])[4]).

E I 382 II 398; M 2 220; P 1 671 ff.

1. **Ausgeschlossen** ist die Haftpflicht des Verkäufers zunächst bei **Kenntnis** des Käufers von den der verkauften Sache anhaftenden Mängeln (stillschweigender Verzicht), und zwar sowohl von den positiven Fehlern (§ 459 Abs 1), als von dem Mangel zugesicherter Eigenschaften (§ 459 Abs 2). Eine Untersuchungspflicht besteht nach bürgerlichem Recht nicht, nur bei Handelsgeschäften nach HGB § 477. Nach dem besonderen Fall kann aber in jedem Unterlassen einer Besichtigung grobe Fahrlässigkeit liegen. Die Kenntnis schließt auch die Haftung des Verkäufers für arglistig verschwiegene Mängel aus (RG 55, 214). Der Käufer muß den Mangel in seiner Gesamtheit kennen. Wußte der Käufer, daß unter der gekauften Ware ein verhältnismäßig geringer Bruchteil mangelhaft ist, so genügt dies nicht, um die Mängelrüge wegen der Gesamtheit auszuschließen (RG 6. 5. 19 III 525/18). Handelt es sich um den Kauf einer Menge, die erst nachträglich bestimmt werden kann, so ist der Kauf auf diese beschränkt, soweit sie nach der Verkehrsauffassung lieferungsfähig ist. Die Kenntnis des Käufers von der Mangelhaftigkeit eines Teiles der noch auf dem Felde stehenden Frucht führt daher überhaupt nicht zur Anwendung von § 460 (RG LZ 1919 Sp. 867[16]). Maßgebend ist dabei die Kenntnis zur Zeit des Vertragsschlusses; eine nach dieser Zeit erlangte Kenntnis ist nur dann von Einfluß, wenn der Käufer mit solcher die verkaufte Sache vorbehaltslos annimmt (§ 464; RG 12. 10. 01 V 255/01). — Bei einem Verkauf „auf Besicht" jedoch ist in sinngemäßer Anwendung des § 460 nicht der Abschluß des aufschiebend bedingten Vertrags, sondern die Zeit der Billigung des Vertragsgegenstands durch den Käufer entscheidend (JW 1912, 858[13]; RG 94, 285). Der § 460 Satz 1 ist unanwendbar, wenn der Käufer trotz seiner Kenntnis der äußeren Fehler der Sache den Umstand nicht kennt, daß durch diese Fehler der Wert oder die Gebrauchstauglichkeit der Sache aufgehoben oder gemindert wird (RG 11. 6. 05 II 643/04). — Dagegen bleibt die Haftpflicht des Verkäufers für zugesicherte Eigenschaften auch bei Kenntnis des Käufers von deren Mangel in dem Falle bestehen, wenn der Verkäufer eine Eigenschaft in dem Sinne zusagt, daß er sie herzustellen verspricht oder für deren Beschaffung besondere Garantie übernimmt (M 2, 226).

2. **Grob fahrlässige Unkenntnis** des Käufers vom Mangel steht der Haftpflicht **im Falle des § 459 Abs 1** (nicht Abs 2) entgegen. Grobe Fahrlässigkeit ist eine besonders schwere Vernachlässigung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Vgl. § 932 A 5. Nicht jedes Unbeachtetlassen eines Bedenkens genügt. Sichverlassen auf das Gutachten eines glaubwürdigen Sachverständigen kann entschuldigen (RG 1. 12. 11 VII 221/11). Handelt es sich um verborgene Mängel, so ist der Käufer, selbst wenn er Mißtrauen gegen den Verkäufer hegt, nicht veranlaßt, vor dem Kaufabschluß Untersuchungen anzustellen (RG 7. 10. 10 V 589/09; RG 22. 5. 12 V 31/12; 17. 10. 17 V 143/17). Die Untersuchung ist nur so weit erforderlich, als nach den Umständen des Falles Treu und Glauben es gebieten (M 2, 226). Erhebliche Eingriffe in Baulichkeiten können nicht erfordert werden (RG BayZ 1917, 387).

3. Der **Verkäufer haftet** aber hier, auch bei grob fahrlässiger Unkenntnis des Käufers, unbeschränkt, wenn **er die Abwesenheit des Fehlers zugesichert** oder dessen Vorhandensein **arglistig verschwiegen hat.** Die §§ 460 Satz 2 u. 463 Satz 2 verlangen **arglistiges Verschweigen eines Fehlers im Sinne von § 459 Abs 1.** Ist daher festgestellt, daß näher bezeichnete Schwächen der Kaufsache keine Gewährleistungsmängel im Sinne von § 459 Abs 1 waren, so scheiden §§ 460 Satz 2 u. 463 Satz 2 vollständig aus (RG 67, 146). Arglistig handelt, wer sich bewußt ist, daß eine Tatsache für die Entschließung des Gegners von Erheblichkeit ist, nach Treu und Glauben demnach diese Tatsache mitzuteilen auch verpflichtet wäre und trotzdem diese Mitteilung unterläßt. Auch die Unterdrückung oder Vorenthaltung von bloßen Zweifeln kann aus solchen Gründen schon arglistig sein (RG 62, 149; 69, 15; 75, 436; 77, 314; Warn 1915 Nr 110; 1917 Nr 186). Insbesondere ist es arglistig, wenn der Verkäufer das Bestehen des Mangels vermutet (RG 4. 5. 12 V 454/11; 24. 6. 12 II 69/12). Über Schwammverdächtigkeit vgl. noch Warn 1912 Nr 300; 1914 Nr 297; 1915 Nr 110; 1919 Nr 31; JW 1912, 1103[4]. Zur Annahme eines arglistigen Verschweigens von Mängeln (RG 67, 146) genügt nicht die erweisliche Kenntnis des Verkäufers von denselben; vielmehr ist das Verschweigen nur dann arglistig, wenn der Verkäufer darauf rechnet, daß der Käufer die verschwiegenen Mängel nicht bemerken und deshalb die Ware bestellen werde. Vgl. auch § 123. Der Tatbestand des arglistigen Verschweigens deckt sich weder mit dem des Betrugs nach § 263 StGB, noch deckt er sich schlechthin mit den Erfordernissen des § 826 (RG 67, 146; RGSt 17. 1. 13 V 1167/12). Besonderer Veranstaltungen des Verkäufers, um den Käufer in Unkenntnis der Mängel zu erhalten, bedarf es nicht (RG JW 06, 86[5]; RG 30. 5. 08 V 414/07). — Bewußte Täuschung wird vorausgesetzt, fahrlässige genügt nicht (RG 16. 5. 03 V 12/03; 14. 3. 08 V 342/07). Vgl. auch § 463 A 6. Daß die Täuschung bezweckt war, ist nicht ver-

langt, es genügt bewußtes Schweigen auf die Gefahr der Täuschung hin (**RG** 62, 300). Eine solche Arglist ist selbst damit nicht unvereinbar, daß der Verkäufer bereitwillig die Untersuchung der Sache gestattet. Sie kann unter Umständen ohne weiteres daraus entnommen werden, daß der Verkäufer die Erheblichkeit des Mangels für den Käufer kannte (**RG** 19. 12. 11 II 412/11; 19. 4. 13 V 531/12) und wußte, daß dieser seine Abwesenheit annahm (**RG** 55, 213; 62, 300; 69, 15). Von Bedeutung kann hierbei auch die Art und der Grad des Mangels werden (**RG** 9. 12. 11 II 412/11). Stehen dem Käufer mehrere Verkäufer gegenüber, so ist der Wandlungsanspruch gegen alle Verkäufer begründet, wenn auch nur einer derselben einen Fehler arglistig verschwiegen hat (**RG** 20. 5. 08 V 385/07). Dagegen ist es arglistig, wenn der Verkäufer das Bestehen des Mangels vermutet. — Gegenüber der Arglist des Verkäufers kommt eine **Mitschuld des Käufers** nicht in Betracht, der Verkäufer kann sich nicht auf dessen Fahrlässigkeit berufen (**RG** 67, 281; 69, 277; 76, 313; JW 05, 717[6]; 08, 9[10]; 1911, 91[9]; Warn 1914 Nr 49; **RG** 15. 3. 12 II 510/11).

4. Die **Beweislast** trifft in den Fällen des § 460 den Verkäufer dafür, daß der Käufer den Mangel gekannt habe oder habe kennen müssen, den Käufer dafür, daß der Verkäufer die Abwesenheit des Fehlers (oder dessen Beseitigung) zugesichert oder arglistig verschwiegen habe.

§ 461

Der Verkäufer hat einen Mangel der verkauften Sache nicht zu vertreten[1]), wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wird[2]).

E II 398; P 3 480 ff.

1. Die nach dieser Vorschrift **ausgeschlossene Haftpflicht des Verkäufers** kann durch Vereinbarung der Parteien auch hier begründet werden. Liegt eine solche Vereinbarung nicht vor, so kann der Verkäufer selbst bei arglistigem Verschweigen nicht auf Grund der §§ 459, 463, sondern höchstens aus §§ 823, 826 in Anspruch genommen werden. Auf den Mangel zugesicherter Eigenschaften dürfte § 461 jedoch nicht zu beziehen sein (bestr.). Wohl aber auf arglistiges Verschweigen. Die Haftung wegen Betrugs aus § 826 wird dadurch nicht ausgeschlossen.

2. Daneben ist nach der ZPO § 806 auch bei der auf Grund einer **Pfändung** bewirkten Veräußerung die Gewährleistungspflicht des Verkäufers ausgeschlossen. Bei dem freihändigen Pfandverkauf nach §§ 1221, 1235 Abs 2, 1245, 1246, wie auch bei dem Selbsthilfeverkauf durch einen Gerichtsvollzieher nach § 383 Abs 3 bleibt dagegen diese Gewährleistungspflicht bestehen (**RG** JW 02, 545[11], 1904, 561).

§ 462

[1]) Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460 zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (Wandelung)[2]) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung)[3]) verlangen.

E I 383 II 399; M 2 227; P 1 673, 697.

1. Mit dem Eintritt des Gewährleistungsfalls, nämlich dem objektiven Vorliegen eines vom Verkäufer zu vertretenden Fehlers der verkauften Sache zum Zeitpunkte des Gefahrübergangs — nicht schon mit dem Kaufabschluß (a. M. SeuffA 64, 117) — **entstehen** die **Ansprüche** des Käufers auf die Folgen der dem Verkäufer obliegenden Haftung. Wandlung und Preisminderung entstehen nicht automatisch von selbst, es wird vielmehr nur dem Käufer ein Anspruch darauf gegeben, den geltend zu machen in seinem Belieben steht. Sie stellen sich als besondere Folgen der Nichterfüllung des Vertrags dar und bestehen in der Rückgängigmachung des Kaufes (Wandlung) oder Herabsetzung des Kaufpreises (Minderung). Dies sind die eigentlichen Gewährleistungsansprüche. Daneben werden in besonderer Weise auch die Ansprüche auf Schadensersatz vom BGB in § 463 u. a. als weitere eigenartige Gewährleistungsansprüche geregelt. — Die Ansprüche auf Wandlung und auf Minderung sind je selbständige Ansprüche, es liegt nicht ein einheitlicher Anspruch mit alternativem Inhalt vor (**RG** 66, 332). Der Käufer hat die Wahl, welchen er geltend machen will, so lange, bis der eine oder andere verwirklicht (vollzogen) ist. Daher ist auch der Übergang vom einen Anspruch auf den andern im Prozeß Klaganderung (**RG** 64, 374; JW 07, 46). Abweisung des Wandlungsanspruchs schließt den Minderungsanspruch nicht aus (JW 07, 708; 1911, 592; SeuffA 67, 91) und umgekehrt. Das durch Vollziehung erloschene Wahlrecht lebt auch dann nicht wieder auf, wenn die Wand-

lung infolge eines später eingetretenen Umstandes unwirksam wird (RG 20. 9. 19 I 58/19). Wem nach § 463 rechtskräftig ein Schadenersatz zugesprochen ist, kann nicht noch Preisminderung verlangen (RG 14. 1 14 V 401/13.

2. Die **Wandlung** ist Rückgängigmachung des Kaufes. Auf diese Folge entsteht aus dem Kauf und der dem Verkäufer obliegenden Haftung ein unmittelbarer Anspruch, nicht entsteht ein Anspruch auf Schließung eines den Kaufvertrag aufhebenden Vertrags (sog. Vertragstheorie). Die Frage ist freilich bestritten und der Standpunkt der Motive nicht klar, § 465 zwingt aber nicht zu dieser umständlichen Konstruktion. Vgl. Näheres dort. Anderseits tritt die Wandlung aber auch nicht, wie bei der Anfechtung, durch einseitige Erklärung des Käufers ein, vielmehr geht der Anspruch auf eine Leistung des Verkäufers, die Rückgängigmachung. Bei der Anfechtung ist der Kauf von Anfang an nichtig, hier wird ein an sich bestehender Vertrag rückgängig gemacht (JW 01, 864). Die gegenseitige Rückgewähr vollzieht sich bei der Anfechtung nach den Bestimmungen der §§ 872, 985, bei der Wandlung nach § 467. Die Wandlung hat an sich nicht die Wirkung, daß an Stelle des rückgängig gemachten Kaufvertrags ein anderer gegenseitiger Vertrag tritt (RG 93, 49). Es findet kein Austausch von Leistung und Gegenleistung statt, wie bei gegenseitigen Verträgen, sondern lediglich Beseitigung des früheren, auf einen solchen Austausch gerichteten Kaufvertrags. Die Folgen nach §§ 467, 346, 345, 320, 322 sind gesetzliche, die je nach dem Stand der Leistungen auch ausbleiben können. Möglich ist natürlich auch der Abschluß eines besonderen Vertrags auf diese Leistungen (JW 1918, 610[1]; vgl. auch RG 66, 69). Die Rückgängigmachung ist insbesondere kein Rückkauf. Wenn eine gesetzliche Verpflichtung zur Rückgängigmachung besteht, ist in dem die Erfüllung dieser Pflicht dienenden Vertrage ein lästiges Veräußerungsgeschäft nicht enthalten. Daher begründet die Anerkennung der aus der Wandlung sich ergebenden Verbindlichkeiten auch z. B. keine Stempelpflicht (RG 47, 303; 60, S. 143, 398; Gruch 60, 310). — In § 465 wird bestimmt, wann der Anspruch auf Wandlung vollzogen ist, der Kauf also rückgängig gemacht ist, in §§ 467ff. wird die Wirkung dieser Rückgängigmachung, ihre Durchführung geordnet.

3. Die **Minderung** läßt im Gegensatz zur Wandlung den Kaufvertrag bestehen und gibt nur einen Anspruch gegen den Käufer auf Herabsetzung des Kaufpreises. Für diesen Anspruch gilt dasselbe wie für den Wandlungsanspruch. Wie die Minderung durchzuführen ist, wird in § 472 bestimmt.

4. Dem **Bürgen** des Käufers steht, wenn er auf Bezahlung des Kaufpreises belangt wird, der Wandlungsanspruch nicht zu, wohl aber der Minderungsanspruch nach § 768 (RG 66, 332). Er hat aber die Befugnis, dem Verkäufer solange die Befriedigung zu versagen, als der Käufer wandeln kann.

5. Beim **Sukzessivlieferungsvertrag** und bei teilbaren und in Teilen erfolgenden Lieferungen beschränkt sich grundsätzlich die Wandlung auf die einzelne mangelhafte Rate (ROHG 4, 224; RG 57, 115; 65, 54; 22. 3. 18 III 517/17). Wenn die mangelhafte Rate auch für die Zukunft mangelhafte Leistungen befürchten läßt, so findet keine Erstreckung der Wandlung auf diese zukünftigen Leistungen statt, wohl aber treten die Grundsätze über positive Vertragsverletzung in die Erscheinung. Vgl. im übrigen aber § 469.

6. Von einer vorausgegangenen **Mangelrüge** ist im bürgerlichen Verkehr die Geltendmachung des Wandlungs- und Minderungsanspruchs nicht abhängig. Vgl. jedoch die Präsumtion des Verzichts nach § 464 und bei Handelsgeschäften nach HGB § 477.

7. Über **Abtretung** der Gewährleistungsansprüche vgl. RG 59, 238.

8. Bei Wandlung und Minderung **trifft stets den Käufer die Beweislast** für die Mängel der Sache, sowohl nach § 459 Abs 1 wie nach Abs 2 (RG 66, 280). Denn diese bilden den Rechtsgrund für die Ansprüche. Dabei macht es keinen Unterschied, ob es sich um einen Spezies- oder Gattungskauf handelt (RG 95, 119); gleichgültig ist auch, ob er die Annahme abgelehnt oder die Ware angenommen hat. Nur wenn der Käufer bei Ablehnung der Annahme sich darauf beschränkt, die Einrede des nichterfüllten Vertrags vorzuschützen, trifft den Verkäufer die Beweislast für die Erfüllung, wobei wiederum § 363 zu berücksichtigen ist (RG 57, 399; JW 07, 509[8], [9]).

§ 463

Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes[1]) eine zugesicherte Eigenschaft[2]), so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung[4]) Schadensersatz wegen Nichterfüllung[3]) verlangen. Das gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat[5])[6]).

E I 385 II 400; M 2 228, 229; P 1 686.

1. Die Vorschrift trifft nur den Kauf einer bestimmten einzelnen Sache (species; RG Recht 1918 Nr 38). Die Fassung des § 463 ist verfehlt. Ob der verkauften Sache zur Zeit

des Kaufes die zugesicherte Eigenschaft fehlt, ist für die Wandlung oder Minderung gleichgültig. Für diese kommt es lediglich auf die Zeit des Gefahrübergangs an, die den kritischen Zeitpunkt für den Gewährleistungsfall bildet. Wenn daher § 463 anordnet, daß statt dieser Ansprüche auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt werden kann, so wird dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß der Gewährleistungsfall überhaupt vorliegt, also auch zur Zeit des Gefahrübergangs noch die zugesicherten Eigenschaften fehlen. Das ergibt auch die Natur des Schadensanspruchs als eines solchen wegen Nichterfüllung. Hiermit ist dieser Schadensanspruch des § 463 gleich dem Wandlungs- und Minderungsanspruch als reiner **Gewährleistungsanspruch** ausgestattet (RG 67, 146; 78, 58; Gruch 59, 359), nur daß als **weiteres Erfordernis** hinzutritt, daß der Mangel der verkauften Sache **bereits zur Zeit des Kaufes** vorhanden gewesen sein muß (RG 8. 11. 10 II 23/10). Es ist ein Fall der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß (RG 95, 60). Der Käufer kann unter den nämlichen Voraussetzungen im übrigen Schaden fordern, wie er wandeln kann. War also zur Zeit des Kaufabschlusses der Mangel noch nicht vorhanden, sondern trat er erst nachher ein, so kann der Verkäufer nicht nach § 463, wohl aber nach anderen Grundsätzen, z. B. § 325, in Anspruch genommen werden. Auch hier wird vom Gefahrübergang abgesehen, wenn sich der Mangel offenbar nicht beseitigen läßt (RG 33. 4. 20 II 525/19). Wenn ferner der Verkäufer nicht zur Zeit des Kaufabschlusses, sondern erst nachträglich sich eines arglistigen Verhaltens schuldig macht, kommt § 463 nicht zur Anwendung (Recht 1915 Nr 2474). Für **die beiden in § 463 geregelten Schadensersatzansprüche gelten daher,** abgesehen von den hier aufgestellten besonderen Erfordernissen, **auch die nach §§ 459, 460 in Betracht kommenden Voraussetzungen.** Insbesondere ist § 463 nur anwendbar beim Verkauf oder kaufähnlichen Geschäften und von Sachen und den ihnen gleichgestellten unkörperlichen Gütern, z. B. Handelsgeschäften (RG 63, 59; 98, 292; Warn 1915 Nr 14, 272; 1917 Nr 100; LZ 1919, 691). Auf Verkäufe von Rechten ist § 463 nicht anwendbar, z. B. nicht auf Hypotheken (JW 1910, 9[34]; 1912, S. 137[10], 742[4]; RG 65, 90; 83, 245; Warn 1915 Nr 275; LZ 1916 Sp. 305[15]). Ferner gilt bezüglich des Einflusses der Kenntnis des Käufers vom Mangel § 460 Satz 1, sodann der Grundsatz über ein mitwirkendes Verschulden des Käufers, mangelhafte Untersuchung u. dgl. (RG 18. 2. 08 II 485/07). Auf die Erheblichkeit der Wertminderung kommt es hier nicht an. Die Vorschrift gilt nur für das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, nicht bei einem Vertrag, durch den sich jemand gegenüber einem Hypothekengläubiger verpflichtet hat, ein Grundstück in der Zwangsversteigerung zu erwerben (RG 16. 10. 15 V 191 15; vgl. auch Recht 1915 Nr 1763). — Der Auktionator kann unter Umständen für den Anspruch aus § 463 dem Käufer gegenüber als Selbstverkäufer behandelt werden, wenn er ohne Nennung seines Auftraggebers verkauft und der Käufer vor oder bei dem Kaufabschluß auch nicht auf andere Weise erfahren hat, wer als Auftraggeber hinter jenem steht (RG 4. 7. 05 II 629/04).

2. Wie zwischen dem Wandlungs- und Minderungsanspruch einerseits, so hat der Käufer auch anderseits zwischen diesen und dem Schadensersatzanspruch die **Wahl** (RG 11. 10. 10 II 23/10). Er kann aber nicht neben der Wandlung die Minderung und nicht neben diesen den hier in Betracht kommenden Schadensanspruch erheben, sondern nur entweder diesen oder jenen (RG 14. 1. 14 V 401/13). Solange aber der eine oder der andere Anspruch noch nicht verwirklicht, die Wandlung, Minderung nicht vollzogen, der Schadensanspruch nicht anerkannt ist, kann der Käufer von der getroffenen Wahl noch abgehen (RG 1. 11. 11 II 157/10; 16. 11. 11 II 624/10). Andere Schadensansprüche als Gewährleistungsansprüche können auch nach vollzogener Wahl erhoben werden (Recht 1915 Nr 2254). Die gleichzeitige Erhebung aller drei Ansprüche ist nur in der Form der Eventualität möglich (RG 93, 163; LZ 1916 Sp. 382[9]). Gibt der gewährleistungsberechtigte Käufer die Ware gegen Rückzahlung des Kaufpreises unter Vorbehalt weiterer Schadensansprüche zurück, so ist die Rückgabe nicht als Wandlung anzusehen (Gruch 62, 789). Ebenso wenn der Käufer auf Rückzahlung des Preises unter Vorbehalt der Schadensansprüche klagt. — Der Vollzug der Minderung schließt die spätere Wandlung oder weitere Minderung wegen eines anderen Mangels nicht aus.

3. **Schadensanspruch bei zugesicherter Eigenschaft.** Hinsichtlich der Zusicherung vgl. § 459. Werden dem Käufer besondere Vorzüge der Kaufsache vorgespiegelt, oder wird der Irrtum des Käufers arglistig ausgenutzt durch betrügerische Manipulationen an der Sache oder durch positive Veranstaltungen, die nicht als zugesicherte Eigenschaften der Sache aufgefaßt werden können, so kommen nur § 823 Abs 2 und § 826 in Frage. Aber sie dürfen nicht zu dem Zweck angewendet werden, um zwingend gedachte Einschränkungen des Gewährleistungsrechts (§ 464) illusorisch zu machen (JW 1913, 88). Den Beweis dafür, daß die Kaufsache die zugesicherte Eigenschaft nicht hat, also für die Grundlage seines Schadensanspruchs, hat der Käufer zu führen (RG 66, 285).

4. Bei der **Einforderung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung** kann der Käufer zunächst, wie die allgemeine Fassung dieses Ausdrucks ergibt, ohne Nachweis eines fehlenden

Interesses den Vertrag als gänzlich unerfüllt behandeln, also die Annahme der Kaufsache ablehnen und den ihm durch die Nichterfüllung des Vertrags schlechthin erwachsenen (positiven) Schaden berechnen (RG 52, 355; 62, 149; JW 1914, 189[5]). Der Nachweis ursächlichen Zusammenhangs ist nicht nötig. Der Anspruch aus § 463 ist gegeben ohne Rücksicht darauf, daß der Käufer in seinen Willenserklärungen durch das Verhalten des Verkäufers bestimmt worden ist (JW 1915, 119). Der Nachweis des Bestimmtseinkönnens genügt (LZ 1916 Sp. 306[17]; Warn 1915 Nr 230). Der Käufer eines Grundstücks, der betrogen wurde, kann das Erfüllungsinteresse als Schadensersatz auch dann verlangen, wenn er vor der Auflassung den wahren Sachverhalt erfahren hat. So entgegen RG 56, 51 nunmehr RG 63, 113 und RG 30. 6. 11 II 19/11, auch die Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises fordern (RG 50, 190). Der Käufer, der seinen Schaden abstrakt berechnet, muß dies innerhalb der zulässigen Grenzen (ohne übermäßigen Gewinn) tun (RG 90, 305). Es ist ihm aber auch nicht verwehrt, die Kaufsache zu behalten und den ihm aus der nicht gehörigen Erfüllung erwachsenen Schaden ersetzt zu verlangen (RG 52, 356; 53, 92; 59, 157; 63, 338; RG 29. 3. 12 II 510/11). Will der Käufer nur den Preis herabsetzen und die Sache behalten, muß er dartun, daß der Verkäufer den Gegenstand auch zu dem geringeren Preise hergegeben haben würde (RG 83, 246; JW 1910, 934; 1911, 213; 1912, 863; RG 27. 2. 20 II 378/19). Dieser Schaden kann sich auf die objektive Wertdifferenz zwischen der mangelfreien und mangelhaften Sache beschränken und neben dem Leistungsanspruch bestehen. Er deckt sich nicht mit dem Verzugsschaden (RG 20. 1. 11 II 157/10). Auszugleichen ist der Minderwert der Sache bei der Erfüllung. Der Käufer braucht sich nicht auf die spätere Werterhöhung durch Beseitigung des Mangels verweisen zu lassen (RG JW 1911, 647[14]). Zu ersetzen sind auch die Kosten eines Rechtsstreits, den der Käufer infolge des Mangels im Interesse des Verkäufers gegen seinen Abnehmer hat führen müssen (OLG 22, 230). Auch die Aufwendungen, die der Käufer in Erwartung der Erfüllung gemacht hat und die infolge der Nichterfüllung vergeblich geworden sind, sind zu ersetzen (RG 12. 4. 12 II 481/11). Die ihm zukommende Geldentschädigung kann der Käufer, wenn der Verkäufer die Sache sofort zu leisten hatte, ebenfalls ungekürzt sofort verlangen (RG 66, 340). Die nicht rechtzeitig gerügten, aber gleichfalls mangelhaften Sendungen können, wenn sie für den Schadensanspruch auch keine mittelbare Stütze abgeben, doch zur Rechtfertigung des Gesamturteils, namentlich zur Begründung der Annahme, es werde künftig nicht vertragsmäßig geliefert werden, mit herangezogen werden (RG 65, 54; RG 27. 2. 13 II 501/12). — Was der Käufer durch den Weiterverkauf der eingedeckten Ware erhält, braucht er bei der Schadensaufmachung dem Verkäufer nicht gutzuschreiben (RG 52, 154; JW 1917, 709[5]). Das gilt auch beim Weiterverkauf der behaltenen mangelhaften Sache. Gegenüber arglistig vorgespiegelten Eigenschaften kann sich der Verkäufer nicht auf die Angemessenheit des Preises zufolge anderweiter Vorzüge der Kaufsache berufen (Recht 1914 Nr 2421).

5. **Haftpflicht für arglistiges Verschweigen von Fehlern.** Auch hier handelt es sich um einen Gewährleistungsanspruch, nicht um Ersatz eines durch eine unerlaubte Handlung zugefügten Schadens im Sinne von §§ 823, 831 (RG 83, 244). Der Anspruch ist also ein vertraglicher (RG 67, 146; 78, 58; 83, 242; Warn 1913 Nr 198, 282; 1914 Nr 180; 1915 Nr 109; JW 1913, 197[8]; RG 15. 10. 19 V 165/19; a. M. RG 16. 9. 16 V 144/14 im Recht 1914 Nr 2990). Immerhin beruhen die Ansprüche aus Abs 1 und aus Abs 2 auf verschiedenen Tatbeständen (Warn 1914 Nr 285). Nach dem Wortlaut des § 463 Satz 2 ergibt sich zunächst, daß im Falle des arglistigen Verschweigens eines Fehlers der Käufer die Wahl zwischen Wandlung, Minderung und Schadensersatzanspruch hat (RG JW 1913, 197[8]). Sodann läßt sich der Schluß nicht abweisen, daß diese Wahl nicht nur dem zustehen muß, der nicht durch Verschweigen, sondern auch dem, der durch betrügliche Vorspiegelungen über das Nichtvorhandensein von Mängeln oder das Vorhandensein von Eigenschaften getäuscht und dadurch zum Kaufe bewogen ist. Der Verkäufer muß sich so behandeln lassen, wie wenn er zugesichert hätte, was er vorgespiegelt hat. Dies ist in nun feststehender Rechtsprechung anerkannt (RG 63, 112; 66, 335; 83, 242; 92, 295; RG JW 1910, 934[4]; 1911, 808[13]; 1912, 137[10]; 1913, 197[8]; RG Warn 1913 Nr 282; SeuffA 67 Nr 282). Das Schrifttum überwiegend zustimmend. Über die gegenteilige Ansicht vgl. Matthießen in JW 1913, 516.

6. Erfolgt die Vorspiegelung und das arglistige Verschweigen durch einen mit vorbehaltloser Vollmacht ausgestatteten **Vertreter,** so verneint RG 61, 207; 63, 146, daß der Anspruch gegen den Vertretenen gerichtet werden kann, wenn es sich um außerhalb des Vertragsverhältnisses vom Vertreter begangene unerlaubte Handlungen handelt, zu denen aber betrügerische Vorspiegelungen nicht zu rechnen seien (culpa in contrahendo). Für den Fall, daß der Vertreter aber innerhalb der Vollmacht handelt, läßt RG 83, 242 den Anspruch auch gegen den Vertretenen zu. Der Vertreter seinerseits haftet nur nach § 249, insbesondere nicht nach § 472. Er haftet aber nicht nur subsidiär nach dem Vertretenen.

Sind die unrichtigen Angaben weder vom Verkäufer, noch seinem Vertreter, sondern von einem **Dritten** gemacht worden, so haftet der Verkäufer an sich nicht (Recht 1916 Nr 35). Betont muß übrigens werden, daß es sich auch hier, wie überhaupt in allen Fällen der §§ 459ff. um das Fehlen einer Eigenschaft der Kaufsache handeln muß (RG 26. 10. 11 V 532/10; vgl. auch § 459 A 5). Handelt es sich nicht um einen derartigen Sachmangel oder handelt es sich um einen außervertraglichen Schadensanspruch, wie in dem Falle, in dem die falschen Vorspiegelungen nicht vom Verkäufer, sondern von einem Dritten ausgehen, so findet § 463 Abs 2 keine Anwendung (RG JW 1911, 486[5]; RG 7. 10. 11 V 113/11; 4. 11. 11 V 168/11; 24. 4. 12 V 62/12). Haftung des Vertretenen dann nur nach § 831 möglich (RG 61, 212; 73, 437). Arglistiges Verschweigen beim Verkauf eines zum Gesamtgut der Gütergemeinschaft gehörenden Grundstücks nur seiten des Ehemanns läßt Schadenanspruch gegen diesen bestehen (RG 29. 5. 20 V 424/19). Über den **Begriff des „arglistigen Verschweigens"** vgl. § 460 A 3.

7. Wenn der getäuschte Käufer nur §§ 823, 826 zur Begründung heranzieht, hat das Gericht von Amts wegen auch § 463 zu beachten (Recht 1914 Nr 605).

8. Wegen **Verjährung** §§ 476, 477, 479, wegen **internationalen Privatrechts** RG LZ 08 Sp. 308.

§ 464

[1]) Nimmt der Käufer eine mangelhafte Sache an[2]), obschon er den Mangel kennt[3]), so stehen ihm die in den §§ 462, 463 bestimmten Ansprüche[4]) nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Annahme[5]) vorbehält[6])[7]).

E I 386 II 401; M 2 229, 230; P 1 690 ff.

1. Die Vorschrift gilt nur für Sachmängel. Eine entsprechende Vorschrift für Rechtsmängel gibt es nicht (RG 25. 11. 16 V 226/16). Während § 460 bestimmt, daß die Kenntnis des Käufers beim Abschluß des Kaufvertrags von Rechts wegen als Verzicht der Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche, weil als Kauf einer mangelhaften Sache, anzusehen ist, verordnet § 464 die **gesetzliche Präsumtion des Verzichts** bei Annahme der mangelhaften Sache trotz Kenntnis der Mängel, sofern die Gewähransprüche nicht vorbehalten worden sind. Diese gesetzliche Präsumtion bezieht sich jedoch nur auf die in §§ 462 u. 463 bestimmten Ansprüche. Insoweit namentlich neben § 463 noch Schädenansprüche aus §§ 823, 826 in Betracht kommen, gilt sie nicht (bestr.; a. M. RG 59, 105; RG 13. 12. 10 II 74/10; SeuffA 62 Nr 51). — Schließt sich an den Kaufabschluß die Annahme der gekauften Sache unmittelbar an, so deckt sich die Vorschrift des § 464 mit der des § 460 (RG 12. 10. 01 V 225/01). Sind mehrere Sachen als zusammengehörend verkauft (§ 469 Satz 2), so läßt sich das Vorliegen der Voraussetzung des § 464 nur mit Bezug auf die einzelnen Sachen feststellen; doch schließt dies nicht aus, daß in der vorbehaltlosen Annahme einer einzelnen von dem Mangel betroffenen Sache nach erlangter Kenntnis von diesem Mangel ein stillschweigender Verzicht auf das Wandlungsrecht überhaupt gefunden wird (RG 27. 10. 09 V 356/09). — In der nach § 377 HGB dem Käufer obliegenden Mängelanzeige ist nicht ohne weiteres ein Vorbehalt, welcher einen Verzicht auszuschließen vermöchte, zu erblicken (RG 64, 237; RG JW 1911, 486[6]; Recht 1918 Nr 1689). Dagegen bedarf es einer **Mängelanzeige** bei Nichthandelsgeschäften nicht.

2. **Annahme** ist gleichbedeutend mit Abnahme nach § 640 Abs 2. Für die Annahme ist nicht erforderlich, daß der Empfänger die Erfüllung als eine tadellose angenommen hat; vielmehr genügt es, wenn er die als Leistung aus dem Vertrage angebotene Leistung körperlich hinnimmt und dabei zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung anerkenne (RG 64, 240; RG JW 1911, 486[6]; OLG 24, 329). Bei Grundstücken steht der Übergabe auch die Auflassung gleich (RG 58, 263; JW 04, 406[10]; 08, 137[7]; Warn 09 Nr 136; LZ 1919, 691). Der Vorbehalt ist zu erklären, sobald entweder die Übergabe oder die Auflassung erfolgt ist; entscheidend ist der zeitlich frühere Akt (RG 18. 12. 18 V 231/18; a. M. RG 63, 110; JW 1911, 756[12]). — Der Käufer geht, wenn er den Mangel kennt, des Anspruchs auf Wandlung auch durch einen solchen Gebrauch der Sache verlustig, welcher auf den Willen, sich dieselbe ohne Rücksicht auf etwaige Fehler zuzueignen, schließen läßt (RG 19. 11. 07 II 257/07). Ein solcher Wille liegt oft in der Veräußerung der Ware (RG 54, 80), doch kommt es auf die konkreten Umstände an (RG 98, 232), noch nicht ohne weiteres in der Hingabe der fehlerhaften Sache zur Reparatur, insbesondere nicht in einem solchen Gebrauche, der wesentlich im Interesse des Verkäufers geschieht (RG JW 04, 290[1]) oder durch besondere Umstände entschuldigt wird (RG JW 09, 685[5]). Mit Rechtsnotwendigkeit liegt ein solcher Wille auch weder in der Billigung beim Kauf auf Besicht (RG Warn 1912 Nr 381), noch in der Bestätigung des anfechtbaren Kaufes nach § 144 (RG JW 1911, 398[4]); selbst in einem Vertrag, durch den der Käufer gegen die Übernahme der Pflicht zur Beseitigung des Mangels auf das Wandlungs-

recht verzichtet, muß sie nicht liegen (RG 22. 1. 13 V 304/12). — Die Annahme erfolgt in dem Falle, wenn der Verkäufer die verkaufte Sache behufs Übertragung des Eigentums dem Käufer übersendet, schon durch eine dementsprechende Verfügung des Käufers und bedarf in solchem Falle nicht der ausdrücklichen Erklärung des Annahmewillens dem Verkäufer gegenüber (RG 64, 145).

3. Es wird **wirkliche Kenntnis** vom Mangel erfordert. Die Kenntnis eines Teils des Mangels steht der Kenntnis des ganzen Mangels nicht gleich (RG 3. 7. 15 V 103/15). Grob fahrlässige Unkenntnis genügt hier nicht (Warn. 1918 Nr. 185), ebensowenig bloße Vermutung des Mangels (RG 18. 1. 08 V 210/07). Im übrigen liegt dem Käufer, abgesehen von dem Fall eines beiderseitigen Handelsgeschäfts nach § 377 HGB (RGJW 06 S. 91[13], 119[25]), eine Pflicht zur alsbaldigen Untersuchung und Mängelanzeige nur insoweit ob, als Treu und Glauben dies erfordert.

4. Auch die **auf Arglist des Verkäufers** beruhenden Ansprüche des Käufers gehen durch vorbehaltslose Annahme der Kaufsache mit Kenntnis vom Mangel verloren (RG 59, 104; 20. 4. 07 V 92/07; RG 10. 2. 12 V 354/11; Warn. 1915 Nr. 108).

5. **Der Vorbehalt** muß unter Bezeichnung des bekannten Mangels geschehen. Ein allgemeiner Vorbehalt genügt nicht (RG 13. 5. 10 III 303/09). Auch genügt nicht die Erklärung einem gewöhnlichen Boten gegenüber, sofern dieser nicht wirklich zum Übermittler des Vorbehalts wird (OLG 24, 329).

Auch vor der Annahme kann der **Vorbehalt** erklärt werden, wenn nur das spätere Verhalten des Käufers damit im Einklang steht (RG 58, 263).

6. Der Fall, wenn ein Mangel erst nach der Annahme entdeckt wird, fällt nicht unter § 464. Setzt aber der Käufer nach solcher Entdeckung den Gebrauch der Sache fort oder trifft er eine Verfügung darüber, ohne den Vorbehalt zu wiederholen, so kann hierin ein Verzicht auf die Wandlung, dagegen nicht ohne weiteres auf die Minderung gefunden werden (RG 39, 172). So insbesondere darin, daß der Käufer sich erfolgreiche Ausbesserung gefallen läßt (RG 12. 2. 13 V 456/12).

7. Der **Beweis** für die Annahme der Sache und die Kenntnis des Käufers vom Mangel trifft den Verkäufer, der für die Stellung des Vorbehalts den Käufer (RG 29, 116).

§ 465

[1]) Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt[2]) [3]).

E I 384 II 402; M 2 228; P 1 685.

1. Die **Bedeutung des § 465** ist in Rechtslehre und Rechtsprechung überaus bestritten. Die eine, in der II. Kommission vertretene (Prot S. 680, 709, 710), Ansicht (Vertragstheorie) findet, daß darin der Inhalt und die Verwirklichung des Wandlungs- und Minderungsanspruchs ausgedrückt, dieser Anspruch des Käufers zunächst nur auf Herbeiführung der vertragsmäßigen Einwilligung des Verkäufers zu den angeführten Maßnahmen gerichtet sei und erst auf Grund dieses Vertrags die Rückgängigmachung des Kaufes mit seinen Folgen, insbesondere die Rückgabe oder Minderung des vom Käufer gezahlten Kaufpreises oder die entsprechende Befreiung gefordert werden könne. So insbesondere Planck und Oertmann zu §§ 462 u. 465; im wesentlichen auch Dernburg III § 186 A 11 und in Einzelausführungen Seidlmeyer bei Gruch 57, 343. Die andere Ansicht (Herstellungstheorie) findet die Bedeutung der auf Verlangen des Käufers erfolgten „Vollziehung" der Wandlung oder Minderung wesentlich darin, daß damit der Käufer in seiner Wahl zwischen beiden gebunden werde, während im übrigen der Wandlungs- oder Minderungsanspruch sich, wie im gemeinen Recht, unmittelbar auf die Rückgängigmachung des Kaufes oder die Herabsetzung des Kaufpreises mit ihren Folgen richte. So Eccius bei Gruch 43, 306; Staub zum HGB § 377 A 60ff.; Staudinger § 462 A 1 V; Neumann zu § 462 A 2; sowie in Einzelausführungen Lobe im SächsArch 9, 104; Haymann bei Gruch 46, 509; Müller in SeuffBl 69, 46; Thiele im ArchZivPrax 93, 397ff.; Langheineken, Anspruch und Einrede S. 215; Enneccerus § 313 I; Biermann im ArchZivPrax 14, 315ff.; Crome § 322 I 1; Gierke, Deutsches Privatrecht 3, 473. Über den Stand der Streitfrage besonders Raape bei Dernburg IV § 185. Das Reichsgericht hat nach kurzem Schwanken eine neutrale und vermittelnde Stellung eingenommen. Es geht von folgendem Gedankengange aus: Nicht wie die Anfechtung, der Vorkauf, der Wiederkauf vollzieht sich die Wandlung oder Minderung durch die einseitige Erklärung des Käufers. Auf rechtsgeschäftlichem Wege gelangt vielmehr die Wandlung und Minderung nur dadurch zur Verwirklichung und Vollziehung, daß sich auf das Verlangen des Käufers der Verkäufer damit einverstanden erklärt (RG 59, 97). Darin liegt aber noch nicht mit Notwendigkeit auch der Satz, daß der Käufer seine Gewährleistungsansprüche nur in der Weise gerichtlich geltend machen könnte, daß er den Verkäufer auf Einwilligung in

die Wandlung oder Minderung verklagt. Er kann seinen Klagantrag auch unmittelbar auf Rückgängigmachung des Kaufvertrags oder auf Minderung durch das Urteil und auf die Leistungen richten, die sich aus dieser Rückgängigmachung oder Minderung ergeben (RG 58, 423; 66, 75; 69 S. 385, 389; 70 S. 198, 199; 94, 331; JW 1913, 736[5]). Will aber der Käufer auf halbem Wege stehenbleiben und nicht Ausführung der Rückgängigmachung oder Minderung, sondern nur Verurteilung des Verkäufers zur Einwilligung in die Wandlung oder Minderung begehren, so bleibt ihm auch dies unverwehrt (RG Warn 1913 Nr 314). Klagt er auf Minderung, so kann er den Betrag angeben oder in das richterliche Ermessen stellen (RG 13. 4. 13 V 520/12). Man mag dieses Vorgehen des Reichsgerichts vielleicht vom Standpunkt der Theorie aus unbefriedigend nennen, vom Standpunkt der Praxis aus wird man sich ihm anschließen dürfen. — Die Wandlung ist auch dann dem ursprünglichen Verkäufer gegenüber zu erklären, wenn dieser seine Rechte aus dem Verkauf einem anderen abgetreten hat (Recht 1914 Nr 474).

2. Bis zur **Einverständniserklärung des Verkäufers**, die auch formlos erfolgen kann (RG 6. 5. 08 II 426/07) oder bis zu dessen rechtskräftiger Verurteilung ist der Käufer an die von ihm etwa vorher erklärte Wandlung oder Minderung nicht gebunden, kann vielmehr von einer zur andern übergehen (Prot S. 711; ebenso RG JW 05, 492[16]). Er kann sogar noch nach rechtskräftiger Abweisung der Wandlungsklage auf Kaufpreisminderung klagen (RG Warn 1911 Nr 322). Solange er die Wahl noch ändern kann, braucht er auch bei Geltendmachung der Wandlung die Sache noch nicht zurückzugeben. Erst mit dem Vollzug der Wandlung entsteht für den Verkäufer der Anspruch auf Rückgewähr (RG 94, 331). Wird die Wahl nach der Klagerhebung geändert, so ist dies an sich Klagänderung, die aber in der Regel — wenigstens für die I. Instanz, vgl. ZPO § 527 — nach ZPO § 264 zuzulassen sein wird, da die Verteidigung des beklagten Verkäufers dadurch nicht wesentlich erschwert wird. Wird die Wandlung oder Minderung einredeweise vorgeschützt, so wird das Wahlrecht des Käufers mit der darauf erfolgten rechtskräftigen Abweisung der Klage oder mit der Befriedigung des Käufers, worin eine Vollziehung zu finden ist, ausgeschlossen (Staudinger § 478 A 2c; a. M. Planck § 478 A 1). Immerhin aber muß der Käufer, wenn er nach solcher Abweisung des Verkäufers eine vorher geleistete Anzahlung zurückfordert, auf die Mangelhaftigkeit der Sache zurückkommen und die im Vorprozesse nur als Entscheidungsgrund berücksichtigte Berechtigung seines Wandlungsverlangens dartun; er ist daher dabei auch der Verjährungseinrede des Verkäufers aus § 477 ausgesetzt (RG 69, 388).

Die Erklärungen des Käufers und Verkäufers über die Wandlung sind rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, daher von beiden Seiten aus wegen Irrtums anfechtbar (OLG 22, 47). Nicht zu verwechseln ist das Einverständnis über die Wandlung mit dem Einverständnis über die Nichtigkeit des Kaufes, die ganz andere Folgen hat (RG Warn 1912 Nr 68). Mit der Wandlungserklärung des Käufers gerät der Verkäufer, wenn das Wandlungsbegehren begründet ist, in Annahmeverzug, falls er die Ware nicht rechtzeitig zurücknimmt. Der Käufer hat von da an gemäß § 300 nur mehr Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten (RG Warn 1912 Nr 376). Wenn Beanstandung der Ware nicht anerkannt, sondern Ware bloß aus Entgegenkommen zurückgenommen wird, ist dies kein Vollzug der Wandlung, d. h. der Rückgängigmachung des Kaufes, sondern nur ein Rückgängigmachen des Erfüllungsgeschäfts (RG 91, 110). Das Einverständnis mit der Wandlung bedeutet noch nicht die selbständige vertragsmäßige Verpflichtung zur Rückgabe der Sache. Durch die vollzogene Wandlung wird auch kein gegenseitiges Vertragsverhältnis begründet, daher § 326 nicht anwendbar (RG 93, 49).

3. Auf den **Schadensersatzanspruch** aus § 463, der nur von dem Verlangen des Käufers, nicht von der Einwilligungserklärung des Verkäufers abhängt, bezieht sich § 465 nicht. Dieser Anspruch wird vielmehr unwiderruflich mit der Erfüllung oder mit der Verurteilung zu solcher. Ist der Anspruch auf Wandlung oder Minderung unwiderruflich geworden, so kann natürlich (vgl. § 463: „statt der Wandlung oder Minderung") von Schadensersatz nicht weiter die Rede sein.

4. **Erfüllungsort.** Wird bei der Wandlung Zug-um-Zug-Leistung angeboten, so ist beiderseitiger gesetzlicher Erfüllungsort der Ort, an dem sich die Ware dem Vertrage gemäß befindet.

§ 466

Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist[1]) zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden[2]).

E II 402 Abs 2 III 460; P 1 800 ff.

1. Die Vorschrift bietet ein Mittel, um den Schwebezustand zu beseitigen, ähnlich wie bei § 634. Auch die Verjährungsfrist des § 477 kann schon einen solchen lästigen langen Schwebezustand bringen. Wenn die gesetzte Frist eine unangemessen kurze ist, so bleibt zwar dem Schuldner gegenüber die allgemeine Wirkung der Fristsetzung bestehen; aber die Dauer der Frist verwandelt sich in einen angemessenen, vom Richter zu bemessenden Zeitraum (RG 56, 234). S. auch § 250 A 2.

2. **Verlangt der Käufer die Wandlung,** geht er also auf das Erbieten zur Wandlung ein, so ist diese mit seiner Erklärung vollzogen; andernfalls ist sie mit Ablauf der Frist ausgeschlossen, dagegen die Geltendmachung der sonstigen Rechte (Minderung, Schadensersatz) gestattet. Wegen des Gattungskaufs § 480.

§ 467

[1]) Auf die Wandelung finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 bis 348, 350 bis 354, 356 entsprechende Anwendung[2]); im Falle des § 352 ist jedoch die Wandelung nicht ausgeschlossen, wenn der Mangel sich erst bei der Umgestaltung der Sache gezeigt hat. Der Verkäufer hat dem Käufer auch die Vertragskosten zu ersetzen.

E I 387 II 403; M 2 230 ff.; P 1 692 ff., 801 ff.; 6 158, 172.

1. In den §§ 467—471 ist die **Durchführung** der in § 462 wegen eines Mangels der Kaufsache in erster Linie zugelassenen Wandlung geregelt.

2. § 467 schreibt nur die **„entsprechende Anwendung"** der hauptsächlichsten Vorschriften über das **vertragsmäßige Rücktrittsrecht** vor. Der Abschluß eines besonderen, selbständige Rechte und Pflichten begründenden Umtauschvertrags ist jedoch an sich möglich, aber nicht zu vermuten. Die Vorschrift ergibt im einzelnen folgendes:

Zunächst in betreff der **Zulässigkeit** der Wandlung. Diese ist nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Kaufsache beim Käufer durch Zufall untergegangen ist (§ 350). Sie ist aber **ausgeschlossen:** a) wenn der Berechtigte eine wesentliche Verschlechterung, den Untergang der Kaufsache oder eines erheblichen Teiles derselben oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe entweder selbst oder durch einen nach § 278 von ihm zu vertretenden (mit der wirtschaftlichen Behandlung der Sache betrauten) Dritten (RG 28. 6. 07 II 37/07) verschuldet hat (§ 351). Die schuldhaft herbeigeführte wesentliche Verschlechterung usw. muß jedoch vor Vollziehung der Wandlung gemäß § 465 stattgefunden haben (RG 59, 97; SeuffA 62 Nr 206; RG SeuffA 67 Nr 312; 71, 60). Ist sie erst nachher erfolgt, so tritt nicht Ausschluß der Wandlung, sondern Schadensersatzpflicht des Käufers ein. Der Ausschluß der Wandlung erfordert nicht, wie der Ausschluß des Rücktrittsrechts (RG 71, 277) eine solche schuldhafte Verschlechterung der Sache, die vor der Wandlung erfolgt ist. Denn die Wandlung vollzieht sich nicht durch einseitige Willenserklärung, wie der Rücktritt, erst vom Vollzug ab kann daher von Ausschluß der Wandlung keine Rede mehr sein, während kein Grund vorliegt, Umständen, die vorher, wenn auch nach der einseitigen Erklärung, wandeln zu wollen, eingetreten sind, die Bedeutung abzusprechen (RG 59, 87; Warn 1915 Nr 204; vgl. auch Recht 1914 Nr 1256; 1915 Nr 2257; LZ 1915 Sp. 1377[4]). Die Verschlechterung muß die Sache selbst treffen und ihre Brauchbarkeit für den andern beeinträchtigen, es genügt nicht eine durch ein äußeres Ereignis herbeigeführte ungünstige Auffassung beteiligter Kreise über den Wert und die Brauchbarkeit (RG 64, 375). Im übrigen ist die Frage, ob Verschlechterung und wesentliche Verschlechterung vorliegt, zumeist Tatfrage (OLG 24, 329). Steht die Verschlechterung oder der Untergang fest, so hat der Käufer, der wandeln will, um dem Ausschluß der Wandlung zu begegnen, darzulegen, daß er daran nicht schuld sei (RG JW 08, 478[8]; RG 10. 1. 11 II 129/10). Verneint ist, daß der Käufer den durch Brand eingetretenen Untergang verschuldet, wenn er es unterläßt, die Sache zu versichern (RG JW 1911, 321[12]). — Ist die Unmöglichkeit der Herausgabe zu einer Zeit erfolgt, zu welcher der Verkäufer sich dem Rücknahmeverlangen des Käufers gegenüber im Rücknahmeverzug befand, so hat damit die Vertretungspflicht des Käufers für schuldhaftes Verhalten nicht aufgehört, sondern sich nur auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt (RG 56, 267; RG Warn 1912 Nr 376). Hat der Käufer die Verschlechterung oder den Untergang verschuldet, so hat er sein Wandlungsrecht verwirkt, selbst wenn es auf Arglist des Verkäufers gegründet war (RG 8. 10. 10 V 198/10). — Die Wandlung ist ferner ausgeschlossen: b) wenn der Berechtigte die Kaufsache durch Bearbeitung oder Umbildung in eine Sache anderer Art umgestaltet hat, es sei denn, daß sich der die Wandlung begründende Mangel erst bei dieser Umgestaltung gezeigt hat (§§ 352, 467 Satz 2); Aussaat von Samen ist Umgestaltung der Sache; c) wenn der Berechtigte den empfangenen Gegenstand oder einen erheblichen Teil desselben veräußert oder mit dem Recht eines Dritten belastet und in der Folge sein Abnehmer darauf eine wesentliche Verschlechterung oder den Untergang des Gegenstandes oder eines erheblichen Teiles

desselben oder die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe des Gegenstandes verschuldet hat. Einer freiwilligen Veräußerung oder Belastung von seiten des Berechtigten steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt (§ 353). — Die Wandlung ist dagegen **nicht ausgeschlossen**, wenn der Berechtigte den veräußerten Gegenstand von dem dritten Erwerber zurückerworben hat oder zurückerwerben kann und dem Verkäufer zurückgeben kann und will. Ebenso schließt der Umstand, daß ein zu wandelndes Grundstück zur Zwangsversteigerung gekommen ist, die Wandlung an sich nicht aus, sondern nur dann, wenn der Wandlungsberechtigte die Zwangsversteigerung verschuldet hat und infolge davon nicht mehr in der Lage ist, das Grundstück dem Verkäufer zurückzugeben (RG 50, 190; s. auch 54, 219; 56 S. 261, 267; 59, 92; SeuffA 62 Nr 206; RG Warn 1913 Nr 190). Kündigung einer Hypothek und infolgedessen Versteigerung des Grundstücks begründet Unmöglichkeit der Rückgabe (Recht 1914 Nr 1821). Hat der Käufer auf Wandlung geklagt, so kann darin, daß er demnächst in einer zweiten Klage die Beseitigung der Mängel fordert, nicht ohne weiteres ein Verzicht auf die Wandlung gefunden werden (Recht 1913 Nr 2401).

Den im Gesetz ausdrücklich angeführten Fällen einer Verwirkung des Wandlungsrechts ist d) noch der weitere, auf allgemeinen Gründen beruhende beizufügen, wenn der Berechtigte in Kenntnis des Mangels nach Erklärung der Wandlung mit der Sache in einer Weise verfährt, die nach Treu und Glauben auf seinen Willen, sie zu behalten, schließen läßt, insbesondere, wenn er durch Veräußerung oder Verbrauch seinen Willen, auf das Wandlungsrecht zu verzichten, kundgibt (RG 43, 68; 54, 80; RG 9. 11. 07 II 257/07; RG 18. 10. 12 II 261/12). Dies gilt jedoch dann nicht mehr, wenn die Wandlung nach § 465 durch Einwilligung oder rechtskräftige Verurteilung des Gegners vollzogen ist.

Für die **Art der Vollziehung der Wandlung und deren Wirkungen** sind, da § 465 nach dem dort A 1 Ausgeführten im wesentlichen nur für das Wahlrecht des Käufers von Bedeutung ist, vor allem die §§ 462, 466, 467 maßgebend. Danach wird a) die Wandlung herbeigeführt durch das auf die Rückgängigmachung des Kaufes gerichtete Verlangen des Käufers (RG 58, 423; 66, 75), dessen Erklärung jedoch, da § 349 im § 467 nicht wiederholt ist, sich nicht als eine unwiderrufliche darstellt, sondern bis zu dem nach § 465 gehenden Einverständnis des Verkäufers abgeändert werden kann. Die Wandlung erfolgt nicht wie die Anfechtung und der Rücktritt vom Vertrag, schon durch die einseitige Erklärung des Käufers. Die Anfechtung ermöglicht es dem Käufer, den Vertrag in den Grenzen des § 142 mit dinglicher Wirkung gegen jedermann zu vernichten, während der Anspruch auf Wandlung ihn nur in den Stand setzt, die schuldrechtliche Aufhebung des Vertrags nach Maßgabe gewisser Vorschriften herbeizuführen (RG 96, 157). Die Wandlung darf sich nicht bloß auf Teile der Sache erstrecken (JW 1914, 467[7]). — Im einzelnen sind nach diesem Verlangen b) die Parteien verpflichtet, einander die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Es tritt aber nicht an Stelle des rückgängig gemachten Kaufes ein anderer gegenseitiger Vertrag auf Austausch von Leistung und Gegenleistung, sondern die Wandlung geht lediglich auf Beseitigung des ursprünglichen Kaufvertrags. Es ist nur eine Folge der Rückgängigmachung, daß nach § 346 die beiderseitigen Leistungen zurückzugewähren sind. Die Rechte des § 326 aber sind auf diese Rückgängigmachung nicht anwendbar (RG 93, 47). Abweichend RG 66, 61 für Schädenansprüche aus § 283 Abs 1). Demgemäß gelangen, wenn der Vertrag noch von keiner S ite erfüllt ist, die beiderseitigen Verpflichtungen zum Erlöschen. Ist er dagegen erfüllt, so hat der Verkäufer den Kaufpreis mit Zinsen zu 4 v. H., bei zweiseitigen Handelsgeschäften 5 v. H., vom Empfang ab zurückzuzahlen (§§ 346 Satz 1, 347 Satz 3, 246) und den Wert der etwa neben dem Kaufpreis vom Käufer erhaltenen Dienste zu vergüten (§ 346 Satz 2). Hat der Verkäufer Wertpapiere als Kaufpreis erhalten, so hat er im Falle der Wandlung nur den Kurswert, nicht den Nennwert zu ersetzen (RG JW 05, 137[14]). Die auf die Sache vom Käufer gemachten notwendigen Verwendungen hat der Verkäufer nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zu erstatten (§ 347 Satz 2, § 994 Abs 2; RG 4. 2. 08 II 469/07; OLG 24, 330). Endlich hat er die Vertragskosten, nämlich die auf den gewandelten Kauf erwachsenen Vertragskosten (RG JW 1913, 27[13]), zu ersetzen (§ 467 Satz 2). Der Käufer kann auch Erstattung der Kosten eines Privatgutachtens zur Feststellung der Mängel erstattet verlangen (OLG Braunschweig im Recht 1914 Nr 758). Eine Pflicht, die Sache zurückzunehmen, wird der Verkäufer nur dann haben, wenn daran der Käufer ein besonderes Interesse hat (RG 3. 5. 10 III 224/10). Der Käufer hat dem Verkäufer die empfangene Sache — frei von etwa inzwischen aufgelegten Lasten — zurückzugewähren (§ 346 Satz 1), und zwar bei Grundstücken in der für die Übertragung des Eigentums an solchen erforderlichen Form (§ 313). Hat der Käufer vor der Vollziehung der Wandlung eine unwesentliche Verschlechterung oder nach der Vollziehung eine Verschlechterung oder den Untergang der Sache oder die anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr verschuldet, so ist er zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 347 Satz 1, § 989). Der Käufer hat endlich dem Verkäufer die gezogenen Nutzungen herauszugeben und für schuld-

haft nicht gezogene Nutzungen Ersatz zu leisten (§ 347 Satz 2, § 987; vgl. hierzu Warn 1914 Nr 70). — c) Die beiderseitigen, vorstehend angegebenen Verpflichtungen sind Zug um Zug zu erfüllen (§ 348). Eine Verurteilung auf Zug-um-Zug-Leistung kann jedoch nur erfolgen, wenn der Zurückbehaltungseinwand wirklich erhoben wird (RG 4. 5. 12 V 454/11). Die Verpflichtung zur Rückgabe Zug um Zug setzt aber eine vollzogene Wandlung voraus. Der Käufer braucht jedoch eine mangelhafte Ware so lange nicht zurückzugewähren, als er seine Wahl noch ändern kann. Er kann daher nach § 480 mangelfreie Ware ohne Rückgabe der mangelhaften Zug um Zug verlangen (RG 94, 331). Der Wandlungsanspruch verwandelt sich im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen des Beklagten (Verkäufers) gemäß § 69 KO in eine Geldforderung und ist als solche im Konkurse geltend zu machen. Die vor der Konkurseröffnung rechtskräftig gewordene Entscheidung über den Grund des Anspruchs, d. h. über die Berechtigung der Wandlung, bildet auch für die an Stelle dieses Anspruchs tretende Geldforderung die unverrückbare Grundlage (RG 65, 132). — d) Sind auf der Verkäufer- oder Käuferseite mehrere beteiligt, so kann die Wandlung nur von allen oder gegen alle ausgeübt werden. Erlischt der Wandlungsanspruch für einen der Berechtigten, so erlischt er auch für die übrigen (§ 356). Anders bei der Minderung (§ 474). — e) Kommt der Käufer nach Vollziehung der Wandlung mit der Rückgewähr der Sache oder eines erheblichen Teiles derselben in Verzug, so kann ihm der andere Teil eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, daß er die Annahme nach dem Ablauf der Frist ablehne. Mit dem erfolglosen Ablaufe der Frist wird die erklärte Wandlung unwirksam und der Käufer kann nicht von neuem Wandlung verlangen (§ 354); auch der Anspruch auf Minderung ist in diesem Falle ausgeschlossen, da der Käufer durch den Vollzug der Wandlung sein Wahlrecht eingebüßt hat.

3. **Erfüllungsort.** Der Erfüllungsort für die Wandlung, der nach § 29 ZPO auch für die Wandlungsklage maßgebend ist, fällt nicht mit dem Erfüllungsort für die ursprünglichen Verpflichtungen des Verkäufers aus dem Kaufvertrage und ebensowenig mit dem Erfüllungsort bei vereinbartem Rücktritt zusammen, unterliegt vielmehr nachstehenden Grundsätzen (RG 55, 110; 57, 14). Ist der Kauf vom Verkäufer, nicht aber vom Käufer erfüllt, so ist der Erfüllungsort für dessen Anspruch auf Befreiung von den daraus entspringenden Verpflichtungen am Erfüllungsorte des Käufers gegeben. Ist der Kauf schon von beiden Teilen vollzogen, so ist gemeinsamer Erfüllungsort für die Rückgewähr der Sache und für die Rückzahlung des Kaufpreises der Ort, an dem der Käufer Zug um Zug gegen Rückempfang des Kaufgeldes die Kaufsache zurückzugeben hat, d. h. an dem Orte, an dem sie sich dem Vertrage gemäß befindet (Recht 1918 Nr. 980; LZ 1908, 471; RG 26. 5. 00 I 105/00; vgl. auch RG JW 07, 359[7] und § 269 A 7). Der Käufer ist nicht verpflichtet, die Sache an den Ort der Übergabe auf seine Kosten zurückzubringen (RG 55 S. 112, 113; 57, 15).

4. **Das Recht des Erfüllungsortes** ist auch für die Geltendmachung des von einem inländischen Käufer gegen einen ausländischen Verkäufer nach dem BGB erhobenen Wandlungsanspruchs nebst den damit zusammenhängenden Nebenansprüchen auf Zurücknahme der Ware und auf Ersatz der Fracht, der Versicherungs- und Lagerkosten maßgebend, einerlei, ob der Kaufpreis bezahlt ist oder nicht (RG 55, 107).

5. **Beweislast** in dem Streit über die Durchführung der Wandlung. Der Verkäufer hat die — die Wandlung ausschließende — Verschlechterung oder die Unmöglichkeit der Herausgabe der Kaufsache, der Käufer das Nichtvorhandensein eigenen Verschuldens oder das Vorhandensein überwiegenden Verschuldens beim Verkäufer zu erweisen (RG 56 S. 258, 270; JW 04, 140[6]; RG Warn 08 Nr 621; 1910 Nr 148; RG 3. 6. 08 V 597/07; 10. 1. 11 II 129/10).

6. Anwendbarkeit des § 467 auf Werkvertrag nach § 651 (RG 87, 305; 93, 159).

§ 468

Sichert der Verkäufer eines Grundstücks dem Käufer eine bestimmte Größe des Grundstücks zu, so haftet er für die Größe wie für eine zugesicherte Eigenschaft[1]). Der Käufer kann jedoch wegen Mangels der zugesicherten Größe Wandelung nur verlangen, wenn der Mangel so erheblich[2]) ist, daß die Erfüllung des Vertrags für den Käufer kein Interesse hat.

E I 388 II 804; M 2 232 ff.; P 1 693.

1. Beim Verkauf von Grundstücken gilt die **Zusicherung einer bestimmten Größe** — zu unterscheiden von der an sich unverbindlichen Flächenangabe zum Zwecke der Beschreibung (OLG 22, 238; 24, 332) — als **Zusicherung einer Eigenschaft** im Sinne von § 459 Abs 2. Deshalb ist auch die Anfechtung wegen Irrtums über die Größe nicht zulässig (RG 3. 3. 08 II 556/7). Die Sondervorschrift läßt sich nicht auf zugesicherte Rechte übertragen, hier ist nur § 437 anwendbar (RG 93, 73). Dies ist auch für die Verjährungsfrist von Bedeutung. Ebensowenig auf Quantitätsverhältnisse **beweglicher Sachen,** worüber

BGB keine Bestimmung getroffen hat (JW 08, 477[5]). Hier kommen dann die Vorschriften über teilweise Nichterfüllung zur Anwendung (§ 326). Wegen der Rügepflicht nach HGB § 378. Bei Kauf von Holz einer bestimmten Waldfläche vgl. OLG 38, 82. Zu einer verbindlichen Zusicherung ist eine Erklärung erforderlich, welche ergibt, daß der Verkäufer für die von ihm angegebene Größe einstehen will und welche auch vom Käufer in diesem Sinne aufgefaßt wird (RG JW 05, 530[9]). Es bleibt dabei der Auslegung des Vertragswillens überlassen, festzustellen, welche Bedeutung im einzelnen Falle die Angabe einer bestimmten Größe hat (RG 29. 11. 03 V 233/03). Im Zweifel gilt die Größenangabe als Zusicherung (RG 3. 3. 08 II 556/07). Die arglistige Versicherung der Größe eines Grundstücks steht der Zusicherung gleich (RG 16. 9. 14 V 144/14). — Für den Gewährleistungsanspruch nach §§ 459, 462 kommt es lediglich auf die Größe an, welche die Sache zur Zeit des Gefahrübergangs auf den Käufer hat (Recht 07 Nr 3477). Beim Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung nach § 463, der sinngemäß anzuwenden ist, Warn 1914 Nr 115, dagegen können unrichtige Angaben über die Größenverhältnisse beim früheren käuflichen Erwerb des jetzigen Verkäufers dann von Bedeutung sein, wenn sie auf den Kauf oder die Preisbewilligung des jetzigen Käufers von Einfluß gewesen sind (RG 18. 9. 07 V 531/06).

2. Die hier für die **Wandlung** (nicht Minderung oder Schadensersatz) vorausgesetzte **Erheblichkeit des Mangels** (RG 53, 74) enthält eine **Einschränkung der in §§ 459, 462 gegebenen Vorschriften.** Die Erheblichkeit (sowie die Zusicherung einer bestimmten Größe) hat der Käufer zu erweisen. Vermag er das fehlende Interesse nicht darzutun, so kann er nur Minderung oder Schadensersatz geltend machen. Es kommt aber nur auf die Erheblichkeit des Mangels, nicht auf die erhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit an. — Diese Vorschrift in § 468 Satz 2 findet auch Anwendung bei dem Verkauf eines Inbegriffs von einzelnen Grundstücken, wobei jedoch die als ein Ganzes zusammengefaßten Grundstücke für die Anwendung des Gesetzes in der Regel als ein Grundstück anzusehen sind, so daß bei Beurteilung der Frage nach dem Vorhandensein der zugesicherten Größe ihr gesamter Flächengehalt in Betracht kommt (M 2, 234). §§ 460, 464, 477 finden Anwendung.

§ 469

Sind von mehreren verkauften Sachen nur einzelne mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden, auch wenn ein Gesamtpreis für alle Sachen festgesetzt ist. Sind jedoch die Sachen als zusammengehörend verkauft, so kann jeder Teil verlangen, daß die Wandelung auf alle Sachen erstreckt wird[1]), wenn die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für ihn von den übrigen getrennt werden können[2]).

E I 389 II 405; M 2 235; P 1 693.

1. **Sind mehrere Sachen** verkauft, so ist die Wandlung grundsätzlich nur wegen der einzelnen mangelhaften Sachen zulässig. Die Vorschrift findet keine Anwendung auf den Fall, daß nur eine einzelne Sache verkauft ist, aber deren Bestandteile mangelhaft sind (JW 07, 300[2]). Sie darf sich aber auf alle Sachen erstrecken, wenn a) die Sachen nach der Absicht und dem rechtlichen Interesse beider Vertragschließenden als zusammengehörend verkauft worden sind, wobei auf die Art der Preisbestimmung kein wesentliches Gewicht zu legen ist und wenn b) die mangelhaften Sachen nicht ohne Nachteil für die Vertragsparteien von den übrigen getrennt werden können (RG 66, 156; Recht 1914 Nr 469; 1918 Nr 507; 1919 Nr 736; SeuffA 59, 268; 62, 32; Warn 1916 Nr 306). Staffelweise Lieferungen sind im Zweifel nicht zusammengehörig (Recht 1917 Nr 32). Beim Vorhandensein dieser beiden Voraussetzungen kann der Käufer, wenn er durch die Trennung Nachteil erleiden würde, anderseits, wenn der Käufer nur bezüglich der mangelhaften Stücke die Wandlung begehrt, auch der Verkäufer, dem durch die Trennung ein solcher Nachteil droht, Erstreckung der Wandlung auf alle Sachen verlangen. Im Falle von Tausch und Doppelkauf wird wegen der wechselseitigen Abhängigkeit die Wandlung ohnehin in der Regel beide Sachen ergreifen müssen (RG 22. 10. 10 V 17/10). Berechnung nach § 471. — Konserven in verlöteten Dosen sind als zusammengehörend verkauft, wenn für sie Gesamtpreis vereinbart (RG 7. 2. 19 III 348/18).

2. In betreff der bei sog. Sukzessivlieferungsgeschäften wegen andauernd mangelhafter Lieferung dem Käufer zustehenden Rechtsbehelfe (außer Wandlung und Minderung wegen der gemachten Lieferungen auch Rücktritt vom Vertrage nach § 326 für die Zukunft) s. RG 57, 115; JW 07, 149[35]. Anders (wenigstens in der Begründung) die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 4, 224; 8, 71; 9, 32; s. unten § 476.

3. § 469 findet auch dann Anwendung, wenn der Käufer nach § 480 Abs 2 Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt (RG 73, 379).

§ 470

Die Wandelung wegen eines Mangels der Hauptsache erstreckt sich auch auf die Nebensache[1]). Ist die Nebensache mangelhaft, so kann nur in Ansehung dieser Wandelung verlangt werden.

E I 390 II 406; M 2 236; P 1 694.

1. Für den Begriff der **Nebensache** ist regelmäßig der Parteiwille und der Vertragszweck maßgebend und von diesem Gesichtspunkte aus fällt auch in der Regel das Zubehör §§ 97, 98 mit darunter. Beispiel z. B. Recht 1914 Nr. 334.

§ 471

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis die Wandelung nur in Ansehung einzelner Sachen statt, so ist der Gesamtpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zu dem Werte der von der Wandelung nicht betroffenen Sachen gestanden haben würde.

E I 391 II 407; M 2 236; P 1 694.

Die hier vorgeschriebene **Verhältnisrechnung** findet sowohl im Falle des § 469 Satz 1 als im Falle des § 470 Satz 2 Anwendung, wenn für einen **Gesamtpreis** verkauft ist. Sie stellt sich, wenn man z. B. a) den Gesamtwert der Sachen in mangelfreiem Zustande zur Zeit des Verkaufs mit 800 M., b) den Wert der von der Wandlung nicht betroffenen Sachen mit 400 M., c) den Gesamtpreis mit 600 M. annimmt, dahin: $800 : 400 = 600 : x$ oder $x = \frac{400 \cdot 600}{800} = 300$ M., so daß der Verkäufer, wenn er den Kaufpreis mit 600 M. bereits erhalten hat, den Betrag von $600 - 300$ M. = 300 M. an den Verkäufer herauszuzahlen hat. Bei Geschäftsverkäufen unter Zugrundelegung des Geschäftsinventars **RG** 24. 3. 08 II 593/07.

§ 472

[1]) **Bei der Minderung ist der Kaufpreis in dem Verhältnisse herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Verkaufs der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde[2]).**

Findet im Falle des Verkaufs mehrerer Sachen für einen Gesamtpreis[3]) die Minderung nur wegen einzelner Sachen statt, so ist bei der Herabsetzung des Preises der Gesamtwert aller Sachen zugrunde zu legen[4]) [5]).

E I 392 II 408; M 2 236; P 1 694.

1. §§ 472—475 enthalten die Vorschriften über die Durchführung der **Minderung**. Auf den Minderungsanspruch hat es keinen Einfluß, wenn der Käufer inzwischen die Sache mit Gewinn weiterveräußert oder sie durch Gebrauch entwertet hat (**RG** 66, 115; 17, 68; 25, 30; 43, 67; SeuffA 73, 11; LZ 1917 Sp. 1113[4]). Er kann ihn auch geltend machen, obwohl er die Ware vorher dem Verkäufer zur Verfügung gestellt hat (**RG** 43 S. 37, 67). — § 472 findet gemäß § 323 auch auf teilweise Unmöglichkeit der Leistung entsprechende Anwendung (**RG** 92, 17). Das gilt auch für die abzuziehende Fracht, die erspart wird, wenn beim cif-Geschäft die vereinbarte Übersendung unterbleibt. Vgl. auch § 537. Für Schadensberechnungen außerhalb eines Vertragsverhältnisses gilt § 472 nicht, wenn auch das Ergebnis der Berechnung dasselbe sein kann (**RG** 62, 384). — Während das Recht zu wandeln unteilbar ist (§ 467), kann jeder Verkäufer für sich allein Minderung verlangen. Bei **Tausch** vgl. **RG** 73, 152; Warn 1910 Nr 201.

2. **Allgemeiner Grundsatz**: Herabsetzung des Kaufpreises nach dem Verhältnis, in welchem zur Zeit des Verkaufs der (objektive) Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen (objektiven) Wert der mangelhaften Sache gestanden haben würde. (Relative Methode, also keine Schadensersatzberechnung, **RG** Warn 09 Nr 81; 1915 Nr 111, und keine Schätzung nach dem Ertrag der Kaufsache, **RG** 22. 1. 09 II 322/08, und keine freie Schätzung seitens des Gerichts.) ZPO § 287 ist nicht anwendbar (Recht 1915 Nr 1057). Unter **Wert der Sache** ist der allgemeine Verkaufswert zu verstehen, wie er ohne die vorhandenen Mängel wäre und zu untersuchen, wie er sich mit den Mängeln stellt (Warn 1912 Nr 69; JW 03 Beil 113; 09, 191[71]; **RG** 20. 1. 6 V 289/05; 15. 12. 11 II 276/11). War zu angemessenem Preise verkauft, ist zunächst dieser zu bestimmen. Bei Ratenzahlungen ist die Minderung auf die einzelnen Raten gleichmäßig zu verteilen. Der Berechnung des Minderwerts

ist der Fehler so, wie er sich nach voller Aufklärung als zur Zeit des Kaufes wirklich vorhanden herausstellt, zugrunde zu legen (RG 25. 9. 12 V 87/12). Wenn hiernach der Wert bei mangelfreiem Zustande 1000 M., der wirkliche Wert 500 M. und der Kaufpreis 800 M. beträgt, der zu suchende abgeminderte Kaufpreis aber durch x bezeichnet wird, so ergibt sich nach der Verhältnisrechnung $1000 : 500 = 800 : x$ für $x = \frac{500 \cdot 800}{1000}$ der Betrag von 400 M.; es hat mithin der Verkäufer von den ihm bereits bezahlten 800 M. den Betrag von 400 M. zurückzuerstatten. Die Anwendung dieser „relativen Berechnungsart" wird auch bei Übereinstimmung des vereinbarten Preises mit dem objektiven Werte der Sache zur Zeit des Vertragsabschlusses nicht ausgeschlossen (RG JW 97, 197[36]; RG 12. 2. 09 III 213/08). — Sind beim Verkauf eines Miethauses bestimmte Mieterträge zugesichert, so ist die Preisänderung wegen Nichteinhaltung dieser Erträge zu berechnen nach dem Verhältnis der vereinbarten Kaufsumme, die für die zugesicherte Mieteinnahme bewilligt worden ist, zu demjenigen Kaufpreise, der bei gleicher Berechnungsweise für die wirkliche, geringere Mieteinnahme bewilligt worden wäre (RG 22. 10. 04 V 89/04). In gleichartiger Weise ist in den anderen Fällen zu verfahren, in denen der Mangel einer zugesicherten Eigenschaft den Preisminderungsanspruch begründet (RG JW 03 Beil 113[249]; RG JW 09, 191[71]; RG Warn 1912 Nr 69). Ist die Sache infolge des Mangels völlig wertlos, so stellt sich der herabgesetzte Preis auf Null und es tritt dasselbe Ergebnis wie bei der Wandlung ein, so daß der Käufer nichts zu bezahlen, aber auch die Sache zurückzugeben hat. Die Wertlosigkeit ist vom Käufer zu beweisen (RG 30. 1. 03 II 326/02).

3. Bei dem **Verkaufe mehrerer Sachen zu einem Gesamtpreise** ist die Verhältnisrechnung die gleiche, wie im Falle des Abs 1 und in dieselbe nur der Gesamtwert sowie der Gesamtpreis der einzelnen Sachen einzustellen, ein Grundsatz, der auch auf den Fall auszudehnen ist, wenn die mehreren Sachen als zusammengehörend verkauft worden sind.

Ist der Kaufpreis teils bezahlt, teils gestundet, so tritt die Kaufpreisminderung an jedem dieser Teilbeträge verhältnismäßig ein. Entfällt dabei eine Minderung auf eine Hypothek, so geht der Anspruch nicht auf Herauszahlung, sondern nur auf Befreiung von der Belastung nach dem ermittelten Verhältnis (SeuffA 67 Nr 247; RG 21. 6. 12 II 152/12). Bei verschiedenartig gestundeten Kaufpreisbeträgen tritt auf Verlangen des Minderungspflichtigen eine gleichartige Minderung ein; ohne ein solches Verlangen ist der Minderwert ausschließlich an dem baren Forderungsbetrage abzurechnen (RG 22. 6. 05 V 595/04).

4. Hat ein Dritter (nicht der Verkäufer) den Käufer über Eigenschaften der Kaufsache arglistig getäuscht, so ist bei dem Schadensanspruch des Käufers, der die gekaufte Sache behält, dem Dritten gegenüber nicht § 472 Abs 1, sondern § 249 zugrunde zu legen (RG 61, 250). Vgl. jedoch RG 62, 384.

5. Als **Erfüllungsort** für die Minderung, der nach § 29 ZPO auch für die Minderungsklage maßgebend ist, kommt — da es sich bei der Minderung wesentlich um teilweise Befreiung des Käufers von der Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises handelt und die hieran sich anknüpfende Verpflichtung des Verkäufers zur Rückerstattung des zuviel Gezahlten nur als Folge jener Hauptverpflichtung erscheint — nach § 269 regelmäßig der Wohn- oder Niederlassungsort des Käufers in Betracht (RG 46, 195; 66, 73; a. M. RG bei Gruch 47, 1150). — Dieser Grundsatz hat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts namentlich für den Minderungsanspruch eines inländischen Käufers gegen einen auswärtigen Verkäufer Anwendung gefunden (RG 66, 73; RG JW 08, 192[5]).

6. Den **Beweis** für die Höhe der Minderung hat der Käufer zu führen.

§ 473

Sind neben dem in Geld festgesetzten Kaufpreise Leistungen bedungen, die nicht vertretbare Sachen zum Gegenstande haben, so sind diese Leistungen in den Fällen der §§ 471, 472 nach dem Werte zur Zeit des Verkaufs in Geld zu veranschlagen. Die Herabsetzung der Gegenleistung des Käufers erfolgt an dem in Geld festgesetzten Preise; ist dieser geringer als der abzusetzende Betrag, so hat der Verkäufer den überschießenden Betrag[1]) dem Käufer zu vergüten[2]).

E II 409 III 467; P 1 696.

1. Die Preisminderung nach §§ 471, 472 erfolgt in den Fällen, in welchen der **Kaufpreis** nicht bloß in Geld, sondern daneben auch **nicht in vertretbaren Sachen** (Diensten und sonstigen Leistungen) besteht, in der Weise, daß a) der Wert dieser Nebenleistungen und damit die Gesamtleistung des Käufers zur Zeit des Kaufabschlusses in Geld festgesetzt, b) hiernächst nach der in §§ 471, 472 angegebenen Verhältnisrechnung der an der Gegenleistung des Käufers abzusetzende Betrag ermittelt, c) letzterer zunächst von dem in Geld festgesetzten Preise abgezogen

und, insoweit er diesen übersteigt, dem Käufer vom Verkäufer vergütet wird. Besteht die Nebenleistung des Käufers in **vertretbaren** Sachen, so hat der Käufer die Wahl, ob er die Preisherabsetzung durch Kürzung am Geldpreis oder an der Nebenleistung durchführen will (a. M. Planck § 473 A 3, der dem Käufer gleichmäßige Kürzung an beiden auferlegt).

2. Diese Vorschrift des § 473 gilt auch für den **Tausch** und vollzieht sich hier in der Weise, daß der, welcher eine fehlerhafte Sache gegen eine fehlerfreie vertauscht hat, dem Minderungsberechtigten — insoweit sich dieser nicht durch Minderung einer ihm obliegenden Leistung an Geld oder vertretbaren Sachen schadlos halten kann — den Betrag zahlen muß, der sich ergibt, wenn man den Wert, den die fehlerfreie Sache zur Zeit des Tausches hat, im Verhältnis des Wertes der fehlerhaft gelieferten Sache ohne den Fehler zum Werte derselben mit dem Fehler herabsetzt. Also z. B. 800 M. Wert der fehlerfreien Sache; 900 M. Wert der fehlerhaft gelieferten Sache ohne den Fehler; 450 M. Wert derselben Sache mit dem Fehler; hiernach 400 M. verhältnismäßig herabgesetzter Wert der fehlerfreien Sache, so daß deren seitheriger Inhaber mit ihrem wirklichen Werte von 800 M. den Betrag von 400 M. zuviel leistet und denselben von dem andern Teil noch bar herauszubekommen hat. Die Tauschanschlagsummen werden nicht herangezogen (**RG** 72, 301; **RG** 16. 3. 10 V 241/09; **RG** 73, 152).

§ 474

Sind auf der einen oder der anderen Seite mehrere beteiligt, so kann von jedem und gegen jeden Minderung verlangt werden[1]).

Mit der Vollziehung der von einem der Käufer verlangten Minderung ist die Wandelung ausgeschlossen[2]).

E I 394 II 400; M 2 237; P 1 700.

1. **Bei Beteiligung mehrerer,** sei es als ursprünglich Berechtigte, sei es als deren Rechtsnachfolger, kann, abweichend von der Wandlung (§§ 467, 356), von jedem und gegen jeden die Minderung verlangt werden. Der Käufer kann aber deshalb, weil ihn einer der mehreren Verkäufer beim Abschluß des Kaufvertrags betrogen habe, eine Herabminderung des Kaufpreises nicht verlangen, da diese zugleich die anderen, am Betruge nicht beteiligten Vertragsteile treffen würde. Will er beim Vertrage stehenbleiben, so kann er von demjenigen der mehreren Verkäufer, dem die Täuschung zur Last fällt, nur Schadensersatz nach §§ 823 Abs 1, 826 fordern; der § 472 ist auf diesen Anspruch nicht anwendbar (**RG** 14. 12. 04 V 255/04).

2. **Ausschluß** der Wandlung als Folge der Unteilbarkeit derselben. Es kann hiernach ein jeder von mehreren Käufern das Wandlungsrecht der übrigen ausschließen.

§ 475

Durch die wegen eines Mangels erfolgte Minderung wird das Recht des Käufers, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen, nicht ausgeschlossen.

E I 393 II 411; M 2 236; P 1 698 ff.

Das Recht des Käufers, wegen **eines andern Mangels** an derselben Sache Wandlung oder Minderung zu verlangen, ist auch dann nicht ausgeschlossen, wenn die Minderung wegen des ersten Mangels bereits vollzogen (§ 465) und der andere Mangel zu dieser Zeit bereits entdeckt war. Nur wird in diesem Falle in Frage kommen, ob nicht der Käufer durch die Nichtgeltendmachung des andern Mangels auf dessen Verfolgung verzichtet hat. Wird nach einer vorausgegangenen Minderung die Wandlung oder Minderung wegen eines zweiten Mangels begehrt, so ist der Preis zugrunde zu legen, der sich infolge der ersten Minderung herausgestellt hat. Ob die Geltendmachung im selben Prozesse als Klagänderung anzusehen ist, ist eine Prozeßfrage.

§ 476

Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache erlassen oder beschränkt wird[1]), ist nichtig, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschweigt[2]).

E I 396 II 412; M 2 396; P 1 701.

1. Eine **Vereinbarung,** durch welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache **erlassen** oder **beschränkt** wird, ist an sich zulässig und kann sowohl ausdrücklich (z. B. durch die Klausel: „wie besehen") als auch stillschweigend (z. B. bei gewagten Geschäften, bei Verkauf in Bausch und Bogen) erfolgen (M 2, 238). Nur bedarf ein solcher Ausschluß der Gewährleistung für Mängel eines

verkauften Grundstücks nach § 313 der gerichtlichen oder notariellen Form (RG JW 05, 426). Die Gewährleistung kann insbesondere auch durch Vertrag auf Nachbesserung eingeschränkt werden (SeuffA 68 Nr 55). Enthält ein schriftlicher formularmäßiger Kaufvertrag neben dem Ausschluß jeglicher Garantie noch die Aufzählung bestimmter Mängel, für die nicht gehaftet wird, so kann dies dahin ausgelegt werden, daß die gesetzliche Mängelhaftung nicht ausgeschlossen ist (RG 22. 6. 14 V 47/14). — Die Vorschrift regelt nur den Fall, daß die Haftung für Sachmängel von vornherein beschränkt oder ausgeschlossen werden soll; sie trifft nicht auch den Fall, daß nach dem Kauf eine derartige Vereinbarung getroffen werden soll. Es besteht aber kein Bedenken gegen die Gültigkeit des nachträglichen Ausschlusses der Haftung für Mängel, die ursprünglich arglistig verschwiegen wurden. Dies insbesondere dann nicht, wenn bei der nachträglichen Vereinbarung der Käufer den Mangel kennt (RG 3. 6. 10 II 532/09; 20. 10. 13 V 204/13; Recht 1913 Nr 3232). Steht freilich auch diese nachträgliche Vereinbarung selbst wieder unter dem Zeichen der Arglist, so ist sie anfechtbar, wenn nicht wegen Verstoßes wider die guten Sitten nichtig.

2. Diese Vereinbarung ist aber wie im Falle des § 443 **nichtig**, wenn der Verkäufer den Mangel **arglistig** — vgl. § 460 A 3 — (RG 55, 214), nicht bloß fahrlässig (RG JW 04, 359[13]) **verschweigt**, wovon natürlich keine Rede sein kann, wenn der Käufer den Mangel ohnehin kennt. Der Verkäufer handelt auch schon dann arglistig, wenn er einen beim Verkaufe eines Hauses gehegten Schwammverdacht dem Käufer nicht mitteilt (JW 05, 79[16]; RG Warn 1912 Nr 300; RG 19. 3. 13 V 485/12). Der Verkäufer kann sich gegenüber einem solchen Vorwurf der Arglist nicht darauf berufen, daß der im Gebäude vorhandene Schwamm nicht der echte Hausschwamm — merulius lacrymans —, sondern der holzzerstörende Pilz polyporus vaporarius sei (RG JW 08, 742[11]). Wer vor dem Abschluß falsche Angaben über eine Eigenschaft der Sache macht und seine Angaben beim Vertragsschluß nicht richtigstellt, verschweigt nicht einen Mangel, wie JW 1911, 808[13]; Warn 1914 Nr 16 annehmen, sondern macht falsche Vorspiegelungen. — Die Nichtigkeit trifft nur die Vereinbarung über den Erlaß, nicht die ganze Vereinbarung hinsichtlich sonstiger Fehler, und nur soweit sie vom arglistigen Verschweigen betroffen wird (RG 62, 125). § 139 findet auf die Sondervorschrift des § 276 keine Anwendung. Der Verkäufer haftet auf das Erfüllungsinteresse nach § 463. Zur Herbeiführung dieser Nichtigkeit bedarf es keiner Anfechtung nach § 123, die Wirkung tritt ohne weiteres ein (Warn 1914 Nr 115). — Über Begriff der Arglist vgl. zu § 460.

Sind mehrere Mängel vorhanden und nur einige derselben arglistig verschwiegen, so wird dadurch der vertragsmäßige Ausschluß der Gewährleistung bezüglich der anderen Mängel, bei denen dem Verkäufer arglistiges Verhalten nicht nachzuweisen ist, nicht aufgehoben (RG 62, 125). Hat auch nur einer von mehreren Verkäufern einen Mangel arglistig verschwiegen, so werden die anderen Verkäufer nicht dadurch frei, daß sie jede Gewährleistung im Kaufvertrag ablehnen (Recht 1915 Nr 1058).

Die Vorschrift des § 476 findet auch in den Fällen Anwendung, in denen nicht Fehler verschwiegen, sondern Eigenschaften arglistig **vorgespiegelt** sind (RG 66, 338; 83, 242; JW 1911, 808[13]). Vgl. § 463 A 6. — Der Käufer, der sich auf § 476 beruft, hat nicht nur die Kenntnis des Verkäufers vom Mangel, sondern auch das Verschweigen nachzuweisen (RG 4. 5. 10 V 382/09).

§ 477

Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung, sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft[1]) verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an[2]). Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden[3]).

Beantragt der Käufer gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises, so wird die Verjährung unterbrochen. Die Unterbrechung dauert bis zur Beendigung des Verfahrens fort. Die Vorschriften des § 211 Abs 2 und des § 212 finden entsprechende Anwendung.

Die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung eines der im Abs 1 bezeichneten Ansprüche bewirkt auch die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung der anderen Ansprüche[4]).

E I 397 II 418; M 2 238; P 1 674; 2 312, 314.

1. Der hier angegebenen **kurzen Verjährung** unterliegen: a) die Ansprüche auf Wandlung oder Minderung (§§ 462, 467, 472), und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sich der Verkäufer

auf Verlangen des Käufers mit der Wandlung oder Minderung einverstanden erklärt hat oder nicht (§ 465). Wenn jedoch ein Vergleich über die Preisminderung vorliegt, ist der Anspruch aus dem Vergleich, zu mindern, nicht der nach § 462 (RG Recht 1917 Nr 1023; JW 1917, 765[5]); b) der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft (§ 463 Satz 2), dagegen nicht der Anspruch wegen arglistigen Verschweigens eines Mangels oder wegen arglistiger Zusicherung einer nicht vorhandenen Eigenschaft (§ 463 Satz 2; s. auch RG 55, 215; 62, 300; 83, 242; RG Warn 1913 Nr 282; 1914 Nr 180), auch nicht der Anspruch auf Schadensersatz wegen Lieferung einer andern, als der vereinbarten Kaufsache, also wegen nicht erfüllten Vertrags (ROHG 24, 405; Gruch 1919, 226; SeuffA 58 Nr 72; 66 Nr 45; RG 14. 3. 13 II 569/12; RG Warn 1912 Nr 372; 1919 Nr 8; RG 25. 10. 18 III 93/18); c) nach § 480 der Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien an Stelle einer nur der Gattung nach bestimmten mangelhaften Sache (RG 53, 204; vgl. aber 96, 169); d) nach RG 53, 203; 56, 169; 93, 161 auch der auf § 276 gestützte Schadensersatzanspruch wegen schuldhaft mangelhafter Erfüllung des Kaufvertrags seitens des Verkäufers (s. o. § 459; RG 16. 6. 08 II 12/08), insbesondere auch wegen schuldhafter Lieferung einer andern, als der bedungenen Sorte derselben Ware (RG 24. 6. 04 II 534/03; 27. 10. 05 II 86/05). — Trifft ein vertraglicher Anspruch wegen arglistigen Verschweigens unter b mit einem Anspruch aus unerlaubter Handlung (§§ 823, 826) zusammen, so unterliegt bezüglich der Verjährung jeder dieser Ansprüche seinen besonderen Bestimmungen. Der in § 463 geregelte vertragliche Anspruch wegen arglistigen Verschweigens unterliegt daher der dreißigjährigen Verjährung, nicht der kurzen Verjährung nach § 852, selbst wenn neben diesem vertraglichen Anspruch aus dem in dem arglistigen Verschweigen enthaltenen Verstoß nach § 826 zugleich ein selbständiger außervertraglicher Schadensanspruch aus unerlaubter Handlung besteht, der an sich der kurzen Verjährung nach § 852 unterliegt (RG 66, 86). Ebenso unterliegen die Rechtsbehelfe des Unmöglichkeitsrechts nach §§ 323, 325, soweit sie neben den Gewährschaftsansprüchen in Betracht kommen, der 30jährigen Verjährung. — Bei arglistigem Verschweigen läuft die Verjährungsfrist vom Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht von der Übergabe ab (Warn 1919 Nr 30). Wenn es sich nur um den Verzug in der Erfüllung des durch die Rückgängigmachung des als wiederhergestellten ursprünglichen Lieferungsanspruchs handelt, greift § 477 nicht Platz (RG 96, 171).

2. Die **Verjährungsfrist** beträgt: a) bei beweglichen Sachen sechs Monate von der Ablieferung ab, bei mehreren fortlaufenden Lieferungen für jede Lieferung gesondert. Die Verjährung läuft von der Ablieferung an selbst dann, wenn die Untersuchung weder bei der Ablieferung noch längere Zeit nachher möglich ist (RG Warn 1911 Nr 369). Die Ablieferung ist auch vollzogen, wenn es zu der — für den Käufer zur Besitzübertragung genügenden Einigung mit dem Verkäufer (brevi manu traditio § 854 Abs 2) kommt, nicht aber im Falle der Vereinbarung eines den mittelbaren Besitz herbeiführenden Rechtsverhältnisses (constitutum possessorium § 930) sowie im Fall einer Abtretung des Eigentumsanspruchs oder der Übergabe geschäftlicher Papiere (Lager-, Ladescheine, Konnossemente, Frachtbriefe, RG JW 05, 79[17]). Über den Unterschied dieser „Ablieferung" von der „Übergabe" und von der „vertragsmäßigen Lieferung" der Kaufsache s. RG JW 05, 79[17], RG 5. 5. 08, II 505/07;. Um einen späteren Zeitpunkt als den der Ablieferung zum Anfangspunkte der Verjährung zu machen, bedarf es besonderer Umstände (LZ 07 Sp. 289[7]; RG 22. 5. 11 II 585/10; b) bei Grundstücken ein Jahr von der Übergabe ab (RG 10. 1. 06 V 270/05), welche hier nicht nur in der § 854 Abs 2, sondern auch in der § 930 angegebenen Weise bewirkt werden kann. Wurde der Kaufvertrag über ein Grundstück formlos abgeschlossen, so beginnt die Verjährung erst mit der Auflassung zu laufen (RG 75, 114). Jedenfalls beginnt die Verjährung nicht vor der Entstehung des Anspruchs aus dem Kaufvertrage. Bedarf also der betreffende Kaufvertrag der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung, so beginnt erst mit dieser die Verjährungsfrist (RG JW 07, 248[9]; SeuffA 63 Nr 112).

In den beiden Fällen unter a und b ist es für den Fortgang der Verjährungsfrist ohne Einfluß, ob der Käufer den Mangel gekannt oder erst später entdeckt hat und ob der Mangel innerhalb der Frist überhaupt erkennbar gewesen ist (RG Warn 08 Nr 139). Aus dem Grundgedanken und Zweck der kurzen Verjährung folgt aber, daß die Geltendmachung eines dem Verkäufer innerhalb der Frist nicht bekanntgegebenen Mangels im Wege der Klage nach Ablauf der Frist ausgeschlossen sein soll. Der Käufer, der die Wandlungsklage wegen einzelner innerhalb der Frist geltend gemachter Ansprüche erhoben hat, kann nach Ablauf der Frist die in der Klage nicht gerügten Mängel nicht mehr zum Zweck der Wandlung geltend machen (RG 6. 2. 12 II 413/11).

3. Die hier, abweichend von § 225, zugelassene **vertragsmäßige Verlängerung** der kurzen Verjährungsfrist kann sich aber, wenn auch die allgemeine Fassung, sowie die in der Beratung Prot 1, 706 kundgegebene Auffassung der Kommission Zweifel ergibt, nicht über die Dauer der ordentlichen Verjährungsfrist von 30 Jahren (§ 195) hinauserstrecken, da diese nach § 225

durch Vertrag nicht verlängert werden kann (Warn 1914 Nr 11). Im übrigen kann die Verlängerung auch durch die Vereinbarung bewirkt werden, daß die Frist erst vom Ablauf eines künftigen Ereignisses — z. B. von der Ankunft der Ware an ihrem überseeischen Bestimmungsort — ab laufen soll (RG 62, 431). — Ebenso kann eine solche Verlängerung durch Vereinbarung von Probevorführungen (SeuffA 67 Nr 110) und von Garantiefristen herbeigeführt werden (RG 37, 81; 65, 121). Wird die Verjährungsfrist des § 477 ohne Bestimmung einer andern ausgeschlossen, so tritt die regelmäßige Frist des § 195 ein (RG 7. 2. 05 II 225/04). Bei Garantiefristen ist dies aber nur anzunehmen, wenn diese länger als von sechsmonatiger Dauer sind, dagegen nicht, wenn die handelsgebräuchliche Garantiezeit nicht über die Verjährungsfrist hinausreicht. BGB bezweckt, eine klare Rechtslage zu schaffen. Der Handelsverkehr neigt wenig dazu, entgegenstehende Abmachungen zu treffen (RG 91, 306). Wenn die Vereinbarung einer Garantiezeit von mehr als sechsmonatiger Dauer regelmäßig zugleich die Hinausschiebung des Beginns der Verjährungsfrist bedeutet, so hat das seinen Grund darin, daß bei gleichzeitigem Beginn der sechsmonatigen Verjährung und einer oft mehrjährigen Garantiezeit der Käufer trotz der Garantie überhaupt nicht in der Lage sein würde, seine Ansprüche wegen eines erst nach sechs Monaten entdeckten Mangels geltend zu machen (RG 65, 121; vgl. ferner LZ 1913 Sp. 935[2, 8]). Eine Verlängerung der Verjährungsfrist kann auch in der Weise erfolgen, daß eine Unterbrechung vereinbart wird (Warn 1914 Nr 11). Aus der Zurücknahme der Ware allein kann nicht ohne weiteres gefolgert werden, daß die gesetzliche Verjährung des § 477 nicht Platz greifen soll (RG 12. 12. 19 II 308/19; vgl. auch RG 96, 169).

4. Eine **Unterbrechung der Verjährung** durch Wandlungsklage wegen eines bestimmten Mangels ist nicht auch für den auf einen andern Mangel gestützten Wandlungsanspruch wirksam (f. Recht 06, 243[447]; RG 78, 295; 57, 372; 65, 398; 66, 365; 93, 160). Eine **Hemmung** der Verjährung entsprechend der Vorschrift von § 639 Abs 2 findet statt, wenn dem Verkäufer ein Nachbesserungsrecht eingeräumt wird (RG 96, 266). — Abs 3 ist nur für den Fall zutreffend, wo die drei bezeichneten Ansprüche zueinander in einem sich gegenseitig ausschließenden Verhältnis stehen. Nur diesen Fall hat der Gesetzgeber im Auge gehabt (Prot II 2, 311). Die Ausnahmebestimmung paßt aber nach Grund und Zweck nicht auf den Fall, wo der Berechtigte in der Lage war, mit einer tatsächlich erhobenen Wandlungsklage einen infolge Sachmangels erwachsenen Schadensanspruch zu verbinden (RG 93, 160). — Über Unterbrechung durch Aufrechnung vgl. Recht 1915 Nr 35. Ein Beweissicherungsverfahren auf sachverständige Begutachtung endet mit der Einreichung des schriftlichen Gutachtens; von da läuft neue Verjährungsfrist (Recht 1916 Nr 2083).

5. Über den **Begriff des Sachmangels** vgl. § 459. Auch auf die einer Sache gleichgestellten unkörperlichen Sachen ist § 477 anwendbar, z. B. auch bei einem Geschäftskauf (RG 98, 289). Dagegen nicht z. B. auf Verkauf von Geschäftsgeheimnissen (RG 82, 36).

§ 478

Hat der Käufer den Mangel dem Verkäufer angezeigt oder die Anzeige an ihn abgesendet, bevor der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung verjährt war, so kann er auch nach der Vollendung der Verjährung die Zahlung des Kaufpreises insoweit verweigern, als er auf Grund der Wandelung oder der Minderung dazu berechtigt sein würde[1]). Das gleiche gilt, wenn der Käufer vor der Vollendung der Verjährung gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt oder in einem zwischen ihm und einem späteren Erwerber der Sache wegen des Mangels anhängigen Rechtsstreite dem Verkäufer den Streit verkündet hat[2]).

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so bedarf es der Anzeige oder einer ihr nach Abs 1 gleichstehenden Handlung nicht.

E II 414 Abs 1 Satz 1, Abs 2 III 472; P 1 674 ff., 678 ff.

1. **Erhaltung (Perpetuierung) der Mängeleinrede.** Die **einredeweise Geltendmachung** des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung kann auch für die Zeit nach Ablauf der Verjährung gegenüber der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises — und nur gegenüber dieser Klage — dadurch erhalten werden, daß vor Ablauf der Verjährung der betreffende Mangel dem Verkäufer angezeigt oder eine der in Satz 2 angeführten prozessualen Maßnahmen ausgeführt wird. Der angezeigte Mangel muß derselbe sein, der später geltend gemacht wird (Recht 1915 Nr 1059). Die **Anzeige** kann mündlich oder schriftlich, auch durch Erhebung der Wandlungsklage, bewirkt werden, in deren Rücknahme nicht auch ohne weiteres eine Rücknahme der Anzeige zu finden ist (RG 59 S. 151, 154). Es muß aus ihr hervorgehen,

daß der Käufer Rechte aus dem Mangel herleiten will, allgemeine Redensarten genügen nicht (**RG** 54, 67). Die Anzeige ist keine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann auch von einem beschränkt geschäftsfähigen Käufer vorgenommen werden (bestr.). Die Anzeige kann auch widerrufen werden. Im übrigen braucht die Anzeige nicht sofort nach der Entdeckung des Mangels zu erfolgen; aus einer erheblichen Verzögerung derselben kann jedoch ein Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels entnommen werden. Die gemäß § 478 nach Verjährung des Wandlungs- und Minderungsanspruchs verbleibende Einrede kann durch Feststellungsklage geltend gemacht werden (**RG** 74, 292; 92, 7). Als weitere Folge der Perpetuierung der Mängeleinrede kann der Käufer, dessen an sich begründetes Recht zur Minderung nach § 477 verjährt ist und nur noch im Sinne des § 478 besteht, auf Grund des § 1169 klagend verlangen, daß der beklagte Verkäufer nach der Tragweite der Minderungseinrede die Löschung der Kaufpreishypothek bewillige (**RG** 71, 12).

2. **Sicherung des Beweises** ZPO §§ 485—494. **Streitverkündung** ZPO §§ 72—75. Über die Frage, ob auch der Bürge des Käufers eine dem letzteren zustehende, aber noch nicht geltend gemachte Wandlungs- oder Minderungseinrede für sich verwerten kann, s. oben § 462 A 3 u. § 768.

3. Zum Begriff des **arglistigen Verschweigens** s. auch **RG** 55, 215 u. § 460.

4. Über entsprechende Anwendung beim Werklieferungsvertrag über unvertretbare Sachen **RG** 87, 305.

§ 479

Der Anspruch auf Schadensersatz kann nach der Vollendung der Verjährung nur aufgerechnet werden, wenn der Käufer vorher eine der im § 478 bezeichneten Handlungen vorgenommen hat. Diese Beschränkung tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat.

E II 414 Abs 1 Satz 2 III 473; P 1 704 ff.

Auch die **einredeweise Aufrechnung** des Schadensersatzanspruchs nach Ablauf der Verjährung wird durch diese Zusatzbestimmung zu § 390 Satz 2 von der Vornahme einer der in § 478 bezeichneten Handlungen abhängig gemacht, der Fall des arglistigen Verschweigens ausgenommen (Warn 1914 Nr 46). Diese Aufrechnung kann jedoch nur gegenüber dem Anspruch des Käufers aus demselben Rechtsgeschäft, also gegenüber der Klage auf Zahlung des Kaufpreises, geltend gemacht werden (**RG** 56, 171; Recht 1914 Nr 336, bestr.). — Eine entsprechende Anwendung auf den verjährten Anspruch des Käufers auf Rückzahlung des Kaufpreises ist nicht angängig (bestr.).

§ 480

Der Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache kann statt der Wandelung oder der Minderung[1]) verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird[2]). Auf diesen Anspruch finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften der §§ 464 bis 466, des § 467 Satz 1 und der §§ 469, 470, 474 bis 479 entsprechende Anwendung[3]).

Fehlt der Sache zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergeht, eine zugesicherte Eigenschaft oder hat der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Käufer statt der Wandelung, der Minderung oder der Lieferung einer mangelfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung[4]) verlangen[5]).

E I 398 II 415; M 2 241 ff.; P 1 711 ff.

1. Auch der Käufer einer **nur der Gattung nach bestimmten** Sache (§ 243) kann nach seiner Wahl Wandlung oder Minderung (allerdings erst nach der Ablieferung — **RG** 23. 2. 12 II 470/11 —) verlangen und der Verkäufer hat an sich kein Recht, diese Ansprüche durch Lieferung einer mangelfreien Sache abzuwenden (M 2, 242; Prot 1, 717), sofern nicht etwa der Käufer nach Treu und Glauben sowie mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zur Annahme einer derartigen Nachlieferung verpflichtet erscheint (§§ 226, 157, 242; **RG** 61, 92; 91, 112). Die Vorschrift findet auch bei **beschränkten Gattungskäufen** Anwendung (Recht 1917 Nr 372). Die Seltenheit oder Geringfügigkeit des Angebots steht der Annahme eines Gattungskaufs nicht entgegen (**RG** 14. 12. 17 II 189/17). Zur Annahme eines Spezieskaufs reicht es nicht hin, daß der Verkäufer schon bei Vertragsschluß die Lieferung einer bestimmten Sache ins Auge gefaßt und hiervon gelegentlich der Verhandlungen gesprochen hat, sondern es ist erforderlich, daß die Lieferung einer bestimmten Sache zum

Vertragsinhalt gemacht wird, derart, daß nur sie und keine andere als Vertragserfüllung verlangt werden kann und geliefert werden muß (RG 9. 1. 12 II 250/11).

2. Wohl aber **kann der Käufer statt der Wandlung oder Minderung** verlangen, daß ihm an Stelle der mangelhaften Sache, durch deren Lieferung der Vertrag nicht erfüllt ist, eine **mangelfreie geliefert** werde. Der Verkäufer kann ihm eine solche jedoch nicht aufdrängen. Es wird dadurch nicht der Kaufvertrag rückgängig gemacht, also auch für den Verkäufer nicht die Verpflichtung zur Rückzahlung des Kaufpreises, sondern nur diejenige zu einer andern Art seiner Vertragserfüllung begründet. Es liegt dann Nichterfüllung der noch als unkonkretisiert behandelten Gattungsschuld vor (RG 53. 204). Aber der Käufer kann auch bei einer bereits gemäß § 243 Abs. 2 konkretisierten Lieferung eine Ersatzlieferung der zurückgewiesenen Ware dann nicht ablehnen, wenn sich der Verkäufer unverzüglich hierzu erbietet und der Käufer kein Interesse daran hat, gerade die Ware zu bekommen, auf die sich das Schuldverhältnis durch Lieferung der ersten Ware beschränkte (RG 91, 110). Beim Gattungskauf bleibt eben eine gehörige Erfüllung begrifflich so lange möglich, als die Gattungssache von der zugesagten Eigenschaft überhaupt noch vorhanden ist. Daher ist hier, im Gegensatz zur Lieferungsverpflichtung bestimmter Sachen, der Vertrag erst dann erfüllt, wenn solche Gattungssachen geliefert sind. Das Schuldverhältnis erlischt auch beim Gattungskauf erst, wenn die geschuldete Leistung geliefert ist. Der Verkäufer gerät daher, wenn der Käufer die mangelhafte Sache zurückweist und Nachlieferung einer mangelfreien verlangt, in Leistungsverzug, der ihn neben der Nachlieferung auch zum Schadensersatz verpflichten kann (RG JW 04, 198[7]; 05, 17[10]). Ebenso begründet bei Sukzessivlieferungen der Verzug mit der Leistung mangelfreier Ware an Stelle der gelieferten mangelhaften nach § 480 Abs 1 auch bezüglich der noch ausstehenden Lieferungen die Rechte aus § 326 Abs 1 (RG 8. 11. 04 II 249/04). Verkauft der Käufer die ihm zuerst gelieferte Sache anderweit, so wird hierin in der Regel nach Treu und Glauben ein Verzicht auf die Nachlieferung einer mangelfreien Sache zu finden sein (vgl. RG 54, 82).

3. Für den **Nachlieferungsanspruch** kommen aus dem Wandlungsrecht die Vorschriften der §§ 464, 465, 466, 467 Satz 1, 469, 470, 474 Abs 2, 475, 476, 477, 478 zur entsprechenden Anwendung, während § 467 Satz 2 — Ersatz der Vertragskosten — mit Rücksicht darauf, daß der Vertrag an sich bestehenbleibt, § 474 Abs 1, weil auf die Minderung sich beziehend und § 479, der sich nicht auf die Wandlung (oder Nachlieferung) bezieht, vielmehr nur irrtümlich in § 480 angezogen ist, nicht anwendbar erscheinen. — Ist wegen der Mangelhaftigkeit der Ware das beanstandete Erfüllungsgeschäft vollständig wieder rückgängig gemacht worden, einerlei, ob die Ware wirklich mangelhaft war oder nicht, behält aber nach der Vereinbarung der Parteien der Käufer noch das Recht, Lieferung anderer Waren zu verlangen und ist nicht, wie bei der Wandlung, auch der obligatorische Kaufvertrag beseitigt worden, so ist dieses verbleibende Recht nicht der gesetzliche Nachlieferungsanspruch nach § 480, sondern der durch die Rückgängigmachung des Erfüllungsgeschäfts wieder hergestellte ursprüngliche Lieferungsanspruch (RG 93, 100; vgl. auch 96, 169; dagegen aber auch RG 12. 12. 19 II 308/19). Auch der Nachlieferungsanspruch wird erst mit der Erklärung des Einverständnisses des Verkäufers oder durch rechtskräftiges Urteil unwiderruflich, bis dahin kann der Käufer seine Wahl ändern. Er ist daher auch nicht verpflichtet, die als mangelhaft zurückgewiesene Ware zurückzugewähren, solange es ihm freisteht sie in Abänderung seiner Wahl zu behalten. Der Anspruch des Verkäufers auf Rückgewähr entsteht erst mit dem Vollzuge der Wahl nach § 465 (RG 94, 331). Ein Wahlschuldverhältnis im Sinne von § 263 liegt aber bei den im Falle der Mangelhaftigkeit der Kaufsache gewährten mehrfachen Rechtsbehelfen nicht vor. Es werden nicht aus demselben Schuldverhältnisse mehrere Leistungsgegenstände alternativ geschuldet, sondern der Käufer hat die Wahl zwischen mehreren Ansprüchen, die zudem von verschiedenen Voraussetzungen abhängig sind. Deshalb schließt das bloße Verlangen von Schadensersatz die spätere Geltendmachung der Wandlung nicht aus (RG 16. 6. 11 II 624/10).

4. **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** und Ersatz des entgangenen Gewinns. Es gelten für diesen Anspruch des Käufers die oben bei § 463 erörterten Grundsätze (vgl. RG 52, 352; 53 S. 91, 92), ebenso § 254 mit der Abweichung, daß für den Mangel der Eigenschaft oder für das Vorhandensein des Fehlers nicht, wie nach § 463, die Zeit des Kaufabschlusses, sondern die **Zeit des Gefahrübergangs** in Betracht kommt, da hier erst mit deren Eintritt eine bestimmte Sache geschuldet wird (M 2, 243). Der Käufer, der behauptet, die gelieferte Gattungsware sei wegen Fehlens zugesagter Eigenschaften vertragswidrig beschaffen, kann die Ware auch als Nichterfüllung zurückweisen (vgl. RG 53, 73; Recht 1918 Nr 41). Zwischen dem Wandlungs- und Minderungsanspruch und dem Schadensersatzanspruch hat der Käufer die Wahl und er kann nur im Falle des § 463 A 4 mit dem Verlangen wechseln (RG 16. 6. 11 II 624/10). Nimmt der Käufer die Sache an, so wird auch hier sein Anspruch ausgeschlossen, wenn er den Mangel kennt und sich seine Rechte nicht bei der Annahme vorbehält (RG 55, 214ff.). Maßgebender Zeitpunkt für das arglistige Verschweigen ist beim

Gattungskauf der Zeitpunkt der Lieferung (RG Warn 1912 Nr 159). Der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach Abs 2 ist vom Verschulden des Verkäufers unabhängig. Der Käufer kann den Vertrag als gänzlich unerfüllt behandeln und die Zurücknahme der mangelhaften Sache verlangen. Läßt er sich den nutzlos aufgewandten Kaufpreis zurückzahlen, so ist das nur eine teilweise Verwirklichung seines Schadensanspruchs (RG 52, 392; 90, 334; JW 1917, 902[5]). — Der Ausverkauf der beschränkten Gattung, aus der verkauft wurde, steht dem Ersatzanspruch entgegen (Recht 1917 Nr 373).

5. **Beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft** der gelieferten Gattungssache kann neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder auf Wandlung oder auf Minderung aus einer schuldhaften Verletzung des abgeschlossenen Vertrags aus § 276 auf Schadensersatz geklagt werden (a. M. RG 53, 202; RG 23. 4. 08 II 525/06). — Ebenso ist die gemäß § 123 beabsichtigte Anfechtung der in Erfüllung eines Gattungskaufs erfolgten Lieferung wegen arglistigen Verschweigens eines unter § 459 fallenden Sachmangels statthaft, auch wenn zugleich die Voraussetzungen eines Gewährleistungsanspruchs aus § 480 Abs 2 gegeben sind, der alsdann allein zur Anwendung kommt (a. M. RG 70, 423). Bei § 480 Abs 2 handelt es sich nicht um eine Anfechtung des Vertrags, sondern um Schadensansprüche wegen Nichterfüllung eines Gattungskaufs. Bei diesem kommt das arglistige Verschweigen regelmäßig erst bei der Lieferung vor (RG 19. 1. 12 II 407/11).

Die Vorschrift des § 469 ist auch auf die Fälle des § 480 Abs 2 anwendbar (RG 73, 379).

§ 481

Für den Verkauf von Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren, von Rindvieh, Schafen und Schweinen[1]) gelten die Vorschriften der §§ 459 bis 467, 469 bis 480 nur insoweit, als sich nicht aus den §§ 482 bis 492 ein anderes ergibt[2])[3]).

E I 399 II 416; M 2 243 ff.; P 1 718 ff.

1. **Nur für die hier angegebenen Tiergattungen** gelten die Sondervorschriften der §§ 482—492; für andere Tiere (insbesondere Hunde, Katzen, Ziegen, Kaninchen, Sing- und andere Vögel, auch wilde Tiere) sind nur die allgemeinen Gewährleistungsvorschriften maßgebend. Innerhalb der hier hervorgehobenen Tiergattungen kann die Zugehörigkeit zu einer bestimmten Artklasse oder Rasse als eine besondere Eigenschaft des betreffenden Tieres in Betracht kommen. Die Sondervorschriften beziehen sich nur auf Wandlung.

2. **Die Sondervorschriften der §§ 482—492,** in welchen im wesentlichen das **deutschrechtliche System** mit bestimmten Tiergattungen, Hauptmängeln, Gewährfristen, Beschränkung auf Wandlung und mit kurzer Verjährungsfrist zum Ausdruck kommt, gehen den allgemeinen Gewährleistungsvorschriften vor. Letztere kommen daher zum Teil (so §§ 460, 461, 464, 466, 469—471, 476) nur aushilfsweise zur Anwendung, zum Teil (nämlich die von der Minderung handelnden §§ 472—475) sind sie überhaupt unanwendbar. — Auch den Bestimmungen des BGB über den Handelskauf gehen diese Sondervorschriften beim Viehhandel vor (HGB § 382) und schließen hier namentlich die Anwendung des § 377 HGB bezüglich der Verpflichtung des Käufers zur alsbaldigen Rüge und Anzeige aus OLG 12, 268; SeuffA 61 Nr 153). — Eine vertragsmäßige Regelung, insbesondere eine Verschärfung der Haftung beim Verkauf der in § 481 erwähnten Tiergattungen ist dagegen nicht ausgeschlossen (s. § 482 A 2 a. E.). Über „Umtauschklausel im Pferdehandel" RG 18. 10. 07 II 189/07; Zusicherung der Vollbluteigenschaft RG 18. 12. 06 II 227/06. Auch wenn Vieh als Zubehör eines Grundstücksverkauft wird, finden die Sondervorschriften Anwendung.

3. Zu den §§ 482—492 sind, da nach § 23 GVG Streitigkeiten wegen Viehmängel zur Zuständigkeit der Amtsgerichte gehören, Entscheidungen des RG nur in geringer Zahl ergangen. Dagegen sind zahlreiche Entscheidungen der Amts-, Land- und Oberlandesgerichte enthalten in den „Gerichtlichen Entscheidungen des ersten Jahrzehnts des BGB über den Viehkauf, gesammelt und herausgegeben von Dr. Hans Stölzle" 1910. Siehe auch dessen Werk über den Viehkauf (Viehgewährschaft) nach dem BGB, 5. Aufl., 1913.

§ 482

Der Verkäufer hat nur bestimmte Fehler (Hauptmängel) und diese nur dann zu vertreten, wenn sie sich innerhalb bestimmter Fristen (Gewährfristen) zeigen[1]).

Die Hauptmängel und die Gewährfristen werden durch eine mit Zustim-

mung des Bundesrats zu erlassende Kaiserliche Verordnung bestimmt[2]). Die Bestimmung kann auf demselben Wege ergänzt und abgeändert werden[3]).

E I 400 II 417; M 2 252 ff.; P 1 727 ff.

1. Für **Hauptmängel,** die sich innerhalb der **Gewährfristen** (Ausschlußfristen) zeigen und daher als bereits zur Zeit des Gefahrübergangs vorhanden anzusehen sind, haftet der Verkäufer, ohne daß ein Nachweis ihrer Erheblichkeit oder der von ihnen herbeigeführten Wertminderung erforderlich wäre. — Auch ein arglistiges Verschweigen ist nur von Bedeutung, wenn es sich auf einen Hauptmangel bezieht. Wegen **anderer Mängel,** sowie wegen **Hauptmängel, die sich erst nach Ablauf der Gewährfrist zeigen,** findet (abgesehen von besonderer Vereinbarung) eine gesetzliche Haftung nicht statt; dieselben sind auch nur insoweit zu berücksichtigen, als auf dieselben eine Ersatzklage wegen Schädigung durch unerlaubte Handlung des Verkäufers (§§ 823, 826) oder eine Anfechtung des Vertrags wegen arglistiger Täuschung (§ 123), nicht aber wegen Irrtums (s. o. § 459) gestützt wird. Ausgeschlossen wird die Haftung des Käufers auch bei den Hauptmängeln, wenn der Käufer den Mangel beim Kaufabschluß kennt (§ 460).

2. Die **Hauptmängel und die Gewährfristen** sind, um den einschlagenden Vorschriften die durch die wechselnden Verkehrsverhältnisse und durch den jeweiligen Stand der tierärztlichen Wissenschaft erforderliche Beweglichkeit zu geben, durch eine mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassende Kaiserliche Verordnung, nunmehr durch die Reichsregierung nach Anhörung des Reichsrats (nicht durch den Präsidenten) festzustellen. Die noch jetzt gültige Verordnung v. 27. 3. 99 (RGBl 219ff.) unterscheidet zwischen dem Verkauf von Nutz- und Zuchttieren und dem Verkauf solcher Tiere, welche **alsbald** geschlachtet werden sollen und dazu bestimmt sind, als Nahrungsmittel für Menschen zu dienen (Schlachttiere). Der Verwendungszweck ist im Streitfalle vom Käufer zu erweisen. Maßgebend ist wesentlich der Kaufzweck.

Die Verordnung hat folgenden Wortlaut:

§ 1.

„Für den Verkauf von Nutz- und Zuchttieren gelten als Hauptmängel:

I. Bei Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren:

1. Rotz (Wurm) mit einer Gewährfrist von 14 Tagen;

2. Dummkoller (Koller, Dummsein) mit einer Gewährfrist von 14 Tagen; als Dummkoller ist anzusehen die allmählich oder infolge der akuten Gehirnwassersucht entstandene, unheilbare Krankheit des Gehirns, bei der das Bewußtsein des Pferdes herabgesetzt ist;

3. Dämpfigkeit (Dampf, Hartschlägigkeit, Bauchschlägigkeit) mit einer Gewährfrist von 14 Tagen; als Dämpfigkeit ist anzusehen die Atembeschwerde, die durch einen chronischen, unheilbaren Krankheitszustand der Lungen oder des Herzens bewirkt wird;

4. Kehlkopfpfeifen (Pfeiferdampf, Hartschnaufigkeit, Rohren) mit einer Gewährfrist von 14 Tagen; als Kehlkopfpfeifen ist anzusehen die durch einen chronischen und unheilbaren Krankheitszustand des Kehlkopfs oder der Luftröhre verursachte und durch ein hörbares Geräusch gekennzeichnete Atemstörung;

5. periodische Augenentzündung (innere Augenentzündung, Mondblindheit) mit einer Gewährfrist von 14 Tagen; als periodische Augenentzündung ist anzusehen die auf inneren Einwirkungen beruhende, entzündliche Veränderung an den inneren Organen des Auges;

6. Koppen (Krippensetzen, Aufsetzen, Freikoppen, Luftschnappen, Windschnappen) mit einer Gewährfrist von 14 Tagen.

II. Bei Rindvieh:

1. Tuberkulöse Erkrankung, sofern infolge dieser Erkrankung eine allgemeine Beeinträchtigung des Nährzustandes des Tieres herbeigeführt ist, mit einer Gewährfrist von 14 Tagen;

2. Lungenseuche mit einer Gewährfrist von 28 Tagen.

III. Bei Schafen:

Räude mit einer Gewährfrist von 14 Tagen.

IV. Bei Schweinen:

1. Rotlauf mit einer Gewährfrist von 3 Tagen;

2. Schweineseuche (einschließlich Schweinepest) mit einer Gewährfrist von 10 Tagen.

§ 2.

Für den Verkauf solcher Tiere, die alsbald geschlachtet werden sollen und bestimmt sind, als Nahrungsmittel für Menschen zu dienen (Schlachttiere), gelten als Hauptmängel:

I. Bei Pferden, Eseln, Mauleseln und Maultieren:

Rotz (Wurm) mit einer Gewährfrist von 14 Tagen.

II. Bei Rindvieh:

Tuberkulöse Erkrankung, sofern infolge dieser Erkrankung mehr als die Hälfte des Schlachtgewichts nicht oder nur unter Beschränkungen als Nahrungsmittel für Menschen geeignet ist, mit einer Gewährfrist von 14 Tagen.

III. Bei Schafen:

Allgemeine Wassersucht mit einer Gewährfrist von 14 Tagen; als allgemeine Wassersucht ist anzusehen der durch eine innere Erkrankung oder durch ungenügende Ernährung herbeigeführte wassersüchtige Zustand des Fleisches.

IV. Bei Schweinen:

1. Tuberkulöse Erkrankungen unter der in der Nr II bezeichneten Voraussetzung mit einer Gewährfrist von 14 Tagen;
2. Trichinen mit einer Gewährfrist von 14 Tagen;
3. Finnen mit einer Gewährfrist von 14 Tagen."

3. Zur Kaiserl. Verordnung vom 27. 3. 99 ist noch zu bemerken: a) Eine vertragsmäßige Verlängerung oder Abkürzung der Gewährfrist ist nach § 486 zulässig und ebenso ist nach § 492 eine vertragsmäßige Übernahme der Gewährpflicht auch wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers, sowie die Zusicherung einer bestimmten Eigenschaft des Tieres gestattet. b) Der Verkäufer steht gesetzlich in einem Haftungsverhältnis nur zu demjenigen, dem er das Tier verkauft hat. Hat **mehrmaliger Verkauf** stattgefunden, so greift ein sog. Sprungregreß nicht Platz. c) Die gegen Vieh aus verseuchten Gegenden auf Grund des Viehseuchengesetzes durch polizeiliche Schutzmaßregeln eingeführte Seuchensperre und die dadurch bewirkte Nichtmarktfähigkeit begründet keinen Gewährsmangel (RG Warn 08 Nr 29). d) Zu § 1 Nr I 2 ist zu bemerken, daß es nur auf einem Redaktionsversehen beruht, wenn dort nur das Pferd genannt ist; zu § 2 II der Verordnung ist unter Schlachtgewicht dasjenige Gewicht zu verstehen, welches das Tier sogleich nach erfolgter Schlachtung gehabt hat. — Im Falle des § 2 II ist bei tuberkulösem Rindvieh in der Überweisung des Fleisches an eine Freibank eine „Beschränkung als Nahrungsmittel für Menschen" zu erblicken (Stölzle, Entsch. S. 61 ff., Viehkauf S. 125). S. auch die für den Beschluß d. Bundesr. bei Erl. der Verordn. vom 27. 3. 99 maßgebende Erwägung im RAnz. Nr 130 vom 5. 6. 99.

§ 483

Die Gewährfrist beginnt mit dem Ablaufe des Tages, an welchem die Gefahr auf den Käufer übergeht.

E I 401 II 418; M 2 254; P 1 735 ff.

Für den **Beginn** der Gewährfrist ist § 187 Abs 1 in Verbindung mit § 459 Abs 1, für das **Ende** § 188 maßgebend. Der Ablauf ist von Amts wegen zu berücksichtigen. — Über den Übergang der Gefahr bei einem mit Eigentumsvorbehalt des Verkäufers erfolgten Verkauf einer beweglichen Sache s. § 459.

§ 484

Zeigt sich ein Hauptmangel innerhalb der Gewährfrist, so wird vermutet, daß der Mangel schon zu der Zeit vorhanden gewesen sei, zu welcher die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist.

E I 402 Satz 1 II 419; M 2 252 ff.; P 1 735 ff.

Hat sich der Mangel **innerhalb der Gewährfrist** — oder schon vor ihrem Beginn — gezeigt, so steht gegen die alsdann begründete Vermutung dem Verkäufer der Gegenbeweis offen, daß der Mangel erst nach dem maßgebenden Zeitpunkt entstanden sei.

§ 485

Der Käufer verliert die ihm wegen des Mangels zustehenden Rechte[1]), wenn er nicht spätestens zwei Tage nach dem Ablaufe der Gewährfrist oder, falls das Tier vor dem Ablaufe der Frist getötet worden oder sonst verendet ist, nach dem Tode des Tieres den Mangel dem Verkäufer anzeigt[2]) oder

die Anzeige an ihn absendet oder wegen des Mangels Klage gegen den Verkäufer erhebt oder diesem den Streit verkündet oder gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises beantragt. Der Rechtsverlust tritt nicht ein, wenn der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat[3]).

E I 402 Satz 2 II 420; M 2 254 ff.; P 1 757 ff.

1. Die **Verpflichtung des Käufers zur Anzeige des Mangels** oder zu einer dem gleichstehenden Rechtshandlung innerhalb zweitägiger Ausschlußfrist ist beim Viehhandel abweichend von dem für die allgemeine Gewährleistung bestehenden Grundsatz (s. § 464 A 3) vorgeschrieben, und zwar bei Verlust der dem Käufer wegen des Mangels zustehenden Rechte. Der Verkäufer, dem auf solche Weise die Führung des ihm nach § 484 obliegenden Gegenbeweises erleichtert werden soll, hat hiernach den Ablauf der Ausschlußfrist, der Käufer die fristgemäße Erstattung oder Absendung der Anzeige oder die rechtzeitige Vornahme der sonstigen Handlung zu Wahrung der Frist oder auch das arglistige Verschweigen des Mangels durch den Verkäufer nachzuweisen. Aus der Erwähnung der Klagerhebung ist nicht der Schluß zu ziehen, daß diese zu den in § 478 Abs 1 vom Käufer vorzunehmenden Handlungen als selbständige Handlung hinzutreten müsse (RG 59, 150).

2. In dieser **Anzeige** ist die bestimmte Angabe des Mangels oder wenigstens der zur Zeit erkennbaren, auf einen Gewährschaftsmangel hindeutenden Merkzeichen der dem Tiere anhaftenden Krankheit erforderlich, während die allgemeine Angabe: das Tier sei krank oder es leide an einem Gewährschaftsmangel, nicht ausreicht (Stölzle, Entsch. S. 78 ff.). Eine bestimmte Form ist nicht erforderlich. — In der Zurücknahme der wegen des Mangels erhobenen Klage liegt nicht ohne weiteres die Zurücknahme der Anzeige (RG JW 05, 46[12]).

3. **Arglistiges Verschweigen des Mangels.** Als solcher Mangel kommt auch hier nur ein **Hauptmangel** oder ein ihm nach § 492 gleichgestellter Mangel in Betracht, dessen Nachweis dem Käufer obliegt.

Auf Grund solcher Arglist kann übrigens der Käufer auch nach §§ 823, 826 innerhalb der in § 852 bestimmten Frist vorgehen.

§ 486

Die Gewährfrist kann durch Vertrag verlängert oder abgekürzt werden[1]). **Die vereinbarte Frist tritt an die Stelle der gesetzlichen Frist**[2]).

E I 410 II 421; M 2 263 ff.; P 1 748.

1. Der auf **Verlängerung oder Abkürzung** der Gewährfrist gerichtete Vertrag bedarf keiner besonderen Form, kann sich aber wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, insbesondere bei unangemessener Abkürzung der Frist, als nichtig (§ 138) herausstellen. Nur vertragsmäßige Verlängerung oder Abkürzung der Gewährfrist ist zulässig, nicht aber die gänzliche Ausschließung derselben, da das Bestehen einer solchen Frist bei der gesetzlichen Haftpflicht für Hauptmängel nach §§ 482 Abs 1, 486, 490 Abs 1 Satz 1 vorauszusetzen ist. Auch durch Handelsgebräuche und Marktregeln oder durch Gewohnheitsrecht können die gesetzlichen Vorschriften über die Gewährfrist nicht geändert werden. § 476 ferner ist anwendbar.

2. Die Vertretung der **gesetzlichen** Frist durch die **vertragsmäßige** gilt insbesondere im Falle des § 485.

§ 487

Der Käufer kann nur Wandelung, nicht Minderung verlangen[1]).

Die Wandelung kann auch in den Fällen der §§ 351 bis 353, insbesondere wenn das Tier geschlachtet ist, verlangt werden[2])**; an Stelle der Rückgewähr hat der Käufer den Wert des Tieres zu vergüten**[3])**. Das gleiche gilt in anderen Fällen, in denen der Käufer infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, insbesondere einer Verfügung über das Tier, außerstande ist, das Tier zurückzugewähren.**

Ist vor der Vollziehung der Wandelung eine unwesentliche Verschlechterung des Tieres infolge eines von dem Käufer zu vertretenden Umstandes eingetreten, so hat der Käufer die Wertminderung zu vergüten[4]).

Nutzungen hat der Käufer nur insoweit zu ersetzen, als er sie gezogen hat[5]).

E I 404 II 422; M 2 256 ff.; P 1 739 ff., 802 ff.

1. Der gesetzliche Anspruch auf **Minderung** ist beim Viehverkauf ausgeschlossen, nicht aber der gesetzliche Anspruch auf **Schadensersatz** wegen eines Hauptmangels gemäß

§ 463 (welcher Ersatz auch in dem durch das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften herbeigeführten Minderwert des Tieres bestehen kann, § 472 greift dann nicht Platz, RG 60, 235) und nicht ein etwaiger, auf besonderer vertragsmäßiger Abmachung beruhender Minderungsanspruch (RG 60, 236; JW 05, 285[9]).

2. Die zugelassene Wandlung ist dadurch erleichtert, daß sie a) auch in den Fällen der §§ 351—353, also namentlich bei wesentlicher Verschlechterung oder beim Untergang des Tieres, insbesondere wenn dasselbe geschlachtet ist, bei sonstiger verschuldeter Unmöglichkeit der Herausgabe, sowie bei den in § 353 angeführten Veräußerungen, b) in anderen Fällen, in denen der Käufer infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes, insbesondere einer Verfügung über das Tier, außerstande ist, dasselbe zurückzugeben, verlangt werden kann und in den Fällen unter b namentlich nicht auf Grund des § 354 ausgeschlossen werden kann. — In dem Falle, wenn von mehreren gleichzeitig verkauften Viehstücken einzelne mangelhaft sind (Kauf einer Herde) oder wenn eine Kuh und ihr Kalb zusammen verkauft sind, gelten die Vorschriften in § 469 (Stölzle, Entsch. S. 101ff., 103ff.). Verzicht auf den Wandlungsanspruch ist anzunehmen, wenn nach dessen Geltendmachung der Käufer mit Kenntnis des Mangels das Tier zum Schlachten veräußert und dadurch die Unmöglichkeit der Rückgabe an den Verkäufer herbeiführt (Stölzle, Entsch. S. 96ff.).

3. **Bei Durchführung der Wandlung** ist in den Fällen der A 2 a und b dem Käufer die Rückgewähr des Tieres nicht angesonnen, dafür vielmehr die Vergütung des objektiven Wertes des Tieres (anstatt des Schadensersatzes nach § 347) auferlegt. Es ist hierbei der (objektive) Wert zugrunde zu legen, den das Tier im Zeitpunkt des Vollzugs der Wandlung gehabt hat.

4. Abgesehen von den in A 3 aufgeführten Fällen kann der Käufer, wenn vor der Wandlung eine **unwesentliche Verschlechterung** des Tieres infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes eingetreten ist, zwar auf der Wandlung bestehen, hat aber die Wertminderung zu vergüten. Schadensersatz hat der Käufer dagegen zu leisten, wenn eine derartige Verschlechterung nach Vollziehung der Wandlung infolge eines von ihm zu vertretenden Umstandes erfolgte (OLG 16, 404).

5. Auch bezüglich des Ersatzes der **Nutzungen** ist gegenüber der in § 467 angeführten Vorschrift des § 347 eine Erleichterung der Wandlung dadurch gegeben, daß Nutzungen vom Käufer nur insoweit zu ersetzen sind, als er sie wirklich gezogen hat. Er ist nicht verpflichtet, Nutzungen aus dem fehlerhaften Tiere zu ziehen.

6. Auch bei dem mangelfreien Tauschobjekt kommt § 487 zur Anwendung (bestr.).

§ 488

Der Verkäufer hat im Falle der Wandelung[1]) dem Käufer auch die Kosten der Fütterung und Pflege, die Kosten der tierärztlichen Untersuchung und Behandlung sowie die Kosten der notwendig gewordenen Tötung und Wegschaffung des Tieres zu ersetzen[2]).

E I 405 II 423; M 2 259 ff.; P 1 743 ff.

1. Als **Nebenforderungen** zum Wandlungsanspruch sind hier dem Käufer außer den ihm nach §§ 467, 347, 683 994 zu ersetzenden Aufwendungen noch eine Reihe von Ersatzposten ausdrücklich zugesprochen (RG 52, 166). Der Verkäufer kann hiergegen die von dem Käufer bis zur Wandlung aus dem Tier etwa gezogenen Nutzungen aufrechnen. Nur die bei ordnungsmäßiger Wirtschaft angemessenen Kosten kommen in Betracht. Die Nebenforderungen des § 488 sind solche im Sinne von ZPO § 4 Abs 1 (RG 52, 164).

2. **Weitere Kosten,** insbesondere diejenigen für notwendige Schutzmaßregeln gegen Seuchengefahr, kann der Käufer nicht als gesetzliches Zubehör des Wandlungsanspruchs, sondern nur dann verlangen, wenn der Verkäufer, insbesondere auch wegen Verschuldens, zum Schadensersatz verurteilt worden ist oder sich vertragsmäßig zu deren Ersatz verpflichtet hat, oder wenn die Voraussetzungen auftragsloser Geschäftsführung vorliegen. Die gleichen Grundsätze gelten auch bezüglich des Anspruchs des Käufers auf Ersatz von Aufwendungen für ein Junges (OLG 8, 74). § 488 ist Ausnahmevorschrift und darf nicht ausdehnend ausgelegt werden. Über Transportkosten vgl. RTKommBer S. 40; Stölzle a. a. O. S. 229; RG 52, 164; 55, 105. Die Kosten der Mängelanzeige kann der Käufer ohnehin ersetzt verlangen.

§ 489

Ist über den Anspruch auf Wandelung ein Rechtsstreit anhängig, so ist auf Antrag der einen oder der anderen Partei die öffentliche Versteigerung

des Tieres und die Hinterlegung des Erlöses durch einstweilige Verfügung anzuordnen[1]**), sobald die Besichtigung des Tieres nicht mehr erforderlich ist**[2]**).**

E I 406 II 424; M 2 261; P 1 744.

1. **Voraussetzung** für die vom Prozeßrichter zu erlassende Anordnung der **öffentlichen Versteigerung und der Hinterlegung des Erlöses** ist hiernach nur, daß a) ein Rechtsstreit über die Wandlung des Tieres (auch infolge einredeweiser Geltendmachung dieses Rechtes) anhängig (LZ 1915 Sp. 1539[10]), b) in diesem die Besichtigung des Tieres nicht mehr notwendig und c) von der einen oder andern Partei ein Antrag solcher Art gestellt ist. Im übrigen kommen die allgemeinen Voraussetzungen für den Erlaß einer einstweiligen Verfügung (ZPO § 935) hier nicht in Betracht, für andere Fälle ist § 489 nicht anwendbar (OLG 20, 183).

2. **Nach Hinterlegung des Erlöses** tritt dieser an die Stelle des Tieres, so daß dem Verkäufer im Falle der Wandlung anstatt der Rückgabe des Tieres der hinterlegte Erlös anzurechnen oder auszuzahlen ist.

3. § 461 ist nicht anwendbar (bestr.).

§ 490

Der Anspruch auf Wandelung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, verjährt in sechs Wochen von dem Ende der Gewährfrist an[1]**). Im übrigen bleiben die Vorschriften des § 477 unberührt.**

An die Stelle der in den §§ 210, 212, 215 bestimmten Fristen tritt eine Frist von sechs Wochen.

Der Käufer kann auch nach der Verjährung des Anspruchs auf Wandelung die Zahlung des Kaufpreises verweigern. Die Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz unterliegt nicht der im § 479 bestimmten Beschränkung[2]**).**

E I 407 II 425; M 2 261 ff.; P 1 745 ff.

1. Abweichend von § 477 ist die **Verjährungsfrist** für den Anspruch auf Wandlung und für den Anspruch auf Schadensersatz wegen eines Hauptmangels und der Ansprüche aus § 488, dessen Nichtvorhandensein der Verkäufer zugesichert hat, §§ 481, 463, auf sechs Wochen (anstatt sechs Monate) und der Beginn dieser Frist vom Ende der Gewährfrist (anstatt von der Ablieferung) ab festgesetzt, während es für den Anspruch auf Schadensersatz wegen arglistiger Verschweigung eines Hauptmangels bei der gewöhnlichen dreißigjährigen Verjährung verbleibt. Im übrigen gilt § 477, aber keine Aufrechnung, wenn nicht nach § 478 Anzeige erfolgte (SeuffA 65, 147). In § 492 handelt es sich um Nichthauptmängel.

2. Die **einredeweise Geltendmachung** des Wandlungsanspruchs gegenüber der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises, sowie die Aufrechnung des Schadensanspruchs wegen eines Hauptmangels gegen dieselbe Klage ist hiernach auch nach Ablauf der Verjährungsfrist nicht von der vorher erfolgten Anzeige oder den sonstigen, ihr gleichgestellten Maßnahmen im Sinne von §§ 478, 479, sondern nur davon abhängig, daß der Käufer rechtzeitig Anzeige nach § 485 gemacht hat. So kann der mit seiner Wandlungsklage wegen Verjährung rechtskräftig abgewiesene Käufer eines Pferdes die Zahlung des Kaufpreises verweigern, wenn er rechtzeitig (§ 485) den Mangel der zugesicherten Eigenschaft angezeigt hat (**RG** 18. 12. 06 II 227/06). — Anders bei Nichtvereinbarung einer Gewährfrist im Falle des § 492.

§ 491

Der Käufer eines nur der Gattung nach bestimmten Tieres kann statt der Wandelung verlangen, daß ihm an Stelle des mangelhaften Tieres ein mangelfreies geliefert wird. Auf diesen Anspruch finden die Vorschriften der §§ 488 bis 490 entsprechende Anwendung.

E I 408 II 426; M 2 263; P 1 748.

Beim Verkaufe eines **nur der Gattung nach bestimmten** Tieres ist im Falle der Mangelhaftigkeit des gelieferten Tieres nicht nur der in § 480 Abs 1 zugelassene Anspruch auf Nachlieferung einer mangelfreien Kaufsache, sondern auch der daselbst Abs 2 geregelte Anspruch wegen Nichterfüllung gegeben. Freiheit von Hauptmängeln genügt nicht. Außerdem kommen in diesen Fällen die Vorschriften der §§ 488—490 (Ersatz der Kosten der Fütterung und Pflege des fehlerhaften Tieres, Versteigerung desselben und Verjährung des Anspruchs auf Wandlung und auf Schadensersatz) zur entsprechenden Anwendung.

§ 492

Übernimmt der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers[1]) oder sichert er eine Eigenschaft des Tieres zu[2]), so finden die Vorschriften der §§ 487 bis 491 und, wenn eine Gewährfrist vereinbart wird[3]), auch die Vorschriften der §§ 483 bis 485 entsprechende Anwendung. Die im § 490 bestimmte Verjährung beginnt, wenn eine Gewährfrist nicht vereinbart wird, mit der Ablieferung des Tieres[4]).

E I 411 II 427; M 2 264 ff.; P 1 718.

1. Beim Verkauf der in § 481 aufgeführten Tiergattungen kann zunächst die Gewährleistung wegen eines **nicht zu den Hauptmängeln** (§ 482) **gehörenden Fehlers** im Sinne von § 459 Abs 1 übernommen werden (**RG** SeuffA 58 Nr 4). In diesem Falle gelangen die für die Hauptmängel geltenden §§ 487—491 zur entsprechenden Anwendung. Wird Gewährleistung für alle Mängel übernommen, so ist, wie die Entstehungsgeschichte des § 492 ergibt, im Wege der Auslegung zu bestimmen, ob diese Gewährleistung nur die Hauptmängel im Sinne des § 482 oder auch die Mängel im Sinne des § 459 Abs 1 oder auch minder erhebliche Mängel umfassen soll (SeuffA 58 Nr 4). Es gelten die Regeln über die gesetzliche Haftung oder die über die vertragsmäßige Haftung des § 492 (**RG** 60, 55).

2. Bei **Zusicherung** einer (mit den Hauptmängeln nicht zusammenhängenden) **Eigenschaft des Tieres** im Sinne von § 459 Abs 2 gelten ebenfalls die in A 1 erwähnten Vorschriften. Doch muß diese Zusicherung, um wirksam zu sein, die bestimmte Bezeichnung der Eigenschaft (wozu auch Trächtigkeit einer Kuh gehört), oder die bestimmte Angabe der als abwesend zugesicherten Mängel enthalten. Eine allgemeine Anpreisung, wie z. B.: die verkaufte Kuh sei fehlerfrei und reell oder: sie sei gesund, ist regelmäßig ohne Wirkung (Stölzle, Entsch. S. 143 ff.). Die Erklärung, das Pferd sei „völlig gesund" kann dagegen die Zusicherung einer Eigenschaft enthalten (**RG** 15. 5. 12 II 62/02). Dagegen enthält das Versprechen, daß, wenn die verkaufte Kuh nicht innerhalb bestimmter Frist kalbe, eine ziffermäßige Minderung am Kaufpreise oder eine näher angegebene Entschädigung des Käufers eintreten solle, nicht die Zusicherung einer Eigenschaft, sondern eine Nebenabrede, für welche auch die gewöhnliche Verjährung gilt (Stölzle a. a. O. S. 151 ff., 158 ff.).

3. Bei **Vereinbarung einer Gewährfrist in Verbindung mit der Gewährleistung** kommen außer den §§ 487—491 noch die §§ 483—485 zur entsprechenden Anwendung. Auch die Anzeige nach § 485 wird erfordert (**RG** 60, 237; OLG 22, 236). Die Verjährungsfrist insbesondere ist vom Ablauf der Gewährfrist ab zu berechnen, die aber auch bestimmt angegeben sein muß. So läuft in dem Falle, wenn die Trächtigkeit eines Viehstücks mit einem bestimmten Endtermin zugesichert ist, die Verjährung von diesem Endtermin (Gewährfrist) an. Ist dagegen nur im allgemeinen Trächtigkeit oder Trächtigkeit von einer bestimmten Anzahl Wochen oder sog. „Kalbgriffigkeit", d. h. Trächtigkeit von einer seitherigen Dauer von 24—25 Wochen, zugesichert, so ist hierin die Vereinbarung einer Gewährfrist nicht zu finden, und es gilt die folgende A 4 (Stölzle a. a. O. S. 161 ff., 183 ff.). Vgl. auch Recht 1917, Nr. 33. Zur Vereinbarung einer Gewährfrist gehört, daß die Parteien eine Frist vereinbaren, innerhalb deren die Fehler sich zeigen müssen, andernfalls eine Gewährleistung ihrethalben ausgeschlossen sein soll.

4. Ist eine besondere Gewährfrist **nicht vereinbart**, so beginnt ohne Rücksicht auf die Zeit der Entdeckung des Mangels die in § 490 angeführte Verjährung des Anspruchs auf Wandlung und auf Schadensersatz mit der **Ablieferung des Tieres** (§ 477). In diesem Falle sind zur Erhaltung der einredeweisen Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung, sowie zur Erhaltung der Aufrechnung des Anspruchs auf Schadensersatz für die Zeit nach Ablauf der Verjährung die in §§ 478, 479 vorgeschriebene Anzeige und die ihr gleichgestellten Maßnahmen nicht entbehrlich (vgl. **RG** JW 05, 285[9]; OLG 16, 409 und oben § 490 A 2). — Ist beim Verkauf eines Pferdes die Vollbluteigenschaft zugesichert und vereinbart, daß, solange der Käufer nicht durch die dem Verkäufer obliegende Lieferung des Pedigrees — der die Vollbluteigenschaft beweisenden Urkunde — in die Lage versetzt sei, das Vorhandensein der zugesicherten Eigenschaft zu prüfen und einen Mangel dieser Eigenschaft geltend zu machen, ihm seine Gewährleistungsansprüche erhalten bleiben und bis zur Lieferung des Pedigrees bezüglich dieser Ansprüche keine Gewährleistungsfrist laufen solle, so ist eine solche Vereinbarung nach §§ 477, 490 Abs 1 u. 492 BGB gültig. Sie ist zwar nicht als eine solche über die Gewährfrist im Sinne der §§ 490, 492 anzusehen, wohl aber als eine Vereinbarung, daß die durch §§ 490, 492 bestimmte Verjährungsfrist von sechs Wochen vom Tage der Lieferung des Pedigrees an zu berechnen sei (**RG** 18. 12. 06 II 226/06; s. auch § 477 A 3). Stillschweigende Vereinbarung der Hinausschiebung des Beginns der sechswöchigen Verjährungsfrist nach Treu und Glauben bei bestimmtem Vertragsinhalt (Hengst soll decken — JW 1914, 589[6]; Warn 1914 Nr 154).

§ 493

Die Vorschriften über die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährleistung wegen Mängel der Sache finden auf andere Verträge, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, entsprechende Anwendung.

E II 429 III 488; P 1 748.

Im Einklang mit § 445 finden auch die von §§ 459—492 gegebenen Vorschriften auf **andere Verträge, welche auf Veräußerung oder Belastung** einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind, also einerseits namentlich Hingabe an Erfüllungs Statt (§ 365), Tausch (§ 515), Schenkung (§ 524 Abs 2), Gesellschaft (§ 705), Gesellschaftsauseinandersetzung (OLG 22, 237; RG 4. 10. 11 I 69/11), Gemeinschaftsteilung (§ 757), Vergleich (§ 779; RG 54, 166) und anderseits auf den entgeltlichen Verpfändungsvertrag (§§ 1113, 1204; RG 9, 103), entsprechende Anwendung. Vgl. im übrigen § 445. — Hat sich insbesondere in einem Vergleiche der eine Teil verpflichtet eine vom andern Teile käuflich gelieferte Maschine gegen einen Preisnachlaß fest zu übernehmen, der andere Teil dagegen die Lieferung gewisser Maschinenteile versprochen, so kann nur wegen der vergleichsweise gelieferten Ersatzteile gewandelt oder gemindert werden, nicht aber begründen Mängel dieser Teile das Recht auf Rücknahme der Maschine (RG 54, 165). Eine Sonderregelung ist bei Miete und Pacht (§§ 537 ff.), beim Werkvertrag (§§ 633 ff.) und beim Werklieferungsvertrag (§ 651) getroffen. — Auf den Fall der Veräußerung eines künftigen aus dem Meistgebot in einer Zwangsversteigerung entstehenden Rechtes gegen Entgelt ist § 459 nicht entsprechend anwendbar. Die Anfechtung eines solchen Vertrags wegen Irrtums daher zulässig (RG 11. 11. II 526/10).

III. Besondere Arten des Kaufes

1. Kauf nach Probe Kauf auf Probe

§ 494

[1]) Bei einem Kaufe nach Probe oder nach Muster[2]) sind die Eigenschaften[3]) der Probe oder des Musters als zugesichert anzusehen[4])[5]).

E I 470 II 430; M 2 332, 333; P 2 77.

1. Allgemeines. Es handelt sich um eine besondere Art der Zusicherung von Eigenschaften des Kaufgegenstandes (§ 459 Abs 2), die Vereinbarung, daß die Eigenschaften der Probe oder des Musters zugesichert sein sollen. Der Kauf selbst ist ein unbedingter. Die Vorschrift ist HGB Art. 340 nachgebildet, die Rechtsprechung hierzu also noch maßgebend. Der Kauf „unter Bedingung der Probemäßigkeit" ist kein Kauf im Sinne von § 494 (ROHG 2, 418). Die Vereinbarung kann Sachen aller Art betreffen: bewegliche und unbewegliche, vertretbare und nicht vertretbare, bestimmte Einzelsachen oder nur der Gattung nach bestimmte Sachen. Ob wirklich Kauf nach Probe geschlossen wurde, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. Die Hingabe einer Probe oder eines Musters nötigt nicht unter allen Umständen zur Annahme eines Kaufes nach Probe. Die Hingabe eines Abschnitts von dem Kleiderstoff, aus dem ein Kleidungsstück geliefert werden soll, kann auch in dem Sinn erfolgen, daß dem Käufer die Anfertigung aus ebendemselben Tuch zugesichert werden soll, von dem das Muster abgeschnitten wurde, nicht aber zugesichert werden soll, daß der zu liefernde Stoff alle einzelnen Eigenschaften des Musters haben solle. Dann liegt kein Kauf nach Probe vor. Ebenso können Kostproben, Ausfallproben, Orientierungsmuster ohne die Absicht der Zusicherung ihrer Eigenschaften für die zu liefernde Ware gegeben werden (RG 47, 129; 94, 336; RG JW 02 Beil 230[96]). Ist eine Ware unter einer landesüblichen Bezeichnung, aber ausschließlich nach Muster verkauft, so genügt der Verkäufer der Vertragspflicht durch Lieferung einer dem Muster entsprechenden Ware auch dann, wenn mit der Musterware tatsächlich die Bezeichnung handelsüblich nicht verbunden ist (RG 8. 1. 18 II 299/17).

2. Nach Probe oder nach Muster. Daß die Probe beim Kaufabschlusse vorliegt oder dem Käufer behändigt wird, ist nicht erforderlich und nicht ausreichend. Die Worte des Gesetzes haben nicht den Sinn: „nach der in den Händen des Käufers befindlichen Probe". Die Möglichkeit, daß nach einem nicht mehr vorhandenen Muster gekauft wird, ist nicht auszuschließen. So insbesondere dann, wenn zuerst ein Probestück gekauft und verbraucht und sodann nach dieser Probe („wie gehabt") die größere Bestellung gemacht wird (RG 23. 2. 04 II 298/03).

Die Nichtaushändigung eines Musters wird oft, wenn schon nicht immer, gegen die Annahme eines Kaufes nach Probe sprechen.

3. **Die Eigenschaften,** also alle Eigenschaften. Das ist indessen nicht buchstäblich zu nehmen. Fast jede Sache hat eine außerordentlich große Menge von — bekannten und unbekannten — Eigenschaften; eine „absolute", ausnahmslose Übereinstimmung von Probe und Ware in allen Eigenschaften liegt ebenso außerhalb des Bereichs der Möglichkeit wie außerhalb des Willens der Beteiligten. Sonst müßten auch verborgene üble Eigenschaften (Mängel) der Probe als mitzugesichert gelten, während doch in Wirklichkeit für deren Abwesenheit gewährleistet werden muß (RG 5. 2. 04 II 300/03). Welche Eigenschaften im einzelnen als die Eigenschaften der Probe zu gelten haben, kann nur unter Würdigung der gesamten Sachlage bestimmt werden. Gesteht der Verkäufer zu, daß nach Probe verkauft ist, behauptet aber eine nur beschränkte Bedeutung des Musters, so ist er beweispflichtig (RG JW 1910, 938[12]). Einer gleichen Prüfung bedarf es für die Frage, ob bei Veränderlichkeit einer Probe ihre Eigenschaften im Augenblicke des Kaufabschlusses oder in einem früheren oder späteren Zeitpunkt als zugesichert gelten sollen. Sobald hiernach feststeht, welche Eigenschaften als zugesichert zu gelten haben, kann es noch weiter zu der Frage kommen, wie genau diese Eigenschaften bei der Ware mit denen der Probe übereinstimmen müssen, ob insbesondere geringfügige Abweichungen in diesen Eigenschaften nach dem wirklichen Willen der Beteiligten, nach Treu und Glauben und nach Verkehrssitte (§§ 133, 157, 242) gestattet sind (RG 20, 32; 19. 12. 02 II 270/02; 31. 5. 18 II 34/18; RG Warn 08 Nr 140; RG 13. 12. 07 II 301/07; OLG 3, 206). So sind z. B. beim Kauf nach „Typ", wenn er Kauf nach Probe ist, zumeist ziemlich weitgehende Abweichungen gestattet. Wenn ein Muster als „Typ" bezeichnet wird, so heißt das, daß es eben nur die typischen Eigenschaften der Ware wiedergibt und die Ware dem Muster nicht in jeder Beziehung zu gleichen braucht (LZ 1915 Sp 354[3]; Recht 1916, 352 Nr 588). Wenn Kalbfelle und nicht Ziegenfelle verkauft sind, schadet es nicht, wenn die vorgelegten Muster Ziegenfelle waren und die Parteien es nicht wußten. Diesen Mustern kommt dann nur die Bedeutung zu, daß nach Art der Muster Kalbfelle gekauft wurden (JW 1919, 710[6]). In der Regel gelten jedoch die Eigenschaften des Musters als zugesichert. Weicht die gelieferte Ware vom Muster ab, so kommt es für den Wandlungsanspruch daher auf die Erheblichkeit des Mangels nicht an (RG 23. 6. 08 III 616/07). Der Käufer kann beim Kauf nach Probe nachträglich heimliche Mängel der Ware rügen (RG 20, 39; 95, 47; 99, 247), da § 494 unter der Herrschaft des in § 459 ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes der Haftung für Vertragsmäßigkeit steht. Der Verkäufer haftet für heimliche Mängel der Probe. Es kann aber auch ausdrücklich vereinbart werden, daß das Einstehen für heimliche Fehler ausgeschlossen und das Muster schlechthin maßgebend sein soll („nur nach Muster": RG 95, 45). „Genau wie beifolgende Muster" (LZ 1914 Sp 277[2]; Recht 1916 Nr 1091). — Die Hingabe des Musters kann auch die Gattung der gekauften Ware bezeichnen sollen. — Bei einem offensichtlich gewagten Geschäft ist eine vorgelegte Probe nicht schlechthin maßgebend, soll oft nur ungefähren Anhalt geben (RG 94, 336). Es ist auch rechtlich zulässig, daß der Verkäufer neben den Eigenschaften der Probe noch andere bestimmte Eigenschaften zusichert (RG 13. 2. 06 II 281/05).

4. **Als zugesichert anzusehen.** Hiernach gelten weiterhin die §§ 459 Abs 2, 460ff. Die Vorschrift ist nicht zwingend, sondern nachgiebig gegen den Willen der Beteiligten. Diese können einzelne Eigenschaften der Probe von der Zusicherung ausnehmen, anderseits kann sich der Käufer neben den Eigenschaften der Probe noch andere Eigenschaften besonders zusichern lassen (RG 27, 165; RG 13. 2. 06 II 281/05; OLG 22, 238).

5. **Für den Beweis der Probemäßigkeit** oder der Probewidrigkeit gilt im allgemeinen das zu § 459 über den Beweis des Vorhandenseins oder des Nichtvorhandenseins der zugesicherten Eigenschaften Gesagte. Ist die Probe ausgehändigt, muß der Käufer beweisen, daß nicht nach Probe gekauft sei (ROHG. 15, 171). Behauptet der Käufer, der die Ware wegen Probewidrigkeit zurückgewiesen hat, das vom Verkäufer vorgelegte Muster sei nicht das vereinbarte, so trifft den Verkäufer die Beweislast (RG 4. 1. 10 II 161/09). Ob ein Beteiligter die Pflicht zur Aufbewahrung der Probe für den Streitfall im Sinne der Übernahme der Beweislast bei Verlust durch seine Schuld übernommen hat, ist nach den Umständen des Falles festzustellen. Die Probe kann dem Verkäufer, Käufer oder einem Dritten zur Aufbewahrung anvertraut werden. Eine Verpflichtung zur Aufbewahrung besteht nur bei vertragsmäßiger Übernahme (SeuffA 39 Nr 206; 51 Nr 123). Für den Handelsmäkler nach HGB § 96. Es liegt aber im eigenen Interesse des Käufers, die Probe aufzubewahren, sonst muß er anderweit den Beweis ihrer Beschaffenheit bringen. Hat der Verkäufer den Untergang der Probe verschuldet, trifft ihn der Beweis für die gegenteilige Beschaffenheit der Probe. An der Beweislast des Verkäufers für die Probemäßigkeit der Ware wird nichts geändert (ROHG 12, 17; vgl. aber § 363). Über Beweis der Identität der Probe und die Folgen ihres Verlusts vgl. RG 11, 36; 29, 88.

§ 495

Bei einem Kaufe auf Probe oder auf Besicht[1]) steht die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers[2]). Der Kauf ist im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen.

Der Verkäufer ist verpflichtet, dem Käufer die Untersuchung des Gegenstandes zu gestatten[3])[4])[5])[6]).

E I 471, 472 II 431; M 2 333, 335; P 2 77, 78.

1. **Kauf auf Probe oder auf Besicht** ist Kauf unter der aufschiebenden Bedingung, daß Käufer späterhin das Beharren beim Kauf nochmals erklärt. Probieren oder Besichtigen ist — in der Regel — Zweck der Bedingung, aber nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit der Erklärung des Käufers. Wesentlich jedoch ist dem Kauf auf Probe, daß ein Kaufvertrag zwischen den Beteiligten überhaupt schon zustande gekommen ist (RG 94, 287). Der Verkäufer ist während des Schwebens der Bedingung bereits einseitig gebunden. Der Käufer hat die Rechte und Pflichten aufschiebend bedingt übernommen. Daß die Billigung aufschiebende Bedingung sei, ist zwar im Zweifel anzunehmen, sie kann aber auch als auflösende Bedingung gewollt sein, etwa wenn der Käufer schon den Kaufpreis bezahlt hat. Auch der Kauf auf Besicht erfordert die Einigung der Parteien über alle wesentlichen Punkte eines Kaufes. Er ist zu unterscheiden von einem „festen Angebot" RG 4. 11. 19 II 141/19). Würde ein Bevollmächtigter einen Kaufvertrag für seinen Vollmachtgeber unter der Bedingung abschließen, daß dieser die entnommene Probe und damit den Kauf selbst ausdrücklich billigt, so würde darin allein ein „Kauf auf Probe" noch nicht liegen. Die Auffassung, daß der Kauf auf Probe lediglich die Natur eines Vorvertrags zu einem späteren Kaufvertrag habe, widerspricht dem Wortlaute des Gesetzes. Ob ein Kauf auf Probe von den Parteien gewollt und geschlossen ist, muß nach den Umständen des Falles entschieden werden, zumal der Gebrauch der Worte: zur Probe, auf Probe, als Probe usw. im Verkehr schwankend ist (RG JW 1912, 28[9]). Über „Kauf zur Probe" vgl. bei § 433. Wegen der Beweislast vgl. § 433. Ein Kauf auf Probe liegt nicht vor, wenn der Käufer nur für den Fall, daß die gelieferten Maschinen den bedungenen Anforderungen nicht entsprechen würden, berechtigt sein sollte, die Annahme abzulehnen (RG 9. 4. 01 VII 48/01). Auch beim Kauf auf Besicht ist der Verkäufer nicht ohne weiteres von jeder Gewährleistungspflicht für etwaige Sachmängel befreit (JW 06, 549[7]). Maßgebend ist aber nicht der Abschluß des Vertrags, sondern die Zeit der Billigung durch den Käufer (JW 1912, 858[13]). Daher hat der Verkäufer nur solche Sachmängel zu vertreten, die der Käufer zur Zeit der Billigung weder kannte noch infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte (RG 94, 287).

2. **Belieben des Käufers,** d. i. volle Freiheit, die Billigung zu erklären oder zu versagen. Der Käufer kann die Billigung auch dann versagen, wenn die gekaufte Sache mangelfrei ist. Ist vereinbart, daß die Billigung nur beim Vorliegen von Mängeln versagt werden darf, so liegt kein Kauf auf Probe im Sinne der §§ 495, 496 vor (RG 9. 4. 01 VII 48/01). Gründe für die Versagung der Billigung braucht der Käufer nicht anzugeben. Fügt er Gründe bei, so ist dies bedeutungslos selbst dann, wenn sie nicht stichhaltig sind oder sich nicht auf „den gekauften Gegenstand" beziehen. So z. B. wenn der Käufer die Billigung mit der Begründung versagen sollte, daß ihm augenblicklich die Mittel zur Bezahlung fehlten. Für die Anwendung des § 226 auf die Versagung der Billigung wird in der Regel, für die Anwendung des § 226 auf die Erklärung der Billigung überhaupt kein Raum sein.

3. **Gestatten der Untersuchung.** Inwieweit hierzu Übergabe zur Probe und Besichtigung nötig ist, richtet sich mangels Vereinbarung nach den Umständen des Falles. Der Anspruch auf Gestattung ist im Klagewege selbständig verfolgbar, seine Erfüllung im Zwangsvollstreckungsweg erzwingbar. Der Annahme, daß Zwang zur Gestattung nur auf dem Wege des § 888 ZPO möglich sei, kann nicht beigetreten werden. Soweit insbesondere der Verkäufer verpflichtet ist, Sachen zur Probe zu übergeben, besteht die Möglichkeit, ihm die Sache zur Übergabe an den Käufer behufs Untersuchung durch den Gerichtsvollzieher wegnehmen zu lassen. Frei steht dem Käufer daneben auch noch der Weg der §§ 283 u. 326 (OLG 20, 183). Der Verkäufer einer Gattungsware, der die Mustersendung verweigert, kann nicht mit dem Einwand gehört werden, daß die Ware so schlecht gewesen sei, daß sie die Billigung des Käufers nicht gefunden haben würde. Der Verkäufer muß sich dann so behandeln lassen, als ob er Ware mittlerer Art und Güte geliefert und der Käufer die Ware gebilligt hätte (RG 93, 254; LZ 1919 Sp 868[17]).

4. **Kauf auf Umtausch.** Der dem Verkäufer vom Käufer eingeräumte Vorbehalt, den gekauften Gegenstand, wenn er nicht passen oder gefallen sollte, umzutauschen, kann einen Kauf auf Probe in sich bergen. Die Vereinbarung kann den Sinn haben, daß die Ausübung der Befugnis, die Billigung nach §§ 495, 496 zu versagen, an die Bedingung geknüpft sein

soll, daß der Käufer vom Verkäufer aus dessen Vorräten einen andern Gegenstand zu gleichem oder höherem Preise kauft. Ob bei einer auf Bestellung gemachten **Auswahlsendung** oder **Mustersendung** ein Kauf auf Probe zugrunde liegt, kann zweifelhaft, wird aber in der Regel zu verneinen sein. Dem Kauf **„auf Abruf“** liegt stets ein festes Kaufgeschäft zugrunde.

5. Auch beim Kauf auf Probe geht die **Gefahr** mit der Übergabe auf den **Käufer** über, denn von da an hat nur er allein die Möglichkeit, über die Sache zu wachen und über sie zu verfügen. Der Übergang ist aber abhängig vom Vorliegen eines unbedingten Kaufvertrags. Erst wenn der bedingte Vertrag unbedingt geworden ist, ist daher auch der Gefahrübergang unbedingt. Bis dahin ist er durch den bedingten Kauf bedingt.

6. **Folgen der Billigung.** Hat der Käufer gebilligt, so ist die Bedingung des Kaufvertrags eingetreten, der Kauf zu einem unbedingten geworden, auch wenn die Billigung vor Ablauf der vereinbarten Erklärungsfrist erfolgte (SeuffA 48 Nr 16). Dies und nicht mehr ist aus § 495 abzuleiten. Billigung und Mißbilligung sind keine rechtsgeschäftlichen (gestaltenden) Willenserklärungen, sondern bloße tatsächliche Willenskundgebungen. Die Wirkung tritt ein, auch wenn keine Besichtigung erfolgte (**RG** 94, 287). Ob in der Billigung eine „Billigung des Kaufgegenstandes“ in dem Sinne liegt, daß der Käufer ihn so, wie er ist, als vertragsgemäß anerkennt und auf das Recht verzichtet, Mängel zu rügen und Gewährleistung wegen solcher zu verlangen, ist eine Frage, zu deren Lösung § 495 nichts beiträgt. Nach den Umständen des einzelnen Falles ist zu beurteilen, ob die Beteiligten über § 495 hinaus bestimmt haben, daß die Billigung auch die Nebenwirkung des Verlustes des Gewährleistungsanspruchs haben soll, und ob die Billigungserklärung auch eine Verzichtserklärung solchen Inhalts umfaßt. Dabei kann die Dauer der Probefrist, die Erkennbarkeit der Mängel von entscheidendem Einflusse sein. Ein Rechtssatz aber des Inhalts, daß durch die Billigung in jedem Falle auf spätere Geltendmachung der Mängel verzichtet werde, die im Augenblicke der Abgabe der Erklärung erkennbar waren, ist nirgends ersichtlich (**RG** JW 1912, 858[13]; **RG** 22. 6. 12 I 39/12; a. M. Crome 1, 485). Er kann auch nicht aus § 460 abgeleitet werden; denn § 460 findet beim Kauf auf Probe unmittelbare Anwendung, beschränkt aber den Verlust der Mängelrüge auf den Fall, daß der Mangel dem Käufer beim Kaufabschlusse bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war. Zuzugeben ist als notwendige Folge des im § 460 liegenden Gesetzesgedankens nur so viel, daß der Probekäufer nicht nur dann der Rüge verlustig ist, wenn die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Mangels im Augenblicke des Kaufabschlusses bestand, sondern auch dann, wenn sie im Augenblicke der Billigungserklärung bestand. Kein Bedenken ist anderseits zu erheben gegen die Annahme, daß in Gewährschaftsfällen die Gewährfrist nach der Übergabe des auf Probe verkauften Tieres neben der Probefrist laufen kann, und daß die durch § 377 HGB bei beiderseitigen Handelsgeschäften dem Käufer auferlegte Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung nicht erst nach dem Ablaufe der Probefrist eintritt. Der Käufer wird also im letzteren Falle, wenn er die Probefrist nicht zur Untersuchung benutzt hat, nach der Billigungserklärung eine wirksame Mängelanzeige nicht mehr machen und im ersteren Falle nach der Billigungserklärung den Hauptmangel nur dann rügen können, wenn die Gewährfrist sich über die Probefrist hinaus erstreckt. Bei **Versagung der Billigung** hat der Käufer den ihm zur Probe übergebenen Gegenstand zurückzugeben. Die Kosten der Rückgabe und Rücksendung wird der Käufer zu tragen haben, wenn nicht der Verkäufer es im Vertrag übernommen hat, den Gegenstand im Falle der Mißbilligung auf seine Kosten zurückzuholen.

§ 496

Die Billigung eines auf Probe oder auf Besicht gekauften Gegenstandes kann nur innerhalb der vereinbarten Frist[1]) und in Ermangelung einer solchen nur bis zum Ablauf einer dem Käufer von dem Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklärt werden[2]). War die Sache dem Käufer zum Zwecke der Probe oder der Besichtigung übergeben, so gilt sein Schweigen als Billigung[3])[4]).

E I 473 II 432; M 2 335, 336; P 2 77, 78; 6 172.

1. **Billigungsfrist.** Vgl. §§ 187—193. Zu beachten ist, daß bei Gebrauchsgegenständen die vereinbarte Frist auch als Gebrauchsfrist gemeint sein kann derart, daß dem Käufer zur Erprobung der Sache die gesetzte Frist voll bleiben und die Pflicht zur Erklärung erst nach Ablauf dieser Frist obliegen soll. Anderseits kann nach dem Willen der Beteiligten auch eine Verkürzung der Gebrauchsfrist sich z. B. daraus ergeben, daß der Käufer die Pflicht übernimmt, im Falle der Versagung der Billigung den gekauften Gegenstand noch innerhalb der Frist an den Verkäufer zurückgelangen zu lassen (**RG** 22. 11. 07 II 297/07). Solange der Verkäufer die Untersuchung nicht gestattet, läuft die Frist zur Erklärung nicht. Es hängt

nicht vom Willen des Verkäufers ab, ob er die ihm verspätet zugegangene Billigungserklärung gelten lassen will. § 149 ist nicht entsprechend anzuwenden, wohl aber § 150.

2. Billigungserklärung. Einseitig mitteilbare, mangels besonderer Vereinbarung einer Form nicht bedürftige Erklärung (vgl. §§ 130—132).

3. Schweigen als Billigung. Doch kann im Zurücksenden des zur Probe übergebenen Gegenstandes unter Umständen die Erklärung der Mißbilligung erblickt werden.

4. Wer die Kosten der Zurückgabe zu tragen hat, ist aus dem Vertrag oder der Verkehrssitte zu entnehmen (ROHG 24, 48).

2. Wiederkauf

§ 497

[1]) Hat sich der Verkäufer in dem Kaufvertrage[2]) das Recht des Wiederkaufs vorbehalten[3]), so kommt der Wiederkauf mit der Erklärung des Verkäufers gegenüber dem Käufer, daß er das Wiederkaufsrecht ausübe, zustande[4]). Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form[5]).

Der Preis[6]), zu welchem verkauft worden ist, gilt im Zweifel auch für den Wiederkauf.

E I 476, 477 II 433; M 2 339—341; P 2 81, 82.

1. Allgemeines. Es gibt verschiedene Theorien über das Wiederkaufsrecht (Hohmann, Wiederkaufsrecht, 1908). Nach der einen Meinung ist der Vertrag darüber ein Vorvertrag als pactum de vendendo. Dies steht aber in Widerspruch mit § 497, wonach durch die einseitige Erklärung des Berechtigten der Kauf zustande kommt. Nach anderen liegt ein suspensiv bedingter Rückkauf vor. Wieder andere sehen im Wiederkauf überhaupt keinen Kaufvertrag, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, durch das der Verkäufer ein Schuldverhältnis begründet, das ihn als Käufer und den anderen Teil als Verkäufer berechtigt und verpflichtet (nach Schollmayer, Schuld S. 40, ein „Einlösungsrecht"; vgl. auch Gierke, Deutsches Privatrecht 3, 499). — Der Verkäufer hat das Recht, durch einseitige Willenserklärung einem bereits im Verkauf abgeschlossenen Wiederkaufsvertrag rechtliche Wirksamkeit zu verleihen. Der Wiederkauf ist bereits Inhalt des Hauptvertrags. Der Vorgang zerfällt in zwei Rechtsgeschäfte uno actu: den ursprünglichen Kauf und den angeschlossenen Wiederkauf, der unter der aufschiebenden Bedingung steht, daß der Wiederkäufer die Wiederkaufserklärung abgibt. Die Erklärung bedarf nicht der Annahme, durch sie kommt unmittelbar und automatisch der Wiederkauf zustande. Sie ist auch nicht Annahme eines früheren Kaufangebots des Käufers. Der ursprüngliche Kaufvertrag muß gültig sein, sonst ist kein Anschluß möglich (RG 74, 1). Nach den Motiven bedeutet das Wiederkaufsrecht ein Reurecht, den Vorbehalt des Rücktritts. Eine Befristung und Bedingung des Wiederkaufsrechts selbst ist ebenfalls möglich. Dann entsteht es erst mit der Bedingung. Auseinanderzuhalten sind zwei Rechtsvorgänge: die Vereinbarung, daß der Verkäufer berechtigt sein soll, den Kaufgegenstand wieder zu kaufen, der Käufer aber verpflichtet, dem Verkäufer auf Verlangen die gekaufte Sache wieder zu verkaufen (Wiederkaufsvorbehalt), und die Ausübung des Wiederkaufsrechts (Wiederkauf). Die in dem Wiederkaufsvorbehalte dem Käufer auferlegte Verpflichtung ist bedingt durch das Wollen des Verkäufers, also des Berechtigten. Die Verpflichtung zum Wiederverkauf würde, strenggenommen, lediglich eine Verpflichtung enthalten, mit dem Verkäufer einen Vertrag über den Rückverkauf erst noch abzuschließen. Das Gesetz geht jedoch weiter. Es vermeidet den Umweg, daß durch die Erklärung des Berechtigten, er übe sein Wiederkaufsrecht aus, nur erst die Verpflichtung des Käufers zum Abschlusse des Wiederverkaufs eintritt, und läßt unmittelbar den Rechtszustand eintreten, der aus der Erfüllung der Wiederverkaufsverpflichtung entspringt. Durch die Erklärung des Berechtigten wird so der Wiederkauf selbst unmittelbar verwirklicht. Da auf diese Weise der Abschluß des Wiederverkaufsvertrags erspart wird, so ergibt sich, daß schon der Vorbehaltsvertrag dem Käufer eine bedingte Verpflichtung auferlegt, das Eigentum an der Sache dem Verkäufer zurückzugewähren (RG 69, 281; RG JW 1911, 320[7]).

Das Wiederkaufsrecht ist Vermögensrecht, kann sich auf Kaufgegenstände jeder Art beziehen, und seinem Inhalte nach in der Regel im Gegensatz zum Vorkaufsrecht vererblich und veräußerlich, pfändbar und geeignet, zur Konkursmasse zu gehören. Der Konkursverwalter kann das Recht ausüben. Dies ergibt sich daraus, daß das Gesetz, das bei dem gleichartigen Falle des Vorkaufsrechts die Übertragbarkeit und Vererblichkeit im Zweifel für ausgeschlossen erklärt, beim Wiederkaufsrechte schweigt. Anderseits ist es nach der Natur

des Wiederkaufsrechts möglich, durch Vereinbarung die Übertragbarkeit und Vererblichkeit auszuschließen; die Unpfändbarkeit eines solchen Wiederkaufsrechts ergibt sich aus § 857 ZPO.

2. Das BGB kennt nur ein durch Vorbehalt **im Kaufvertrag** begründetes Wiederkaufsrecht. Der Wortlaut zwingt nicht dazu, die Einräumung des Wiederkaufsrechts auf den Fall des Vorbehalts im Kaufvertrage selbst zu beschränken. Ein sachlicher Grund dazu würde fehlen. Auch M 2, 339 ist angenommen, daß der Vorbehalt in Ergänzung des Kaufvertrags nachher vereinbart werden kann. Man wird noch weitergehen und auch die Rechtsnachfolger der Kaufvertragschließenden zur Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehalts zulassen dürfen. Immer aber muß dann das Wiederkaufsrecht nachträglich zum Inhalt des ursprünglichen Kaufvertrags erhoben werden. Sofern ein völlig selbständiger Vertrag vorliegt, finden die Regeln des § 497 unmittelbar jedenfalls keine Anwendung. Dagegen ist auf alle Fälle ein Vertrag als Entstehungsgrund für das Wiederkaufsrecht nötig. Gesetzliche Wiederkaufsrechte kennt das BGB nicht. Sie können nur kraft Landesrechts auf den der Landesgesetzgebung vorbehaltenen Rechtsgebieten bestehen. Es gibt also nur ein persönliches obligatorisches Wiederkaufsrecht, kein dingliches. Der Wiederkaufsanspruch kann aber durch eine Vormerkung dinglich gesichert werden, wenn er auf ein Grundstück oder Recht an einem Grundstück geht (**RG** 69, 281). Sonst wirkt es gegen einen Dritten selbst dann nicht, wenn er beim Erwerb der Sache das Wiederkaufsrecht gekannt hat. Unter Umständen kann jedoch ein Schadensersatz nach § 826 begründet sein.

3. **Ein Wiederkaufsvorbehalt** im eigentlichen Sinne ist dann nicht gegeben, wenn die Vereinbarung dahin geht, daß der Käufer die Kaufsache auf Verlangen nicht an den Verkäufer oder seine Rechtsnachfolger, sondern an einen Dritten im Wiederverkaufswege zurückzugewähren verpflichtet sein soll. Nach dem allgemeinen Grundsatze der Vertragsfreiheit auf dem Gebiete des Rechtes der Schuldverhältnisse und nach der Bestimmung des § 328 ist es jedoch möglich, dem Dritten die gleichen Rechte einzuräumen, die sich der Verkäufer durch den Wiederkaufsvorbehalt sichern kann. Ergibt sich dies als der Wille der Vertragschließenden, so werden auf das Rechtsverhältnis außer den §§ 328ff. auch die §§ 497 ff. anzuwenden sein (RJA 9, 263). Überhaupt kein Wiederkauf kommt dann in Frage, wenn der Gegenstand, der dem Berechtigten zu gewähren ist, nicht der verkaufte Gegenstand ist. Ist ein Inbegriff von Gegenständen verkauft und dabei ein Wiederkaufsrecht derart bedungen, daß Einzelstücke, die inzwischen vom Käufer als Ersatz für abgegangene oder sonst zur Ergänzung nachgeschafft sind, im Falle der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts dem Wiederkäufer zum Ankaufs- oder Schätzungspreis mit übergeben werden sollen, so kann von einem Wiederkauf jedenfalls dann nicht gesprochen werden, wenn der ganze Bestand sich derart geändert hat, daß von den ursprünglich verkauften Stücken keines mehr vorhanden ist. Einer entsprechenden Anwendung der Grundsätze über den Wiederkauf steht jedoch, wenn sie sich als im Willen der Beteiligten gelegen erweist, kein Hindernis im Wege (**RG** 20. 4. 06 IV 380/05). Auch dem Käufer kann ein Wiederverkaufsrecht vorbehalten werden. Es ist im BGB nicht geregelt, die Vorschriften des § 497 sind aber entsprechend anzuwenden.

4. Durch die **Erklärung,** die als einseitig mitteilbare Erklärung einer Annahme nicht bedarf, erhält der bisherige Wiederkaufsberechtigte die Stellung des Wiederkäufers, sein Gegner die des Wiederverkäufers, der früher verkaufte Gegenstand ist zurückverkauft. Die Erklärung braucht nicht tempore opportuno zu geschehen (**RG** 37, 281). Sie kann auch eventuell mit der Anfechtung des ursprünglichen Kaufes abgegeben werden (**RG** 97, 273).

5. Die Vorschrift tritt der Annahme entgegen, daß die **Erklärung,** das Wiederkaufsrecht **ausüben** zu wollen, den **Formbestimmungen** für den Kaufvertrag unterliege, weil sie den Wiederkauf verwirklicht. Der Hauptfall, den das Gesetz im Auge hat, ist der des § 313. Handelt es sich um ein Grundstück, so soll die Erklärung über die Ausübung des Wiederkaufsrechts dem Zwange des § 313 nicht unterliegen. Mitgetroffen sind aber auch die Fälle, in denen für den Kaufvertrag durch Parteivereinbarung eine besondere Form bestimmt ist. Haben die Beteiligten für die Erklärung der Ausübung des Wiederkaufsrechts selbst eine besondere Form bestimmt, so ist deren Beobachtung erforderlich.

Welcher Form die **Vereinbarung** über den Wiederkaufsvorbehalt bedarf, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Soweit der Vorbehalt in dem ursprünglichen Kaufvertrag als dessen Bestandteil enthalten ist, erstrecken sich die Formbestimmungen für den Hauptvertrag ohne weiteres auch auf den Vorbehalt. Ist der Vorbehalt aber nachträglich selbständig vereinbart, so muß auch die Frage der Form für ihn selbständig gelöst werden. Bezieht er sich auf ein Grundstück, so ist § 313 anzuwenden; denn durch die Vorbehaltsvereinbarung übernimmt der Käufer die nur durch das Verlangen des Verkäufers bedingte Verpflichtung, das Eigentum an dem Kaufgegenstande zurückzuübertragen (**RG** 21. 1. 11. V 252/10). Fraglich kann sein, inwieweit ein ohne die Beobachtung der Form des § 313 Satz 1 geschlossener Vertrag über die Einräumung des Wiederkaufsrechts nach § 313 Satz 2 durch die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch gültig wird. Daß die Heilung jedenfalls eintritt, wenn nach Ausübung des Wiederkaufsrechts der Wiederkäufer zur Eintragung gelangt, kann keinem Zweifel unter-

liegen. Zweifelhafter ist, ob auch schon die Eintragung des Käufers und Wiederkaufsverpflichteten die gleiche heilende Wirkung hat. Die Frage wird zu verneinen sein für den Fall, daß die Wiederkaufsvereinbarung erst nach der Eintragung des Käufers in das Grundbuch getroffen wird, weil in diesem Falle die Heilung dem Wortlaute des § 313 Satz 2 widerstreitet (RG JW 1911, 320[7]), dagegen zu bejahen, wenn die Vereinbarung vor Eintragung und Auflassung des Käufers erfolgte. Im übrigen wird die Heilung auch dann anzunehmen sein, wenn die Wiederkaufsvereinbarung lediglich als Nebenabrede des Kaufvertrags erscheint.

6. Nicht der vereinbarte, sondern der wirklich empfangene **Preis** ist maßgebend (RG 5, 199: für preußisches Landrecht). Der Wuchereinwand gegen den Wiederkaufspreis ist nicht möglich, wenn die gesetzliche Präsumtion zutrifft, wohl aber, wenn er abweichend von der Vermutung des Abs 2 vereinbart worden ist.

§ 498

Der Wiederverkäufer ist verpflichtet[1]), dem Wiederkäufer den gekauften Gegenstand nebst Zubehör[2]) herauszugeben[3]).

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts eine Verschlechterung, den Untergang oder eine aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes verschuldet oder den Gegenstand wesentlich verändert, so ist er für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Ist der Gegenstand ohne Verschulden des Wiederverkäufers verschlechtert oder ist er nur unwesentlich verändert, so kann der Wiederkäufer Minderung des Kaufpreises nicht verlangen[4]).

E I 478 II 434; M 2 342, 343; P 2 82—86.

1. **Die Verpflichtung des Wiederverkäufers** ist nur persönliche Verpflichtung; dingliche Wiederkaufsrechte können im Anwendungsbereiche des BGB seit dessen Inkrafttreten nicht mehr bestellt werden (EG Art 189). Vor dem Inkrafttreten des BGB entstandene dingliche Wiederkaufsrechte bleiben mit dem früheren Rang und Inhalt bestehen (EG Art 184). Ist hinsichtlich eines verkauften Grundstücks das Wiederkaufsrecht vorbehalten, so kann zur Sicherung des Anspruchs des Wiederkäufers auf Herausgabe nach § 883 eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden, und zwar nicht erst nach Ausübung des Wiederkaufsrechts, sondern schon nach der Vereinbarung über den Wiederkaufsvorbehalt (RG 69, 281; RJA 9, 263).

Die Aufzählung der Verpflichtungen des Wiederverkäufers im § 498 ist nicht erschöpfend. Hilfsweise sind die allgemeinen Vorschriften über die Verbindlichkeiten des Verkäufers beim Kauf heranzuziehen, soweit nicht die besonderen Verhältnisse des Wiederkaufs entgegenstehen.

2. **Zubehör.** Alles, was im Augenblick der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts Zubehör ist (§§ 97, 98). Damit ist der Wiederverkäufer indessen der Verantwortlichkeit für die im Augenblick seines Erwerbs der Sache vorhandenen Zubehörstücke nicht entbunden. Hat er solche ohne genügenden Ersatz beseitigt und dadurch den Gegenstand verschlechtert, so ist er nach Abs 2 schadensersatzpflichtig. Nicht mit herauszugeben ist solches Zubehör, das zu einer Einrichtung gehört, die der Wiederverkäufer nach § 500 Satz 2 vor der Herausgabe des verkauften Gegenstandes wieder wegnimmt. Die Nutzungen sind nicht herauszugeben, aus dem vergüteten Kaufpreis sind auch keine Zinsen zu entrichten.

3. **herauszugeben:** in der Fassung abweichend vom § 433, der den Verkäufer für verpflichtet erklärt, dem Käufer die Sache zu übergeben, und das Eigentum zu verschaffen; gemeint ist aber auch hier dasselbe, wie sich aus § 499 ergibt. Ebenso versteht es sich von selbst, daß der Wiederkäufer den Preis zu zahlen hat. Die beiderseitigen Leistungen sind Zug um Zug zu erfüllen.

4. **Haftung für Sachmängel und Herausgabeunmöglichkeit.** Die Vorschrift des Abs 2 zieht der Haftungsverbindlichkeit des Wiederverkäufers wesentlich engere Schranken als sie in den allgemeinen Vorschriften über die Haftungsverbindlichkeiten des Verkäufers gesetzt sind. Frei ist der Wiederverkäufer vor allem von der Haftung für alle Mängel, die der Gegenstand schon hatte, als er ihn vom Verkäufer bekam. Aber auch die von da ab bis zur Ausübung des Wiederkaufsrechts eingetretenen Verschlechterungen hat er nur dann zu vertreten, wenn sie nicht unwesentlich sind und er sie verschuldet hat. Daraus, daß das Gesetz dem Wiederverkäufer im Falle unverschuldeter Verschlechterung des Kaufgegenstandes, das Recht auf Schadensersatz und auf Kaufpreisminderung versagt, wird nicht geschlossen werden dürfen, daß es ihm in diesem Falle doch die Wandlung gestatten will. Man wird vielmehr anzunehmen haben, daß für diesen Fall die Vorschriften der §§ 459—493 über die Gewähr-

leistung wegen Mängel der Sache überhaupt nicht anzuwenden sind und daß der Wiederkäufer gegebenenfalls auf die Anfechtung seiner Wiederkaufserklärung gemäß §§ 119 ff. angewiesen ist.

Ist die Unmöglichkeit der Herausgabe des gekauften Gegenstandes in der Zeit von der Übergabe an den Käufer bis zur Ausübung des Wiederkaufsrechts ohne Verschulden des Wiederverkäufers eingetreten, so sind die §§ 323, 281 anzuwenden. Für den Fall des Eintritts der Verschlechterung oder der Unmöglichkeit der Herausgabe in der Zeit nach der Ausübung des Wiederkaufsrechts gelten die allgemeinen Grundsätze uneingeschränkt.

§ 499

Hat der Wiederverkäufer vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, so ist er verpflichtet, die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen[1]. Einer Verfügung des Wiederverkäufers steht eine Verfügung gleich, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Konkursverwalter erfolgt[2].

E I 478 II 434; M 2 343; P 2 85, 86.

1. **Rechte Dritter.** Der Wiederkaufsvorbehalt hindert den Käufer weder rechtlich, über den gekauften Gegenstand durch Veräußerung oder Belastung zu verfügen, noch verpflichtet er ihn, solche Verfügung zu unterlassen. Anderseits wird aber auch der Käufer durch die Verfügung über den gekauften Gegenstand von seiner Verpflichtung, den Gegenstand im Falle der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts dem Wiederkäufer herauszugeben, nicht befreit. Er verfügt auf seine eigene Gefahr. Seine Sache ist es, bei der Verfügung dafür zu sorgen, daß ihm die Erfüllung der Verbindlichkeit, im Falle der Geltendmachung des Wiederkaufsrechts die von ihm begründeten Rechte Dritter zu beseitigen, nicht unmöglich wird. Er hat darum die etwa durch die Verfügung entstandene Unmöglichkeit der Leistung zu vertreten und den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 498).

2. **Zwangsvollstreckung.** Nicht jede Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung fällt unter Satz 2. Wird dem Käufer im Entwehrungsstreite die gekaufte Sache entzogen, so kann der Verkäufer sich nicht auf Satz 2 berufen. Das gleiche gilt für den Fall der Zwangsenteignung und der zwangsweisen Belastung aus öffentlichrechtlichen Gründen. Es muß aber auch für den Fall gelten, daß bei Gemeinschaft nach Bruchteilen ein Anteil unter Wiederkaufsvorbehalt verkauft ist und daß hinterher auf den Antrag eines andern der gemeinschaftliche Gegenstand zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft nach den Vorschriften des Pfandverkaufs oder im Wege der Zwangsversteigerung veräußert wird. Denn in allen diesen Fällen ist die Veräußerung (oder Belastung) überhaupt nicht auf den Käufer zurückzuführen; er kann darum auch nicht gehalten sein, sie zu vertreten.

§ 500

Der Wiederverkäufer kann für Verwendungen[1], die er auf den gekauften Gegenstand vor dem Wiederkaufe gemacht hat, insoweit Ersatz verlangen, als der Wert des Gegenstandes[2] durch die Verwendungen erhöht ist. Eine Einrichtung, mit der er die herauszugebende Sache versehen hat, kann er wegnehmen[3].

E I 479 II 435; M 2 344; P 2 84, 87, 88; 6 173, 174.

1. **Verwendungen.** Im Gegensatze zu E I 479 unterscheidet das Gesetz nicht zwischen notwendigen und nicht notwendigen Verwendungen. Da der Wortlaut klar ist und auch der Zusammenhang mit den übrigen Gesetzesvorschriften keinen Zweifel bringt, ist für eine Auslegung dahin, daß werterhöhende Verwendungen keinen Ersatzanspruch begründen, wenn sie notwendig waren, kein Raum. Die Auslegung ist um so mehr abzulehnen, als sie zu unangemessenen Ergebnissen führen müßte. Wer das Dach des unter Wiederkaufsvorbehalt gekauften Hauses neu decken läßt und dadurch den Wert des Hauses um 1000 Mk. erhöht, sollte Ersatzanspruch haben, wenn die Maßregel nicht notwendig war, nicht aber, wenn sie notwendig war? Diese Annahme kann auch nicht durch den Hinweis darauf gerechtfertigt werden, daß nach § 498 Abs 2 der Wiederverkäufer verpflichtet sei, den gekauften Gegenstand vor Untergang und Verschlechterung zu schützen. § 500 bezieht sich nur auf Verwendungen vor der Ausübung des Wiederkaufs. Für spätere vgl. § 450.

2. **Wertmaßstab.** Die Frage der Werterhöhung ist nach sachlichem Maßstabe zu prüfen. Dem Wiederverkäufer kann der Ersatz von Verwendungen nicht versagt werden, die den Wert

der Sache für jedermann erhöhen, wenn auch der Wiederkäufer nach seinen besonderen Verhältnissen daran kein Interesse haben sollte. Anderseits kann dem Wiederkäufer der Ersatz von Verwendungen nicht zugemutet werden, die den Wert einzig nur in der Hand des Wiederverkäufers erhöhen. Zu vergleichen ist der Wert, den der Gegenstand im Augenblicke der Hingabe an den Käufer hatte, mit dem Werte, den er infolge der Verwendungen im Augenblicke der Herausgabe an den Wiederkäufer hat. Ein in der Zwischenzeit vorhanden gewesener, bei der Herausgabe aber nicht mehr vorhandener Mehrwert kommt nicht in Betracht. Nach Prot 2, 88 soll für die „Frage der Bereicherung des Wiederkäufers" maßgebend sein nicht der Zeitpunkt der Herausgabe der Sache, sondern der Zeitpunkt des Abschlusses des Wiederkaufs. In den Gesetzesworten hat diese Absicht der Kommission II. Lesung keinen Ausdruck gefunden. Die Natur des in Frage kommenden Ersatzanspruchs aber deutet auf den Zeitpunkt der Herausgabe. Der Ersatzanspruch des § 500 ist seiner Natur nach Bereicherungsanspruch im Gegensatze zu dem des § 450, dem der Bereicherungsgedanke fern liegt. Die Bereicherung aber ist erst im Augenblicke der Leistung vorhanden, wenn der Wiederkäufer mehr erhält, als er hingegeben und als er zu beanspruchen hat. Den Zeitpunkt der Abgabe der Wiederkaufserklärung als maßgebend anzunehmen ist aber auch kaum vereinbar mit Satz 2 des § 500.

3. **Wegnahme von Einrichtungen.** Vgl. § 258. Zur Wegnahme von Einrichtungen ist der Wiederverkäufer nur berechtigt, nicht verpflichtet. Ist infolge der Einrichtung der Gegenstand verschlechtert oder wesentlich verändert, so kommt § 498 Abs 2 zur Anwendung. Hat die Einrichtung eine Verbesserung und Werterhöhung zur Folge, so kann der Wiederverkäufer für seine Verwendungen darauf nach Abs 1 Ersatz verlangen; der Wiederkäufer kann die Ersatzleistung nicht mit dem Hinweise auf das Recht zur Wegnahme verweigern.

§ 501

[1]) Ist als Wiederkaufpreis der Schätzungswert vereinbart, den der gekaufte Gegenstand zur Zeit des Wiederkaufs hat, so ist der Wiederverkäufer für eine Verschlechterung, den Untergang[2]) oder die aus einem anderen Grunde eingetretene Unmöglichkeit der Herausgabe[3]) des Gegenstandes nicht verantwortlich, der Wiederkäufer zum Ersatze von Verwendungen nicht verpflichtet[4]).

E I 480 II 436; M 2 344; P 2 12.

1. **Wiederkauf zum Schätzungswert.** Während die §§ 498 Abs 2, 500 von der Unterstellung ausgehen, daß die Vertragschließenden durch Bestimmen des Verkaufspreises zum Wiederkaufspreise ausdrücken wollen, der verkaufte Gegenstand solle im Falle des Wiederkaufs so herausgegeben werden, wie ihn der Käufer erhalten hat, unterstellt § 501 für den Fall des Wiederkaufs zum Schätzungswert, daß die Sache in dem Zustande wiedergekauft sein soll, in dem sie sich bei der Ausübung des Wiederkaufsrechts befindet. Den Beteiligten steht selbstverständlich im einen wie im andern Falle frei, anders zu bestimmen.

2. **Keine Haftung für Verschlechterung und Zerstörung.** Der Gegensatz, in den sich § 501 zu § 498 Abs 2 hinsichtlich der Verschlechterung und des Untergangs stellt, läßt keinen Zweifel, daß der Wiederverkäufer dem Wiederkäufer gegenüber auch dann nicht für den Schaden haften soll, wenn die Verschlechterung oder Zerstörung durch unvorsichtiges oder absichtliches Handeln des Wiederverkäufers herbeigeführt ist. Von einem Verschulden kann hier überall nicht die Rede sein, weil der Wiederverkäufer, anders als im Regelfalle des § 498, von vornherein nicht verpflichtet ist, den Kaufgegenstand unversehrt herauszugeben. Abweichendes können natürlich die Parteien vereinbaren. Nur für den Fall wird man eine Ausnahme machen müssen, daß der durch den Wiederkaufsvorbehalt Verpflichtete die Verschlechterung oder Zerstörung arglistig gerade zu dem Zwecke herbeiführt, um den Wiederkauf unmöglich zu machen. Denn, daß auch dies im Sinne beider Beteiligter gelegen sein sollte, kann unmöglich unterstellt werden.

3. **Unmöglichkeit der Herausgabe.** Die Veräußerung des Kaufgegenstandes an einen Dritten macht an sich die Erfüllung der Wiederverkaufsverpflichtung nicht unmöglich. Das Gesetz hat in § 499 bestimmt, daß der Käufer, wenn er vor der Ausübung des Wiederkaufsrechts über den gekauften Gegenstand verfügt, im Falle des Wiederkaufs die dadurch begründeten Rechte Dritter zu beseitigen hat. Diese Bestimmung ist auch auf den Vorbehalt des Wiederkaufs zum Schätzungspreise anzuwenden. Denn weder der Wortlaut des § 499 und seine Stellung im Gesetz, noch sein Grundgedanke zwingen zur Beschränkung auf den Fall des Wiederkaufs zum Verkaufspreise.

4. **Verwendungen.** Werterhöhende Verwendungen sind im Schätzungspreise schon mitvergütet, der Ersatz anderer aber ist beim Wiederkauf ohnehin grundsätzlich ausgeschlossen. Auch hier handelt es sich aber wieder nur um solche Verwendungen, die vor der Ausübung

des Wiederkaufsrechts gemacht sind. Der Ersatz der nachher vom Wiederverkäufer gemachten Verwendung richtet sich nach § 450. — Einrichtungen, mit denen er die Sache versehen hat, kann der Wiederverkäufer auch im Fall des Wiederkaufs zum Schätzungspreise wegnehmen (§ 500 Satz 2).

§ 502

Steht das Wiederkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden[1]). Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus[2]), so sind die übrigen berechtigt, das Wiederkaufsrecht im ganzen auszuüben[3])[4])[5]).

E II 437; M 2 341; P 2 91; 6 174.

1. **Gemeinschaftliches Wiederkaufsrecht.** Ausnahme von § 420. Gleichviel, ob die Gemeinschaft von vornherein durch Einräumung des Wiederkaufsrechts an eine Mehrheit von Personen oder späterhin durch Abtretung oder Vererbung entstanden ist, gleichviel ferner, ob es sich um eine Gemeinschaft zur gesamten Hand oder eine Bruchteilgemeinschaft handelt, gleichviel endlich, ob der herauszugebende Kaufgegenstand teilbar ist oder nicht, — der Wiederverkäufer soll nicht gezwungen sein, in die Gemeinschaft einzutreten. Von Gemeinschaftlichkeit des Wiederkaufsrechts ist dann keine Rede, wenn das Recht einer Mehrzahl von Personen, aber jedem für sich vorbehalten ist, z. B. wenn ein Vater beim Verkaufe des Anwesens bestimmt, daß jedem einzelnen seiner Kinder nach einer bestimmten Reihenfolge das Recht des Wiederkaufs zustehen soll. Auch dann liegt Gemeinschaftlichkeit des Wiederkaufsrechts nicht vor, wenn von mehreren in Bruchteilgemeinschaft befindlichen Verkäufern eines Gegenstandes beim Verkauf jeder sich für seinen Teil das Wiederkaufsrecht vorbehalten hat.

2. **Erlöschen oder Nichtausübung.** Der Wiederverkäufer kann nicht ohne weiteres das Wiederkaufsrecht als ausgeübt betrachten, wenn nur ein Teil der gemeinschaftlich Berechtigten die Ausübungserklärung abgibt. Denen, die die Erklärung abgeben, liegt vielmehr ob, darzutun, daß die übrigen ihr Recht durch Erlöschen verloren haben oder nicht ausüben. Die „Nichtausübung“ muß im Sinne der endgültigen Verweigerung der Ausübung erfolgen. Nicht jedes Zögern kann in diesem Sinne gedeutet werden. Schwierigkeiten können insbesondere dann entstehen, wenn die Teilhaber zwar übereinstimmend gewillt sind, das Wiederkaufsrecht auszuüben, aber über den Zeitpunkt der Ausübung verschiedener Meinung sind. Es muß verneint werden, daß alle diejenigen, die nicht dem frühesten Zeitpunkte zustimmen, als nichtausübend zu betrachten sind (vgl. übrigens die §§ 741 ff.).

3. **Ausübung durch die übrigen Berechtigten.** Es handelt sich hier nicht um die formelle Berechtigung zur Abgabe der Erklärung, daß das Wiederkaufsrecht ausgeübt werde, sondern um die materielle Wiederkaufsberechtigung. Nur die Übriggebliebenen kommen als nunmehr allein auf das Ganze berechtigte Wiederkäufer in Betracht, nur zwischen ihnen und dem Wiederverkäufer entstehen die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Wiederkauf.

Die Frage, ob dann, wenn ein Wiederkaufsrecht von mehreren im ganzen ausgeübt ist, einer der Wiederkäufer die Wiederkaufserklärung, soweit sie ihn betrifft, nach §§ 119 ff. anfechten kann, wird zu bejahen sein. Denn die Ausübung im ganzen vereinigt die mehreren zu diesem Behuf abgegebenen Willenserklärungen nicht zu einer so untrennbaren Einheit, daß der Wille des einzelnen nicht mehr in Betracht käme (RG 65, 405). Dies selbst dann nicht, wenn etwa die Willenserklärungen der mehreren Wiederkäufer durch einen Bevollmächtigten äußerlich einheitlich abgegeben wären. Freilich wird man die Übrigbleibenden nach dem Ausscheiden des Anfechtenden an ihre Wiederkaufserklärung ebenfalls nicht für gebunden erachten können, da sie nur mit dem Ausgeschiedenen, nicht für sich allein, Wiederkäufer sein zu wollen erklärt haben. Man wird ihnen aber mit Rücksicht auf § 502 Satz 2 das Recht zugestehen müssen, ihre Wiederkaufserklärung auch für sich allein aufrechtzuerhalten. Gleiches wird dann anzunehmen sein, wenn sich die Erklärung eines der Wiederkäufer hinterher als nichtig erweisen sollte.

4. **Mehrheit von Wiederverkaufsverpflichteten.** Der Fall hat im Rahmen der Vorschriften über den Wiederkauf keine Regelung erfahren. Von entsprechender Anwendung des § 502 kann bei der Grundverschiedenheit der Lage keine Rede sein. Für die einzelnen in Betracht kommenden Fragen wird neben dem Inhalte des Wiederkaufsvorbehalts stets die besondere Art der Gemeinschaft unter den Verpflichteten zu berücksichtigen sein. Im Zweifel ist gemäß § 356 anzunehmen, daß das Wiederkaufsrecht gegenüber mehreren Verpflichteten nur gemeinsam ausgeübt werden kann.

5. **Rechtsverhältnis nach der Ausübung des Wiederkaufsrechts.** Mit der Ausübung des Wiederkaufsrechts sind die Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Wiederkauf endgültig entstanden. Wie nunmehr zu erfüllen ist, wenn auf der einen oder andern Seite oder auf beiden Seiten eine Mehrheit von Berechtigten oder Verpflichteten vorhanden ist oder noch eintritt, ergibt sich aus den allgemeinen Gesetzesvorschriften, insbesondere aus den §§ 420 ff.

§ 503

Das Wiederkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von dreißig, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablaufe von drei Jahren nach der Vereinbarung des Vorbehalts ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist[1])[2])[3]).

E II 436; M 2 341, 342; P 2 82, 88—90.

1. **Befristungszwang.** Das Gesetz läßt den Wiederkaufsvorbehalt im Gegensatz zum Vorkaufsrecht nur auf Zeit zu. Bestimmen die Vertragschließenden eine Frist, so gilt diese. Bestimmen sie keine Frist, so gilt die gesetzliche Frist. Nach Wortlaut, Sinn und Zweck des § 503 ist zweifellos, daß die gesetzlichen Fristen für den Fall Zwangsfristen sind, daß die Parteien dem Verkäufer und seinen Rechtsnachfolgern das Wiederkaufsrecht für immer einräumen. Der Wille der Beteiligten ist insoweit eingeschränkt, daß ihnen unmöglich gemacht ist, unbefristete Wiederkaufsrechte einzuräumen. Sie können anderseits nicht nur kürzere, sondern auch längere Fristen bestimmen als die gesetzlichen. Wird die Frist jedoch so weit erstreckt, daß nach den Umständen die Einräumung des Wiederkaufsrechts auf unbeschränkte Zeit vorliegt, so treten die gesetzlichen Fristen in Kraft. Auch bei Grundstücken ist das Wiederkaufsrecht kein dingliches.

2. **Berechnung der Fristen,** §§ 187ff. Die Frist ist eine Ausschlußfrist und beginnt mit dem Tage, der auf die Einräumung des Vorbehalts folgt, gleichviel ob das Wiederkaufsrecht im Kaufvertrage selbst oder späterhin durch eine neue Vereinbarung eingeräumt wird. Fraglich kann sein, wann sie beginnt, wenn der Kaufvertrag, dem der Vorbehalt beigefügt ist, selbst aufschiebend bedingt oder befristet ist. Der Wortlaut scheint auch für diesen Fall auf den Vereinbarungstag zu deuten. Der Zweck der Fristsetzung führt jedoch zu der Annahme, daß die Frist erst von dem Ablaufe des Tages an zu laufen beginnt, an dem der Kauf infolge des Eintritts der Bedingung oder des Ablaufs der gesetzten Frist in Wirksamkeit tritt. Denn die gesteckte Frist ist die Zeit, innerhalb deren der Wiederkauf zustehen soll. Solange aber der Kauf noch nicht in Wirksamkeit tritt, ist der Wiederkauf begrifflich ausgeschlossen. Dies gilt sowohl für die vereinbarte, wie für die gesetzliche Frist. Ohne Belang für den Lauf der Frist ist dagegen die Übergabe der Kaufsache an den Käufer. Die Frist läuft selbst dann, wenn vereinbarungsgemäß die verkaufte Sache dem Käufer überhaupt nicht übergeben wird, wie in den Fällen, in denen an Stelle der Verpfändung der Verkauf mit Wiederkaufsvorbehalt gewählt wird.

3. **Verjährung.** Die Fristen des § 503 sind keine Verjährungsfristen. Die Grundsätze über die Hemmung der Verjährung finden auf sie auch nicht entsprechende Anwendung. Das Wiederkaufsrecht selbst unterliegt, weil kein Anspruch, nicht der Verjährung. Die durch die Geltendmachung des Wiederkaufsrechts entstandenen gegenseitigen Ansprüche des Wiederverkäufers und Wiederkäufers aber verjähren nach den gewöhnlichen Vorschriften der §§ 194ff.

3. Vorkauf

§ 504

Wer in Ansehung eines Gegenstandes zum Vorkaufe berechtigt ist, kann das Vorkaufsrecht ausüben[1]), sobald der Verpflichtete mit einem Dritten einen Kaufvertrag[2]) über den Gegenstand geschlossen hat[3]).

E I 481 II 439; M 2 345, 346; P 2 93—97.

1. **Wesen des Vorkaufsrechts.** Um nicht beim Kaufbewerb durch andere verdrängt zu werden, kann der Kaufliebhaber mit dem künftigen Verkäufer eines Gegenstandes vereinbaren, daß er ihm die Gebote der anderen mitteilt, und ihn im Falle gleich hohen Gebots vor den andern als Käufer annimmt. Wenn nur die Vorhand vor anderen Kauflustigen zugesichert wird derart, daß der Verkäufer die Ware dem Kauflustigen zu einem bestimmten Preise anbieten soll, dann ist noch kein Vorkaufsrecht begründet (RG 31. 5. 07 III 505/06). Die Annahmefrist für dieses Angebot bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften, nicht nach § 510 (Warn 1919 Nr 157). Das Vorkaufsrecht geht erheblich weiter. Es gibt dem Berechtigten nicht nur einen Anspruch darauf, daß der Kaufvertrag mit ihm abgeschlossen wird, sondern eröffnet ihm — in gleicher Weise wie das Wiederkaufsrecht — die Möglichkeit, von sich aus den Rechtszustand herbeizuführen, der dem Verkauf an ihn entspricht, die Möglichkeit, unmittelbar ohne weitere rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Verkäufers ihm gegenüber in die Rechtsstellung als Käufer einzutreten. Das Vorkaufsrecht ist insofern ebenfalls ein bedingtes Einlösungsrecht wie das Wiederkaufsrecht. Es gibt aber kein Vorkaufsrecht zu einem bestimmten Preise (Warn 1914 Nr 50). Gleich dem

Wiederkaufsrechte kann das Vorkaufsrecht durch Vereinbarung beim Verkauf dem Verkäufer vorbehalten werden und kommt alsdann dem Wiederkaufsrechte sehr nahe (SeuffA 39 Nr 100). Es kann aber auch zugunsten eines jeden anderen selbständig bestellt werden. Die Bestellung kann durch Vertrag, insbesondere als Nebenabrede eines anderen Vertrags (Miete, Pacht, Schenkung), sie kann aber auch durch Vermächtnis erfolgen (SeuffA 69 Nr 127). Der Vertrag über die Bestellung eines Vorkaufsrechts in Ansehung eines Grundstücks bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 313, da durch ihn sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an dem Grundstücke dem anderen zu übertragen, wenn er darüber mit einem Dritten einen Kaufvertrag schließen und der andere das Vorkaufsrecht ausüben sollte (RG 72, 385). Das BGB unterscheidet scharf zwischen dem persönlichen schuldrechtlichen Vorkaufsrecht, das es in §§ 504—514 regelt, und dem dinglichen Vorkaufsrecht in §§ 1094—1104. Das schuldrechtliche Vorkaufsrecht wieder kann ein vertragliches und ein gesetzliches sein, z. B. bei Miterben (§§ 2034ff.; OLG 9, 387) und nach Landesrecht (EG.BGB Artt 65—69, 109). Darüber, ob die Formvorschrift des § 313 auch für den Vertrag zur Bestellung des dinglichen Vorkaufsrechts gilt, vgl. § 1094. Für die Frage der Anwendung des § 313 Satz 2 auf den persönlichen Vorkaufsvorbehalt gilt das gleiche, wie bei dem ganz ähnlichen Falle des Wiederkaufsvorbehalts (vgl. § 497).

Vormerkung im Grundbuche zur Sicherung des persönlichen Vorkaufsrechts ist ebenso wie beim Wiederkaufsrechte möglich (RG 67, 48). Das vorgemerkte Vorkaufsrecht ist aber von dem dinglichen Vorkaufsrecht wesentlich verschieden. Es kann namentlich einen bei dinglichem Vorkaufsrecht unzulässigen Inhalt, z. B. festen Preis, haben. Es ist auch die Vormerkung eines persönlichen Vorkaufsrechts an einem Recht an einem Grundstück zulässig, das nicht selbst einem Grundstücke gleichsteht. Weiter kann das persönliche Vorkaufsrecht als Realrecht mit dem Eigentum an einem Grundstück verbunden werden. Ein dingliches Vorkaufsrecht mit festbestimmtem Preise kann weder begründet noch vorgemerkt werden (Warn 1914 Nr 50; LZ 1914, 475[6]).

2. Kaufvertrag. Unerläßliche Voraussetzung für den Vorkauf ist der formrichtige und rechtsgiltige Kaufvertrag zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten (RG 10. 3. 06 V 497/05). Die Ausübung des Vorkaufsrechts hängt also nicht, wie beim Wiederkauf, vom bloßen Belieben des Berechtigten ab. Tauschverträgen gegenüber kann das Vorkaufsrecht auch dann nicht ausgeübt werden, wenn eine größere Barzulage ausbedungen ist (RG 88, 361). Tauschverträge zur Umgehung des Vorkaufsrechts sind sittenwidrig. Die Einräumung eines Ankaufsrechts ohne die Voraussetzung eines Kaufvertrags zwischen dem Verpflichteten und einem Dritten erzeugt kein Vorkaufsrecht im Sinne des § 504 (RG 31. 5. 07 III 505/06), die Ausübung des Vorkaufsrechts hat ohne solchen anderweitigen Kauf nicht statt. Die Übernahme der Verpflichtung, dem Berechtigten beim künftigen Abschluß von anderen Rechtsgeschäften als Vorkäufer die Vorhand zu lassen, kann nicht als Einräumung eines Vorkaufsrechts bezeichnet und behandelt werden. So nicht die Verpflichtung eines Komponisten, seinem jetzigen Verleger auch das Vorrecht auf seine künftigen Kompositionen zu lassen (RG 79, 156). Auch eine „entsprechende Anwendung" der Grundsätze über das Vorkaufsrecht auf solche Fälle ist nicht möglich. Wird der Gegenstand durch Tausch oder Schenkung, Einbringen in eine Gesellschaft, veräußert, so tritt das Vorkaufsrecht nicht in Wirksamkeit; ein etwa vertragsmäßig eingeräumtes Recht, in solchen Fällen als Käufer einzutreten, kann nicht als Vorkaufsrecht angesehen und den §§ 504ff. unterstellt werden.

3. Geschlossen. Es genügt nicht, daß das Angebot des Dritten vorliegt, und daß der Verkäufer seine Absicht, das Angebot anzunehmen, dem Vorkaufsberechtigten zur Erklärung mitteilt, ob er eintrete. Geschieht dies, und der Vorkaufsberechtigte erklärt, daß er das Vorkaufsrecht ausübe, so ist damit der Vorkauf im Sinne der §§ 504ff. nicht zustande gekommen. (Vgl. auch hierzu RG 79, 156.) Wohl aber kann auf solche Weise Kauf zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten an Stelle des Vorkaufs zustande kommen. Der Unterschied ist wichtig für die Frage der Form, wenn Grundstücke Kaufgegenstand sind. Denn dieser Kauf zwischen Vorkaufsberechtigten und Vorkaufsverpflichteten bedarf dann der Beurkundung durch Gericht oder Notar, während die Ausübung des Vorkaufsrechts durch Erklärung dieser Form nicht bedarf. Die Mitteilung des Angebots kann aber auch nach anderer Seite von Wichtigkeit sein. Erklärt darauf der Vorkaufsberechtigte, daß er von der Ausübung des Vorkaufsrechts keinen Gebrauch machen wolle, so wird dieser Erklärung die rechtliche Wirkung eines Verzichts auf die Vorkaufsausübung nicht versagt werden können. Der Verzicht bedarf jedoch der Annahme (RG JW 1912, 858[14]). Über Anfechtung der Ausübung des Vorkaufsrechts SeuffA 59 Nr 200. Es kann endlich auch von den Parteien vereinbart werden, daß schon Vorverhandlungen mit dem Dritten das Kaufrecht des Berechtigten auslösen (RG 26. 3. 15 III 507/14).

Als geschlossen kann der Kaufvertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten nur dann gelten, wenn er gültig zustande gekommen ist. Ein nichtiger Kaufvertrag bietet keine Unterlage für die Ausübung des Vorkaufsrechts. Dagegen hindert die Anfechtbarkeit

des vom Vorkaufsverpflichteten mit dem Dritten geschlossenen Kaufvertrags die Ausübung des Vorkaufsrechts jedenfalls insoweit nicht, als die Anfechtung dem Dritten zusteht. Inwieweit ein Anfechtungsgrund, der dem Vorkaufsverpflichteten in der Richtung gegen den Dritten zusteht, auch das Rechtsverhältnis zum Vorkaufsberechtigten beeinflußt, ist nach den besonderen Umständen des Falles zu beantworten. Geschlossen ist der Kaufvertrag, auch wenn er an eine Bedingung geknüpft ist. Es besteht kein innerer Grund, den Vorkaufsfall bei bedingtem Kaufabschluß nicht zuzulassen. Das ist bei der auflösenden Bedingung ohne weiteres einleuchtend, muß aber auch für die aufschiebende gelten. Allerdings kann die Bedingung derart sein, daß nur der Käufer, nicht auch der Vorkaufsberechtigte sie erfüllen kann und für diesen Fall, aber auch nur für diesen, wenn die Bedingung ernsthaft und nicht nur zur Umgehung des Rechtes gesetzt ist, mag man die Ausübung des Vorkaufsrechts wie im Fall des § 507 Satz 2 für ausgeschlossen erachten. Ist zur Wirksamkeit des Kaufvertrags noch die Genehmigung einer Behörde erforderlich, liegt noch kein rechtswirksamer Vertrag vor (RG 98, 44).

War der Vertrag zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und dem Dritten abgeschlossen, so wird die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Berechtigten dadurch nicht behindert, daß die Vertragschließenden nachträglich den Vertrag durch eine Vereinbarung rückgängig machen. Dies selbst dann nicht, wenn die neue Vereinbarung erfolgte, bevor der Vorkaufsberechtigte von dem Abschlusse des Verkaufs Kenntnis erhalten hatte. Das gleiche gilt für den Fall der Auflösung des Kaufvertrags durch Rücktritt. Vgl. hierzu § 506.

4. Das Vorkaufsrecht **erlischt** nicht durch einseitige Verzichterklärung des Vorkaufsberechtigten, vielmehr ist dazu erforderlich eine vertragliche Vereinbarung, also ein Erlaßvertrag nach § 397 (RG 14. 6. 12 II 145/12).

5. Das Vorkaufsrecht ist **ausgeschlossen** a) im Falle von § 507 Satz 2, b) von § 511, c) von § 512. Für das dingliche Vorkaufsrecht vgl. § 1058 Abs 1. In diesen Fällen erlischt das Vorkaufsrecht, ohne daß dem Berechtigten ein Entschädigungsanspruch gegen den Verpflichteten zustünde.

§ 505

Die Ausübung des Vorkaufsrechts erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Verpflichteten. Die Erklärung bedarf nicht der für den Kaufvertrag bestimmten Form[1]).

Mit der Ausübung des Vorkaufsrechts kommt der Kauf zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bestimmungen zustande, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat[2]).

E I 482 II 439; M 2 346, 347; P 2 97—100.

1. **Ausübung des Vorkaufsrechts.** Vgl. hierzu § 497 A 4, 5.

2. **Inhalt des Vorkaufs.** Durch die Ausübung des Vorkaufsrechts entstehen zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten ganz die gleichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie sie aus dem Kaufvertrage zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten entspringen. Dies erstreckt sich auf alle Bedingungen, Zeitbestimmungen und sonstigen Haupt- und Nebenverabredungen vorbehaltlich allein der Ausnahmen in den §§ 506, 507. Ist dem Dritten nur auf Probe verkauft, so ist auch der Vorkauf nur Kauf auf Probe, ist mit dem Dritten ein Rücktrittsrecht bedungen, so haftet es auch dem Vorkauf an. Die Vorschrift ist, soweit sie das persönliche Vorkaufsrecht regelt, nicht zwingend (RJA 5, 120; RG 10. 5. 07 II 19/07). Bei der Einräumung des Vorkaufsrechts können also die Beteiligten anders bestimmen. Sie können insbesondere auch einen festen Vorkaufspreis sowie den Ausschluß von Bedingungen vereinbaren (RG 10. 5. 07 II 19/07; RG JW 08, 68[2]). Auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Vorkaufsverpflichteten und seinem Käufer hat die Ausübung des persönlichen Vorkaufsrechts keinen Einfluß (RG JW 1911, 448[14]). Es ist Sache des Vorkaufsverpflichteten, den Verkauf so einzurichten, daß ihm im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts keine Schwierigkeiten entstehen. Zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Käufer, der durch die Ausübung des persönlichen Vorkaufsrechts ausgeschlossen werden soll, bestehen auf Grund dieses Vorkaufsrechts überhaupt keine unmittelbaren Rechtsbeziehungen (RG 4. 3. 11 V 209/10). Vgl. hierzu § 506. Dem Dritten gegenüber gewährt das persönliche Vorkaufsrecht namentlich keinen Herausgabeanspruch, auch nicht, wenn er beim Erwerb des Gegenstandes das Bestehen eines Vorkaufsrechts kannte. Nur wenn das Vorkaufsrecht im Grundbuch eingetragen ist, gelten dem Dritten gegenüber die §§ 883 Abs 2 u. 888 Abs 1.

Ist in einem Gesellschaftsvertrag einer G. m. b. H. die freie Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils nur insoweit beschränkt, als bei dessen Veräußerung den übrigen Gesellschaftern ein Vorkaufsrecht nach § 505 gegeben ist, so kann nicht darüber hinausgehend ein

Gesellschaftsbeschluß die G. m. b. H. berechtigen, gerade den veräußerten Geschäftsanteil, dem gegenüber sie das Vorkaufsrecht nicht ausgeübt hat, zum Nennwert einzuziehen. Die freie Veräußerlichkeit des Geschäftsanteils ist ein Sonderrecht des neu eingetretenen Gesellschafters, das ihm nicht gegen seinen Willen genommen werden kann (ZBlFG 14, 480).

§ 506

Eine Vereinbarung des Verpflichteten mit dem Dritten, durch welche der Kauf von der Nichtausübung des Vorkaufsrechts abhängig gemacht oder dem Verpflichteten für den Fall der Ausübung des Vorkaufsrechts der Rücktritt vorbehalten wird, ist dem Vorkaufsberechtigten gegenüber unwirksam.

E I 481 II 440; M 2 346; P 2 97.

Wirkung von Rücktrittsvorbehalten. Die Gefahr, infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts von zwei Käufern auf dieselbe Sache in Anspruch genommen zu werden, legt dem Vorkaufsverpflichteten nahe, im Kaufvertrage mit dem Dritten für den Fall der Ausübung des Vorkaufs das Rückgängigwerden des Kaufs oder den Rücktritt vorzubehalten. Das ist zum Schutze des Verkäufers zulässig, gegenüber dem Vorkaufsberechtigten aber selbst dann wirkungslos, wenn der Vorbehalt zu dem Zwecke gemacht sein sollte, die Ausübung des Vorkaufs auszuschließen. Andere Rücktrittsvorbehalte gehen nach § 505 in den Vorkauf über.

§ 507

Hat sich der Dritte in dem Vertrage zu einer Nebenleistung verpflichtet, die der Vorkaufsberechtigte zu bewirken außerstande ist, so hat der Vorkaufsberechtigte statt der Nebenleistung ihren Wert zu entrichten[1]). Läßt sich die Nebenleistung nicht in Geld schätzen, so ist die Ausübung des Vorkaufsrechts ausgeschlossen; die Vereinbarung der Nebenleistung kommt jedoch nicht in Betracht, wenn der Vertrag mit dem Dritten auch ohne sie geschlossen sein würde[2]).

E I 484 II 441; M 2 348, 349; P 2 100—104.

1. **Ausgleich von Nebenleistungen des Drittkäufers** in Geld nach dem Schätzungswerte zur Zeit der Erfüllung (M). Abweichende Vereinbarung ist bei der Einräumung des Vorkaufsrechts zulässig. Die Vorschriften des § 507 sind nicht zwingend. Es kann insbesondere bestimmt werden, daß für den Vorkaufsberechtigten solche Nebenleistungen überhaupt nicht in Betracht kommen.

2. **Ausschluß der Übernahme von Nebenleistungen,** insbesondere bei geringfügigen, rein persönlichen Nebenleistungen.

§ 508

Hat der Dritte den Gegenstand, auf den sich das Vorkaufsrecht bezieht, mit anderen Gegenständen zu einem Gesamtpreise gekauft, so hat der Vorkaufsberechtigte einen verhältnismäßigen Teil des Gesamtpreises zu entrichten[1]). Der Verpflichtete kann verlangen, daß der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können[2]).

E I 484 II 442; M 2 349, 350; P 2 105.

1. **Verhältnismäßiger Teil.** Es handelt sich lediglich um die rechnerische Ermittlung des nicht ausgeworfenen Einzelpreises aus dem Gesamtpreis durch Vergleichung des (zu schätzenden) Einzelwerts mit dem ebenfalls zu schätzenden Gesamtwert. Die Formel ist danach: Unbekannter Einzelpreis : bekanntem Gesamtpreis = Geschätzter Einzelwert: geschätztem Gesamtwert. Kommt der Gesamtpreis dem wirklichen Gesamtwerte gleich, so vereinfacht sich die Arbeit zur unmittelbaren Schätzung des Einzelwerts und dieser hat als Einzelpreis zu gelten.

2. **Zwangsausdehnung des Vorkaufs.** Hier ergibt sich zunächst die Frage, ob der Zwang gegen den Vorkäufer nur dann zulässig ist, wenn die Angabe von Einzelpreisansätzen beim Verkauf der Gegenstände unterblieben ist, oder ob es lediglich darauf ankommt, daß die zusammenverkauften Gegenstände ohne Nachteil für den Verpflichteten nicht getrennt werden können. Der Wortlaut deutet auf erstere Annahme, Sinn und Zweck zwingen aber zur letzteren. Streit ist ferner darüber, ob der Vorkaufsberechtigte, wenn er in einem Falle dieser Art das Vorkaufsrecht auszuüben erklärt hat und nachträglich vom Ver-

pflichteten auf Ausdehnung des Vorkaufs in Anspruch genommen wird, sich davon durch Verzicht auf die Ausübung des Vorkaufsrechts befreien kann. Die Mehrzahl der Schriftsteller verneint die Frage, weil die Erklärung, das Vorkaufsrecht auszuüben, unwiderruflich, einseitiger Rücktritt nicht statthaft sei. Das letztere ist zuzugeben, nicht aber die daraus gezogene Folgerung. Der Wortlaut, daß der Verpflichtete „verlangen kann, daß der Vorkauf auf alle Sachen erstreckt wird, die nicht ohne Nachteil für ihn getrennt werden können", erweckt allerdings den Anschein, als ob dem Verpflichteten der Erstreckungsanspruch einfach und unbedingt gewährt sei. So wörtlich wird aber die Bestimmung nicht aufgefaßt werden dürfen. § 508 Satz 2 soll lediglich den Verpflichteten davor schützen, daß er gezwungen wird, zu seinem Schaden Untrennbares auseinanderzureißen. Dazu genügt es, wenn er in der Lage ist, den Vorkaufsberechtigten vor die Wahl zu stellen, daß er entweder von der Ausübung des Vorkaufsrechts oder — wenn dieses schon ausgeübt ist — von der Geltendmachung der daraus entstandenen Rechte Abstand nimmt, oder den Vorkauf auf alle untrennbaren Sachen erstreckt. Diesen Sinn hat — näher besehen — der Ausdehnungsanspruch. Wird er so, wie er hiernach gegeben ist, geltend gemacht und nimmt daraufhin dann der Berechtigte vom Vorkauf Abstand, so kann von einem einseitigen Rücktritt oder einem einseitigen Verzichte nicht die Rede sein. Die Abstandnahme erfolgt vielmehr im beiderseitigen Einverständnisse und ist deshalb gültig ohne Rücksicht darauf, ob sie vor der Ausübung des Vorkaufsrechts erklärt wurde oder nachher.

Die Vorschrift bedeutet nicht eine Erstreckung des Vorkaufs seiner dinglichen Wirkung nach auf ein mitverkauftes, nicht mit dem Vorkauf belastetes Grundstück (SeuffA 66 Nr 205). Ist ein mit einem Vorkaufsrecht belastetes Grundstück zusammen mit einem nichtbelasteten für einen Gesamtpreis verkauft worden und ist die Auflassung erfolgt, so bleibt der Erwerb des Käufers, wenn der Verkauf auf Verlangen des Vorkaufsverpflichteten vom Berechtigten auf das nichtbelastete Grundstück erstreckt wird, hiervon in Ansehung des nichtbelasteten Grundstücks unberührt (**RG** 4. 3. 11. V 109/20).

§ 508 ist auch auf das Vormietungsrecht entsprechend anzuwenden (OLG 17, 26). — Satz 2 des § 508 enthält nachgiebiges Recht, das durch Parteivereinbarung ausgeschlossen werden kann (**RG** 97, 283).

§ 509

Ist dem Dritten in dem Vertrage der Kaufpreis gestundet worden, so kann der Vorkaufsberechtigte die Stundung nur in Anspruch nehmen, wenn er für den gestundeten Betrag Sicherheit leistet.

Ist ein Grundstück Gegenstand des Vorkaufs, so bedarf es der Sicherheitsleistung insoweit nicht, als für den gestundeten Kaufpreis die Bestellung einer Hypothek an dem Grundstücke vereinbart oder in Anrechnung auf den Kaufpreis eine Schuld, für die eine Hypothek an dem Grundstücke besteht, übernommen worden ist.

E II 443; M 2; P 2 105—107.

Stundung. Die Vorschrift des Abs 1 bildet eine weitere Ausnahme von dem Satze, daß der Vorkäufer in den Kaufvertrag so eintritt, wie er mit dem Dritten geschlossen ist. Da die Stundung ohne Sicherheit Sache des persönlichen Vertrauens ist, kann der Vorkäufer sie nicht beanspruchen. Er muß vielmehr entweder Zug um Zug erfüllen oder nach §§ 232 bis 240 Sicherheit leisten.

§ 510

Der Verpflichtete hat dem Vorkaufsberechtigten den Inhalt des mit dem Dritten geschlossenen Vertrags unverzüglich mitzuteilen[1]). Die Mitteilung des Verpflichteten wird durch die Mitteilung des Dritten ersetzt[2]).

Das Vorkaufsrecht kann bei Grundstücken nur bis zum Ablaufe von zwei Monaten, bei anderen Gegenständen nur bis zum Ablauf einer Woche nach dem Empfange der Mitteilung ausgeübt werden. Ist für die Ausübung eine Frist bestimmt, so tritt diese an die Stelle der gesetzlichen Frist[3]).

E I 483 II 444; M 2 348, 351, 352; P 2 100, 111, 112.

1. **Mitteilungspflicht.** Die Pflicht entsteht erst mit dem Abschlusse des Vertrags. Ihm zugegangene Kaufangebote mitzuteilen, ist der Vorkaufsverpflichtete nach dem Gesetze nicht verbunden. Teilt er sie freiwillig mit, so hat diese Mitteilung nicht die im Abs 2 bestimmte Wirkung und befreit den Vorkaufsverpflichteten nicht von der Mitteilung nach Abschluß des

Vertrags, es sei denn, daß der Berechtigte schon auf die Mitteilung des Angebots hin in bindender Weise auf die Ausübung des Vorkaufsrechts verzichtet hat (vgl. § 504 A 3). Der Vertragsinhalt muß so mitgeteilt werden, daß der Vorkaufsberechtigte genau erkennt, in welche Rechte und Verbindlichkeiten er durch die Ausübung des Vorkaufsrechts eintritt. Anderseits ist aber auch nur der Vertragsinhalt mitzuteilen. Dadurch wird die Ausschlußfrist in Lauf gesetzt (RG 58, 157). Erhält der Käufer von dritter Seite Zuwendungen, die ihn zum Kauf bestimmen sollen, so braucht darüber nichts mitgeteilt zu werden (RG 12. 1. 1911 VI 599/09). Auch der Name des Drittkäufers ist mitzuteilen. War schon vorher das Kaufangebot mitgeteilt, so kann zur Mitteilung des Inhalts des Vertrags der Satz genügen, daß das Angebot angenommen worden ist. Eine besondere Form ist für die Mitteilung nicht erforderlich. Schuldhafte Verzögerung macht schadensersatzpflichtig. Ändern Verkäufer und Käufer nachträglich den Vertrag in einem wesentlichen Punkte, so ist die Mitteilung zu berichtigen. Dies selbst dann, wenn die Änderung erst nach Ablauf der Frist des Abs 2 seit der ersten Mitteilung vorgenommen wird. Denn die Frist für den geänderten Vertrag, die nunmehr allein in Betracht kommt, ist erst durch die neue Mitteilung in Lauf zu bringen. Vorausgesetzt ist dabei, daß es sich wirklich um eine Änderung des ursprünglichen Vertrags handelt und nicht etwa um eine Neuregelung der Verhältnisse zwischen Käufer und Verkäufer, die nach der Erfüllung des Kaufvertrags durch später eintretende Umstände veranlaßt worden ist. — Bei bloßer Vorhandeinräumung besteht keine Mitteilungspflicht im Sinne von § 510 (Recht 07 Nr 1807).

2. Mitteilung durch den Dritten. Der Dritte hat dem Vorkaufsberechtigten gegenüber keine Mitteilungspflicht. Seine Mitteilung wirkt jedoch ebenso wie die des Verpflichteten.

3. Ausübungsfrist. Das Vorkaufsrecht kann schon vor der Mitteilung ausgeübt werden, sobald der Kauf zwischen dem Verpflichteten und dem Dritten geschlossen ist. Im übrigen gilt auch für diese Frist das zu § 503 Gesagte. Der Verjährung ist das Vorkaufsrecht selbst nicht unterworfen aus den gleichen Gründen wie das Wiederkaufsrecht (vgl. § 503 A 3).

§ 511

[1]) Das Vorkaufsrecht erstreckt sich im Zweifel nicht[2]) auf einen Verkauf, der mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt[3]).

P 2 104; 6 245, 246.

1. Kindskauf. Hierunter fallen insbesondere die im Verkaufsweg erfolgenden Gutsübergaben von Eltern an Kinder. Die Vorschrift ist auch dann anwendbar, wenn als Käufer nicht nur der gesetzliche Erbe, sondern neben ihm auch sein nichterbberechtigter Ehegatte auftritt.

2. erstreckt sich nicht. Zumeist wird angenommen, daß im Fall des Kindskaufs das Vorkaufsrecht erlischt. Für den Fall des nicht dinglichen Vorkaufsrechts läßt sich dies nach dessen Wesen auch nicht in Abrede stellen. Es kann sich deshalb hier nur darum handeln, ob nicht bei der Vorkaufsbestellung vereinbart ist, daß der Käufer verpflichtet sein soll, beim Kindskauf zu bewirken, daß der kaufende nächste Erbe das Vorkaufsrecht auch für seine Person erneuert, und ob eine solche Erneuerung stattgefunden hat.

3. Gesetzlicher Erbe im obigen Sinne ist derjenige, der gesetzlicher Erbe des Verkäufers wäre, wenn dieser zur Zeit des Verkaufs stürbe. Fraglich kann sein, ob § 511 auch dann Anwendung findet, wenn Großeltern mit Rücksicht auf künftiges Erbrecht unter Umgehung ihres Kindes an ihren Enkel verkaufen. Bedenkenfrei ist dies jedenfalls dann, wenn die Eltern als Zwischenglieder durch Erbverzichtsvertrag aus der Reihe der gesetzlichen Erben schon ausgeschieden sind. Die Erstreckung liegt wohl auch sonst im Sinne des Gesetzes.

§ 512

Das Vorkaufsrecht ist ausgeschlossen[1]), wenn der Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung[2]) oder durch den Konkursverwalter[3]) erfolgt.

E I 485 II 445; M 2 350; P 2 107, 108.

1. Das Vorkaufsrecht ist ausgeschlossen, d. h. nicht nur: „es gilt als für diesen Fall nicht vereinbart", sondern auch: „es kann für diesen Fall nicht vereinbart werden". Folge der Ausschließung des Zwangsvollstreckungsfalls vom Vorkaufsrecht ist weiterhin, daß mangels besonderer Vereinbarung der Vorkaufsberechtigte auch keinen Ersatzanspruch wegen Beeinträchtigung seines Vorkaufsrechts durch die Zwangsvollstreckung erheben kann. Anders natürlich dann, wenn etwa der Vorkaufsverpflichtete, um sich seiner Pflicht zu entschlagen, im Zusammenspielen mit dem Dritten den Weg gewählt hätte, die Sache statt durch Kauf durch Zwangsvollstreckung an ihn gelangen zu lassen.

2. Zwangsvollstreckung. Zwangsvollstreckung jeder Art, gleichviel ob durch Gericht und Gerichtsvollzieher im Wege der ZPO oder des ZVG, gleichviel ob durch Zwangsversteigerung

oder durch Zwangsverkauf aus freier Hand (§§ 820, 821 ZPO). Nicht dagegen bezieht sich § 512 auf den Fall, daß der Vorkaufsverpflichtete von dem Dritten auf dem Wege des § 894 Abs 1 ZPO zum Verkaufe gezwungen wird. In diesem Falle tritt das Vorkaufsrecht in Kraft.

Wie im Falle der Zwangsvollstreckung wird das Vorkaufsrecht aber auch in anderen gleichartigen Fällen als ausgeschlossen erachtet werden müssen. So insbesondere dann, wenn der Gegenstand, für den das Vorkaufsrecht eingeräumt ist, von dem Vorkaufsverpflichteten verpfändet war und vom Pfandgläubiger im Wege des Pfandverkaufs veräußert wird (§§ 1228ff.). Entscheidend dafür ist, daß der Gegenstand nicht vom Vorkaufsverpflichteten, sondern gegen ihn von einem Dritten verkauft wird. Ist das Vorkaufsrecht hinsichtlich eines Gegenstandes eingeräumt, der mehreren gemeinschaftlich zusteht, und wird dieser Gegenstand zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft — sei es selbst im Wege der Zwangsversteigerung nach § 753 — verkauft, so tritt das Vorkaufsrecht in Wirksamkeit. Denn hier sind es die Vorkaufsverpflichteten, die, gleichviel aus welchem Grunde, verkaufen. Erstreckt sich jedoch das Vorkaufsrecht nur auf einen Anteil an einem gemeinschaftlichen Gegenstande, so ist der Vorkaufsfall für den Anteil durch die Teilungsversteigerung des ganzen Gegenstandes nach § 753 nicht ohne weiteres gegeben.

3. **Ausnahme** für das dingliche Vorkaufsrecht § 1098 Abs 1 Satz 2.

§ 513

Steht das Vorkaufsrecht mehreren gemeinschaftlich zu, so kann es nur im ganzen ausgeübt werden. Ist es für einen der Berechtigten erloschen oder übt einer von ihnen sein Recht nicht aus, so sind die übrigen berechtigt, das Vorkaufsrecht im ganzen auszuüben.

E II 446; P 2 111.

Vgl. die Anmerkungen zu dem gleichlautenden § 502. Vgl. auch **RG** 24. 11. 17 V 224/17.

§ 514

Das Vorkaufsrecht ist nicht übertragbar[1]) und geht nicht auf die Erben des Berechtigten über, sofern nicht ein anderes bestimmt ist. Ist das Recht auf eine bestimmte Zeit beschränkt, so ist es im Zweifel vererblich[2]).

E I 486, 481, 487 II 447; M 2 351; P 2 108—110.

1. **Übertragbarkeit:** im Zweifel ausgeschlossen; mit ihr die Pfändbarkeit und Verpfändbarkeit (§ 1274; ZPO § 851).

2. **Vererblichkeit:** von Gesetzes wegen gewährt dem gesetzlichen Vorkaufsrechte des Erben (§ 2034), im Zweifel anzunehmen beim zeitlich beschränkten Vorkaufsrechte, im Zweifel zu verneinen im übrigen.

Die Erben des Vorkaufsverpflichteten treten, soweit nicht ein anderes bestimmt ist, in die Verpflichtung ihres Erblassers ein.

IV. Tausch

§ 515

Auf den Tausch[1]) finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung[2]).

E I 502 II 462; M 2 366, 368; P 2 130.

1. **Tausch.** Das Gesetz gibt keine Begriffsbestimmung des Tauschgeschäfts. Nach dem Inhalte des § 515 und seiner Stellung im Gesetzbuche sowie nach dem Stande der deutschen Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung beim Inkrafttreten des BGB kann jedoch nicht zweifelhaft sein, daß unter Tausch im Sinne des § 515 der Vertrag zu verstehen ist, durch den sich jeder Teil verpflichtet, dem andern Sachen oder Rechte gegen Sachen oder Rechte zu verschaffen. Ein Tausch setzt voraus, daß die Tauschobjekte von den Vertragschließenden selbst sich gegenseitig übertragen werden. — Es genügt nicht, daß die Vertragschließenden darüber einverstanden sind, daß der Veräußerer mit der ihm für sein Grundstück vom Erwerber zu zahlenden Geldsumme ein anderes, einem Dritten gehöriges Grundstück von diesem erwerben sollte (**RG** 1. 12. 11 II 233/11). Vom Kaufe, mit dem er hiernach in den übrigen wesentlichen Merkmalen übereinstimmt, unterscheidet sich der Tausch in dem einen Punkte, daß die Gegenleistung nicht in der Zahlung eines Preises (also regelmäßig Geld), sondern wiederum in der Verschaffung von Sachen oder Rechten besteht. Gegenstand des Tausches

können alle Gegenstände sein, über die ein Kauf abgeschlossen werden kann. Zweifel, ob Tausch oder Doppelkauf vorliegt, kann dann entstehen, wenn im Vertrag für die Sachen, die seinen Gegenstand bilden, beiderseits Preise eingesetzt und gegeneinander verrechnet sind. Hierbei ist jedenfalls der Gebrauch des Wortes Tausch nicht unbedingt entscheidend. Denn das Wort Tausch wird im Geschäftsverkehr auch dann gebraucht, wenn zwei gegenseitige Kaufverträge zu einer Einheit zusammengefaßt sind. Auch die Veranschlagung in Geld ist für sich allein nicht maßgebend. Denn „ohne Reduktion auf den gemeinschaftlichen Nenner des Geldes kann ein Tausch von einigermaßen bedeutenden Objekten nicht leicht vorkommen" (Bechmann, System des Kaufes § 161). Entscheidend ist vielmehr, ob nach dem Inhalte der Vereinbarung die unmittelbare Leistung jedes Teiles in der Verschaffung einer Sache besteht und die Preisangabe nur anschlagshalber beigefügt ist oder ob ein unmittelbarer Sachaustausch überhaupt nicht vereinbart ist, sondern von jeder Seite Geldleistung gegen Sachhingabe gewollt war und die Preise nur im Endergebnisse durch Aufrechnung ausgeglichen sind (RG 57, 264; JW 02, 46[54]). Auch der Umstand, daß im Vertrage demjenigen, der die wertvollere Sache zu leisten hat, die Zahlung des Wertunterschiedes in Geld auferlegt wird (Tauschaufgabe), zwingt nicht zur Annahme zweier Kaufverträge. Über Frage, ob ein doppelter Kaufvertrag vorliegt: RG 50, 285; 57, 264; JW 1898, 307[39]. Auf die gebrauchten Ausdrücke kommt es nicht an (JW 05, 326[15]). Immer aber muß die gegenseitige Bedingtheit zum Ausdruck gekommen sein (RG 51, 179; 52, 1; 56, 47; JW 06, 108[6]; Warn 08 Nr 24). Immerhin kann der Umstand, daß bei einem als Tauschvertrag bezeichneten Geschäfte einer hochwertigen Kaufsache auf der einen Seite eine ganz minderwertige auf der andern gegenübersteht und der bedeutende Unterschied in Geld ausgeglichen wird, darauf hindeuten, daß in Wirklichkeit Kauf vorliegt (BayObLGZ 12, 451). Wiederholt hat ferner das Reichsgericht ausgesprochen, daß ein Tauschvertrag dann nicht vorliegt, wenn von der einen Seite ein Grundstück lediglich gegen Übernahme der seinen Wert ganz erschöpfenden Hypothekenlast, von der andern Seite ein Grundstück gegen einen Geldpreis gegeben wird (RG 28. 6. 04 VII 52/04; RG JW 05, 326[15]). Ebenso verliert ein Vertrag nicht schon dadurch die Eigenschaft eines Kaufvertrags und wird zum Tauschvertrage, daß neben dem Kaufpreis auch Sachleistungen bedungen werden oder daß der in Geld bestimmte Kaufpreis nicht in Bargeld, sondern in anderen Umlaufwerten (Aktien, Interimsscheinen usw.) zu entrichten ist (RG 22. 11. 07 II 224/07). Ein Tausch liegt endlich nicht vor, wenn nur von der einen Seite eine Sache übertragen und bestimmt wird, daß der Veräußerer für die dafür von dem Erwerber zu leistende Summe von einem Dritten eine andere Sache erwerben soll. Nötig ist, daß die Vertragschließenden selbst gegenseitig Sachen austauschen (RG 1. 12. 12 II 233/11).

2. **Entsprechende Anwendung.** Hiernach sind alle Vorschriften über den Kauf anzuwenden, deren Anwendung nicht der Wesensunterschied zwischen Kauf und Tausch entgegensteht. Unanwendbar werden alle Vorschriften sein, die den Kaufpreis betreffen, insbesondere die Vorschriften in §§ 452—458. Aus anderen Gründen eignen sich dazu nicht die Vorschriften der §§ 461, 497—514. — Die Vorschriften über den Vorkauf finden wenigstens dann keine Anwendung, wenn der Vorkaufsberechtigte die Tauschleistung nicht gewähren kann (RG 88, 361).

Über die Art der „entsprechenden Anwendung" ist zu sagen, daß im allgemeinen jeder der Vertragschließenden hinsichtlich der eingetauschten Sachen als Käufer, hinsichtlich der wegvertauschten als Verkäufer zu behandeln ist. Für den Vollzug des ganzen Tauschgeschäfts aber muß, soweit nicht anders vereinbart, der Satz gelten, daß Zug um Zug zu erfüllen ist (RG 51, 367). Auch die Vorschriften über die Wandlung und Minderung beim Kauf finden im allgemeinen auf den Tausch entsprechende Anwendung (RG 72, 299). Bei der Berechnung der Preisminderung ergibt sich eine Besonderheit für den Tauschfall. Es steht nämlich bei Tauschgeschäften der von den Vertragschließenden für die einzelnen Tauschobjekte vereinbarte Annahmepreis nicht dem Kaufpreis im Sinne des § 472 gleich. Es sind darum zum Zwecke der Berechnung der Preisminderung zunächst unter Außerachtlassung des Mangels die wahren Werte der Tauschobjekte zu ermitteln und an Stelle der Anschlagspreise in die Berechnung einzusetzen. Alsdann erst ist die Minderung nach dem Verhältnis des Wertes, den die beanstandete Sache ohne den Mangel gehabt haben würde zu dem Werte, den sie mit dem Mangel hat, vorzunehmen (RG 73, 152).

Falsche Wertangaben: RG 64, 58; Warn 1911 Nr 13.

Zweiter Titel

Schenkung

1. **Der zweite Titel enthält die Hauptregeln des Schenkungsrechts.** Die §§ 516, 517 grenzen den Begriff der Schenkung ab, § 518 bestimmt die Form des Schenkungsversprechens, §§ 519—524 beziehen sich auf die Haftung des Schenkers, §§ 525—527 handeln von der Schen-

kung unter Auflage, §§ 528, 529, 534 von der Rückforderung wegen Notbedarfs, § 530—534 von dem Widerruf wegen Undanks. Dazu kommen zahlreiche sonstige Vorschriften, vgl. über die Rückforderung von Geschenken unter Verlobten § 1301, über die Wirkung der Schenkung im ehelichen Güterrecht §§ 1406, 1446, 1453, 1477, 1521, 1551, 1556, über ihren Widerruf nach Scheidung der Ehe § 1584, über Schenkungen aus dem Vermögen eines Kindes oder Mündels §§ 1641, 1804, über Schenkungen auf dem Gebiet des Erbrechts §§ 2207, 2287, 2288, 2325ff. Besondere Arten von Schenkungen, außer den in §§ 525ff. (Auflageschenkung) und in § 534 erwähnten (§ 534 Pflicht- und Anstandsschenkung; vgl. dort A 1 die hierauf bezüglichen weiteren Vorschriften), sind die gemischte Schenkung (§ 516 A 7), die Schenkung von Todes wegen (§ 2301) und die Schenkung einer Erbschaft (§ 2385). — Nach Art 86 EG haben verschiedene Landesgesetze Schenkungen an juristische Personen, wenn sie Gegenstände im Werte von mehr als 5000 Mark betreffen, von staatlicher Genehmigung abhängig gemacht; über den Schwebezustand, der dann bis zur Genehmigung besteht, vgl. (zum preuß. AG Art 6) RG 75, 406; 76, 385; 88, 340; JW 1916, 843[15]; RFinHof 1, 19. Art 87 EG hält die landesgesetzlichen Beschränkungen von Schenkungen an Religiose aufrecht. Für die Versteuerung von Schenkungen ist das Erbschaftssteuergesetz v. 10. 9. 19 (§§ 40—44) maßgebend.

2. Die Schenkung ist eine Unterart der **unentgeltlichen Zuwendung** oder, wie es an andern Stellen heißt, der unentgeltlichen Verfügung unter Lebenden. Über den Gattungsbegriff vgl. § 516 A 4. Unentgeltlichkeiten kommen selbständig vor, wenn eines der übrigen Merkmale der Schenkung, namentlich die Einigung über die Unentgeltlichkeit oder die Bereicherung fehlt; z. B. sind unentgeltlich die Vermögenswidmung an die gleichzeitig gegründete Stiftung (vgl. § 84), die Abführung der Stiftungsbezüge an die Stiftungsinteressenten, die wissentliche Zahlung einer Nichtschuld an den, der die Schuld als bestehend ansieht. Allen unentgeltlichen Zuwendungen ist gemeinsam a) die Regel, daß die Ansprüche der Gläubiger dem Rechte dessen, der unentgeltlich erworben hat, vorzugehen haben. Darauf beruhen die Erweiterung der Bereicherungshaftung nach § 816 Abs 1 Satz 2 und § 822 (vgl. dort A 1), die gesteigerte Fruchterstattungspflicht nach § 988, die Zurückstellung im Konkurs (§ 63 Nr 4, § 226 Abs 2 Nr 3 KO) sowie die Konkurs- und Einzelanfechtung nach § 32, § 37 Abs 2 KO, § 3 Nr 3, 4, § 7 Abs 2 AnfG. b) Für alle unentgeltlichen Zuwendungen gilt die Verfügungsbeschränkung des Vorerben (§ 2113 Abs 2) und des Testamentsvollstreckers (§ 2205). Diese Personen können unentgeltliche Verfügungen über den Nachlaß nur insoweit vornehmen, als sittliche Pflicht oder Anstandsrücksichten es gebieten (vgl. darüber § 534 A 1). c) Gemeinsam ist, daß der Zuwendende bei Vornahme der unentgeltlichen Zuwendung gewisse Anordnungen über das künftige Schicksal der Gabe treffen kann. So kann er bestimmen, daß sie Vorbehaltsgut (§§ 1369, 1440, 1526, 1549) oder bei der Fahrnisgemeinschaft auch eingebrachtes Gut (§ 1553) werden soll; er kann die elterliche Nutznießung ausschließen (§ 1651 Abs 1 Nr 2); wenn der Empfänger unter elterlicher Gewalt oder Vormundschaft steht, kann er das Zugewendete der Verwaltung des Gewalthabers oder Vormundes entziehen (§§ 1638, 1909) oder eine bestimmte Art der Verwaltung anordnen (§§ 1639, 1803, 1917). d) Die milde Haftung des Schenkers (§§ 521—524, dazu §§ 519, 528) muß auch bei sonstigen unentgeltlichen Zuwendungen Platz greifen; vgl. wegen der Haftung des Stifters § 81 A 2. e) Für die Schenkungssteuer stehen unentgeltliche Zuwendungen im engeren Sinne („freigebige Zuwendungen unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden mit dessen Willen bereichert wird") den Schenkungen gleich (§ 40 Abs 1 ErbschStG).

§ 516

Eine Zuwendung[1]), durch die jemand aus seinem Vermögen[2]) einen anderen bereichert[3]), ist Schenkung, wenn beide Teile darüber einig sind, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgt[1—7]).

Ist die Zuwendung ohne den Willen des anderen erfolgt, so kann ihn der Zuwendende unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung über die Annahme auffordern. Nach dem Ablaufe der Frist gilt die Schenkung als angenommen, wenn nicht der andere sie vorher abgelehnt hat. Im Falle der Ablehnung kann die Herausgabe des Zugewendeten nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden[8])[9]).

E I 437, 438 II 463; M 2 286—290; P 2 1—8, 25.

1. Unter **Zuwendung** sind alle erlaubten Handlungen zu verstehen, durch die jemand einem andern beabsichtigterweise einen Vermögensvorteil verschafft, sei es, daß das Vermögen vergrößert oder daß eine ihm drohende Verminderung abgewendet wird. Meist liegen Ver-

fügungen vor, wie die Übertragung oder Belastung von Rechten, der Erlaß einer Forderung, Verzicht auf ein sonstiges Recht; so auch die Einwilligung, die eine mit ihrem Mann in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau zu einer Schenkung des Mannes aus dem Gesamtgut erteilt (§ 1446, RG 91, 40). Ferner gehören Überlassung des Gebrauchs einer Sache und Eingehung einer Verpflichtung hierhin. Wird für den Schenknehmer eine Forderung gegen den Schenker begründet, so handelt es sich um ein Schenkungsversprechen (das schenkweise Versprechen einer Leistung, § 518) im Gegensatz zu der die Verfügung enthaltenden Handschenkung. Das Rechtsgeschäft, das die Zuwendung bewirkt, braucht nicht unmittelbar zwischen Schenker und Beschenktem vorgenommen zu sein (z. B. Zahlung oder Übernahme einer fremden Schuld). Es ist auch nicht erforderlich, daß die Zuwendung überhaupt durch Rechtsgeschäft erfolgt. Sie kann sich durch Unterlassungen vollziehen, z. B. durch Nichtanfechtung eines Urteils, Nichtprotestierung eines Wechsels; desgleichen durch tatsächliche Handlungen, wie die Reparatur eines Hauses usw.

2. **Aus dem Vermögen des Zuwendenden** muß die Zuwendung herrühren. Der Schenker muß ärmer, sein Vermögen vermindert werden. Das kann auch durch unentgeltliche Gebrauchsüberlassung geschehen (Leihe, unverzinsliches Darlehn), sofern dadurch ein Ertrag aufgeopfert wird, den man sonst gewonnen haben würde. Unter der gleichen Voraussetzung kann auch die unentgeltliche Leistung von Diensten oder Arbeiten eine Schenkung darstellen. Daß die Arbeitskraft als solche nicht zum Vermögen gehört, fällt gegenüber der Schmälerung einer Einnahmequelle nicht ins Gewicht. Die Übertragung eines Gegenstandes an einen andern ist keine Vermögensverminderung, wenn sie unmittelbar in sich selbst einen entsprechenden Wertzuwachs für den Übertragenden enthält, RG 59, 423 (nachträgliche Übernahme der Gründungskosten durch die Aktionäre, wodurch der Wert ihrer Aktien gesteigert wird). Nur die Zuwendung aus dem Vermögen des Zuwendenden ist Schenkung. Keine Schenkung wird daher bewirkt durch das, was ein Elternteil dem Kinde aus dem Vermögen des andern Elternteils zuwendet (RG 94, 241); ebenso bedeutet die Zuwendung von Todes wegen keine Schenkung, da sie den Zuwendenden, solange er überhaupt Rechtssubjekt ist, nicht ärmer macht. Die Worte „aus dem Vermögen" sollen nicht besagen, daß nicht auch das ganze Vermögen verschenkt werden könnte; doch ist Schenkung des künftigen Vermögens oder eines Bruchteils davon nach § 310 nichtig. Gewisse Vermögensverminderungen werden durch die positive Vorschrift des § 517 vom Schenkungsbegriff ausgeschlossen.

3. Die Zuwendung muß eine **Bereicherung** des Empfängers mit sich bringen. Unentgeltliche Gebrauchsgewährungen und Dienstleistungen bereichern ihn nur dann, wenn sie ihm Ausgaben ersparen. Keine Bereicherung und daher keine Schenkung ist die Erfüllung einer rechtsverbindlichen Forderung, auch nicht die Erfüllung eines Schenkungsversprechens, obgleich die hierin liegende Zuwendung unentgeltlich erfolgt (A 4). Keine Bereicherung ist die Sicherstellung des Gläubigers durch den Schuldner oder einen Dritten (vgl. hierüber und über ähnliche Fragen A 4). Keine Schenkung findet statt, wenn jemand etwas nur als Treuhänder erhält, um es in vollem Umfang an einen Dritten herauszugeben. Ein Versprechen dieses Inhalts ist formlos gültig, es sei denn, daß der Geber eine eigene Schenkung an den Dritten beabsichtigt und die Schenkungsform nur umgehen will (RG 62, 390). Ist dagegen der Erstempfänger eine juristische Person, deren Satzung die Verwendung des Erlangten in der vom Geber gewünschten Richtung vorschreibt, so liegt Schenkung schon an den Erstempfänger vor. Hier werden die eigenen, bestimmungsgemäß gemeinnützigen Zwecke der juristischen Person durch die Zuwendung gefördert; die juristische Person aber ist von ihren Zwecken nicht zu trennen (vgl. RG 70, 15; 71, 140; JW 09, 397[20]; 1913, 640[3]). In einem solchen Falle ist es auch gleichgültig, ob die Pflicht, das Empfangene der Satzung gemäß zu verwenden, vom Geber bei der Zuwendung noch besonders hervorgehoben wird. Ein derartiger Hinweis macht die Zuwendung zur Schenkung unter Auflage (vgl. dazu § 525 A 1), ändert aber nichts an ihrem Schenkungscharakter (a. M. RG 62, 386).

4. **Unentgeltlich** ist die Zuwendung, bei der der Verminderung des Vermögens keine Gegenleistung gegenübersteht. Bei der Abgrenzung gegen die entgeltlichen Zuwendungen können namentlich gewisse Fälle des Austausches von Leistung gegen Leistung Schwierigkeiten bereiten. Es ist zu beachten, daß Entgeltlichkeit nicht nur dann vorliegt, wenn beide Leistungen durch gegenseitigen Vertrag versprochen werden (*synallagmatische* Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung), sondern auch dann, wenn die Gegenleistung Bedingung der Leistung ist (*konditionale* Verknüpfung; vgl. den Mäklervertrag, die Auslobung, ferner RG JW 1911, 278[6]; Warn 1920 Nr 38; RG Recht 1918 Nr 1522; 1919 Nr 1940) oder als Zweck derselben vereinbart wird (*kausale* Verknüpfung; vgl. z. B. RG Recht 07 Nr 2538; 1917 Nr 1810: Abtretung von Grundflächen für Straßenbauten oder zur Ermöglichung der Gründung eines Gemeindeverbandes). Stets ist aber ein *rechtlicher*, nicht bloß ein tatsächlicher, wirtschaftlicher *Zusammenhang* der beiden Leistungen erforderlich. Gegenleistung und Beweggrund zur Zuwendung sind begrifflich auseinander-

zuhalten (RG Recht 1919 Nr 2102). Es steht auch nicht in der Macht der Parteien, einer unentgeltlichen Leistung, die abgeschlossen der Vergangenheit angehört, rückwirkend die Eigenschaft der Entgeltlichkeit zu verleihen, und ebensowenig ist es richtig, daß für die Frage der Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit schlechthin der subjektive Standpunkt der Parteien maßgebend wäre (a. M. RG 62, 275; 94, 322). Ist ein Entgelt nicht vorhanden, so kann es durch die Einigung der Parteien nicht ersetzt werden. Das verkennt die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, die die nachträgliche Belohnung geleisteter Dienste schon dann für entgeltlich erklärt, wenn die Parteien es so auffassen (vgl. RG 72, 191; 74, 141; 75, 327; 94 S. 159, 322; JW 1911, 94[16]; 1917, 103[5], 710[7]; Warn 1914 Nr 317; RG SeuffA 70 Nr 212; RG Recht 09 Nr 1984; 1915 Nr 488; 1919 Nr 1950). Werden Dienste ohne Verpflichtung und ohne voraufgegangenes Lohnversprechen geleistet, so ist zwar möglich, daß sie in der erkennbaren Absicht künftiger Lohnforderung vorgenommen werden; es wird das namentlich dann zutreffen, wenn sie den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten sind (vgl. § 612 Abs 1, § 632 Abs 1, § 653 Abs 1). In solchen Fällen, die z. B. in RG 74, 139; JW 1917, 710[7]; RG Recht 09 Nr 1984; 1915 Nr 488 vorgelegen haben mögen, handelt es sich um vorweggenommene Erfüllungshandlungen auf einen abzuschließenden entgeltlichen Vertrag; durch die nachträgliche Entlohnung kommt der Vertrag zustande. Sind aber die Dienste im Einverständnis beider Teile unentgeltlich geleistet worden, so ist ein später gewährtes „Entgelt" nichts anderes als Schenkung, und wenn sie gegen ein genau bestimmtes Entgelt geleistet wurden, kann eine spätere Zugabe auch nur Schenkung und nicht im Rechtssinn „Erhöhung des Entgelts" sein. Der wirtschaftliche Zusammenhang der Zuwendung mit den Diensten, d. i. die Absicht der Belohnung, kann höchstens dahin führen, die Zuwendung dem § 534 zu unterwerfen (vgl. hierzu noch A 5). — Gleichwertigkeit der beiden Leistungen ist keine Voraussetzung der Entgeltlichkeit; es genügt, wenn die Parteien sie für die von ihnen verfolgten Zwecke einander gleichstellen (vgl. A 7). Verträglich mit der Entgeltlichkeit der Zuwendung ist es auch, wenn eine der Leistungen nicht geldwerter Art ist (Abfindung des geschiedenen schuldlosen Ehegatten für Belassung der Kinder beim schuldigen, RG Warn 1915 Nr 102; Zusicherung eines Dritten an den Ehemann, für den Fall der Scheidung ihm die Abfindung für die Frau zu gewähren, RG Recht 1918 Nr 1522; Entschädigung der Braut für Aufgabe einer gesicherten Lebensstellung, RG Recht 1919 Nr 1949; vgl. auch RG 98, 177). Die Gegenleistung kann ferner einem Dritten gewährt werden, weshalb es z. B. keine Schenkung ist, wenn ein Fremder oder auch der künftige Schwiegervater dem Bräutigam so, daß dieser einen eigenen Anspruch darauf erwirbt, eine Mitgift verspricht; das Entgelt besteht in der Übernahme der Ehelasten, RG 62, 276; JW 08, 71[6]; RG Seuff A 74 Nr 69; Gruch 51, 376; 55, 920; RG Recht 1911 Nr 1276, 1277, 1285; 1917 Nr 593 (anders die ebenfalls als Mitgift bezeichnete Ausstattung, die dem heiratenden Kinde gegeben und mitunter dem Bräutigam zugunsten der Tochter versprochen wird; sie ist unentgeltliche Zuwendung und gilt nur nach positiver Vorschrift in den Grenzen der Angemessenheit nicht als Schenkung; vgl. dazu auch, teilweis abweichend, § 1624 A 2, 3). Entgeltlich ist auch der Vertrag, wodurch sich Geschwister gegenseitig zur Unterstützung ihrer bedürftigen Mutter verpflichten (RG Warn 1914 Nr 243). — Zuwendungen, die durch Erfüllung einer Schuld oder durch Hingabe an Erfüllungs Statt geschehen, sind entgeltlich, da die Befreiung von der Schuld einen Vermögensvorteil für den Schuldner bedeutet (vgl. RG 50, 137; 51, 76; 62, 45). Eine Ausnahme findet nur insofern statt, als die Erfüllung eines Schenkungsversprechens oder eines Vermächtnisses trotz der Fassung des § 2113 Abs 2 praktisch als unentgeltlich behandelt werden muß, wenn angemessene Ergebnisse erzielt werden sollen; so mit Bezug auf § 107 (beschränkte Geschäftsfähigkeit des Schenknehmers genügt), §§ 816 Abs 1, 822 (die Vorschriften finden Anwendung, auch wenn der Gegenstand in Erfüllung eines voraufgegangenen Schenkungsversprechens geleistet wird) sowie namentlich mit Bezug auf § 32 KO, § 3 Nr 3, 4 AnfG (besondere Anfechtung, und zwar mit Fristbeginn von der Erfüllung an). Das gilt auch von der vorweggenommenen Vermächtniserfüllung, wie sie vorliegt, wenn der Erblasser den vermachten Gegenstand dem Vermächtnisnehmer bei Lebzeiten zuwendet, vgl. (mit abweichender Begründung) RG 95, 12; RG 2. 12. 18 IV 264/18. Dagegen ist die Erfüllung einer unvollkommenen (natürlichen) Verbindlichkeit (z. B. §§ 656, 762, 764, Befriedigung der Gläubiger nach konkursmäßigem Zwangserlaß) ebenso entgeltlich, wie wenn die Schuld klagbar wäre; auch hier wird der Leistende von einer rechtlichen Verpflichtung befreit. Anders wieder die Erfüllung einer bloß sittlichen Pflicht, die ja in § 534 (§§ 1446, 1641 usw.) auch ausdrücklich als Schenkung bezeichnet wird (a. M. RG JW 1917, 710[7]). Die Gewährung einer Ausstattung mag, soweit sie das den Umständen entsprechende Maß nicht übersteigt, als Sittenpflicht erscheinen und wird daher durch § 1624 Abs 1 dem Schenkungsrecht entzogen (Formfreiheit des Versprechens, RG 62, 275; 63, 323; kein Widerruf wegen Undanks usw.). Unentgeltliche Zuwendung bleibt sie gleichwohl; der Zuwendende kann deshalb nach § 1369 die Vorbehaltseigenschaft bestimmen (RG 80, 271),

es gelten die Anfechtungsvorschriften des § 32 Nr 1 KO, § 3 Nr 3 AnfG sowie (a. M. RG JW 1916, 588[19]) die Zurückstellung im Konkurse nach § 63 Nr 4, § 226 Abs 2 Nr 3 KO. Erfüllt ein Dritter die Schuld, so geschieht das entgeltlich oder unentgeltlich je nach seinen Kausalbeziehungen zum Schuldner. Eine unentgeltliche Zuwendung des Leistenden an den Gläubiger liegt darin niemals, auch wenn der Schuldner mittellos ist, denn der Gläubiger erhält nur, was er zu beanspruchen hat und verliert durch die Erfüllung seine Forderung (a. M. RG 38, 8; 51, 416). Anders, wenn der Dritte nicht erfüllt, sondern dem Gläubiger den Betrag, den er durch Mittellosigkeit des Schuldners verlieren könnte, schenkt. Leistet der Schuldner Sicherheit, ohne eine Gegenleistung, z. B. durch Stundung, Herabsetzung des Zinsfußes, dafür zu erlangen, so wendet er dem Gläubiger, der nur auf Erfüllung, nicht auf Sicherung Anspruch hat, unentgeltlich etwas zu. Eine Schenkung nimmt er aber nicht vor, denn der Gläubiger ist nicht bereichert, und zwar auch dann nicht, wenn der Schuldner insolvent ist. Auch dann muß durchschlagen, daß der Gläubiger mit Hilfe der Sicherheit nur erhält, was ihm gebührt, und seiner Forderung verlustig geht; er würde auch nicht bereichert sein, wenn sich der Wert seiner Forderung durch späteren Vermögenszuwachs des Schuldners gesteigert hätte. Ebenso verhält es sich, wenn ein Dritter, ohne dem Schuldner durch Vertrag verpflichtet zu sein oder dessen Geschäfte zu führen, dem Gläubiger unentgeltlich (vgl. dazu RG JW 05, 442[28]; 1913, 608[23]) durch Verbürgung oder Pfandbestellung Sicherheit leistet. Für eine Schenkung des Interzedenten fehlt es an dem Erfordernis der Bereicherung des Gläubigers (a. M. RG 54, 284; 90, 181; etwas anderes ist es, wenn für einen überschuldeten Nachlaß die Bürgschaft übernommen wird, vgl. Prot 2, 8). Entsprechend sind der Erlaß der Bürgschaftsforderung und der Verzicht auf das Pfandrecht zwar unentgeltliche Zuwendungen an denjenigen, gegen den sich das Recht richtet, aber keine Schenkungen an den Schuldner, da der Gläubiger seine Forderung behält. Auch die unentgeltliche Vorrangseinräumung eines Hypothekengläubigers an einen andern ist mangels Bereicherung keine Schenkung (OLG 8, 75; a. M. RG 48, 136).

5. Die **Einigung** der Parteien muß sich nicht nur auf die Zuwendung selbst, sondern auch auf deren Unentgeltlichkeit beziehen. Eine Schenkungsabsicht (animus donandi) wird vom Gesetze nicht gefordert (RG 70, 17; 72, 191; 73, 48; 94, 322; 95, 14; JW 03 Beil 131[290]; 1913, 855[2]; Warn 1916 Nr 132; RG Recht 1917 Nr 716). Damit ist nicht nur gesagt, daß die Einigung nicht auch die Bereicherung zu umfassen braucht und daß die letzten Beweggründe des Zuwendenden (Menschenliebe, Prahlerei, Haschen nach Gunst) gleichgültig sind. Vor allem bedeutet der Satz, daß für das Verhältnis des Willens zur Erklärung bei der Schenkung dieselben Regeln gelten wie bei jeder andern Kausa. Eine Schenkung kommt daher allerdings nicht zustande, wenn der eine Teil erklärt, die Zuwendung aus einem andern Rechtsgrunde (z. B. als Darlehn oder zur Schuldtilgung) vorzunehmen. Ist aber die Erklärung beider Teile, so wie sie sich nach objektiver, den §§ 133, 157 entsprechender Auslegung darstellt, auf eine unentgeltliche Zuwendung gerichtet, so hat der innere Wille eines Vertragschließenden, eine irrig für bestehend erachtete Rechtspflicht zu erfüllen, nur die Bedeutung, daß er seine Erklärung wegen Irrtums anfechten kann. Und auch diese Bedeutung kommt dem Irrtum nicht zu, wenn der Irrende den äußeren Tatbestand kennt und letzterer zwar keine Rechtspflicht, wohl aber eine Sittenpflicht erzeugt. Es ist dann nicht anzunehmen, daß er, der die Sittenpflicht so stark empfindet, daß er sie mit einer Rechtspflicht verwechselt, die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde (§ 119). Der Irrtum ist mithin unter solchen Umständen unerheblich. Auch dies verkennt die in A 4 bekämpfte Rechtsprechung, die der nachträglichen Belohnung geleisteter Dienste allgemein den Charakter der Schenkung abspricht. Der Satz, da es einer Einigung über die Unentgeltlichkeit bedürfe, liege Schenkung schon dann nicht vor, wenn auch nur ein Teil die Zuwendung als entgeltlich auffasse (z. B. RG 74, 141; JW 1917, 103[5]; RG Recht 1920 Nr 2356; RG 6. 7. 18 V 100/18), verstößt gegen die Erklärungstheorie und läßt im Widerspruch mit dem, was grundsätzlich anerkannt wird, den animus donandi als Erfordernis erscheinen. Vielmehr hätte das Reichsgericht überall da, wo durch die nachträgliche Lohnzusage nicht das Angebot eines entgeltlichen Vertrags angenommen wird, eine Einigung über Unentgeltlichkeit der Zuwendung feststellen müssen, geradeso wie es dies trotz der abweichenden Ansichten der Parteien z. B. in den Fällen JW 1913, 855[2]; 1917, 848[3] getan hat. Es ist doch auch ein unannehmbares Ergebnis, wenn Fragen wie die, ob das Versprechen formlos gültig ist und ob die Zuwendung der Schenkungssteuer unterliegt, davon abhängen sollen, ob die geleisteten Dienste in dem Zuwendenden nur „ein Dankgefühl“ oder „das Gefühl einer wirklichen Schuld“ hervorgerufen haben (so RG 94, 324; zu der Steuerfrage vgl. jetzt § 42 Abs 1 Nr 2 ErbschStG).

6. Die Schenkung ist stets ein **Vertrag**; die Ausdrucksweise in § 1406 Nr 2, § 1453 Abs 1 ist ungenau. Um Vertrag handelt es sich auch dann, wenn die Zuwendung als solche ohne Mitwirkung des Beschenkten vonstatten geht; erst die Einigung über den Zweck, den Rechtsgrund der Zuwendung, macht das Geschäft zur Schenkung. Für solche Fälle gibt Abs 2 eine

erleichternde Bestimmung über die Annahme des Angebots. Nach § 107 genügt auf seiten des Schenknehmers beschränkte Geschäftsfähigkeit, jedoch nur bei reinen Schenkungen, nicht bei gemischten oder bei Schenkungen unter Auflage. Das Geschäft kann auch bedingt vorgenommen werden, auch so, daß von der Bedingung abhängt, ob es Schenkung oder entgeltlicher Vertrag sein soll (vgl. RG Recht 1917 Nr 1025). Doch darf die Bedingung nicht in einem Handeln des Empfängers bestehen, an dem der Zuwendende ein Interesse hat, sonst liegt allemal ein entgeltlicher Vertrag vor (RG Recht 1918 Nr 1522; vgl. A 4). Ein schuldrechtlicher Vertrag braucht nicht ausnahmslos geschlossen zu werden. Bei der ohne vorgängiges Versprechen vollzogenen Schenkung (Handschenkung) übernimmt der Schenker keinerlei Verpflichtung.

7. Ein Geschäft mit Leistung und Gegenleistung ist nicht einfach deshalb, weil objektiv ein auffallendes Mißverhältnis zwischen beiden obwaltet, in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil zu zerlegen. Es ist Sache der Parteien, wie hoch sie die Leistungen einschätzen (RG 81, 365; JW 1898, 619[65]; RG Recht 1918 Nr 850). Da der Minderwert der einen Leistung sehr wohl durch die besondere Art ihrer Verwendung oder durch andere Umstände ausgeglichen werden kann, ist es möglich, daß das ganze Geschäft als entgeltliches gewollt ist (RG Recht 07 Nr 3789; 1916 Nr 925; RG 11. 12. 16 IV 273/16). Möglich ist auch der entgegengesetzte Fall. Vereinbaren Ehegatten, von denen der eine reich, der andere fast mittellos ist, die Eingehung der allgemeinen Gütergemeinschaft, so kann die darin liegende Verfügung über das gegenwärtige und zukünftige Vermögen des reichen Gatten sehr wohl eine reine Schenkung enthalten (vgl. RG 87, 301; RG Recht 08 Nr 2549; OLG 32, 78). Mitunter wird absichtlich der Schein der Entgeltlichkeit hervorgerufen, um die Schenkung zu verhüllen (verschleierte Schenkung; vgl. RG 15, 293; 22, 191; 29, 266; 98, 124; RG Recht 07 Nr 3790). So kann, wenn als Zweck der Zuwendung die Vergütung angeblich geleisteter Dienste genannt wird, eine auffallende Höhe die Annahme rechtfertigen, daß in Wahrheit nichts als Schenkung vorliegt (RG JW 1888, 431[20]; RG 21. 11. 04 IV 208/04). Neben diesen beiden Möglichkeiten gibt es noch die dritte, daß dasselbe einheitliche und untrennbare Geschäft — der Fall der Trennbarkeit, z. B. Verkauf eines Grundstücks unter schenkungsweiser Überlassung des Inventars, gehört nicht hierhin — nach dem erklärten Willen der Parteien beides, sowohl eine entgeltliche Zuwendung wie eine unentgeltliche, umfaßt. Das ist die **gemischte Schenkung** (negotium mixtum cum donatione). Wird eine Sache schenkungsweise unter dem Wert verkauft (sog. Freundeskauf), so ist das Geschäft teils Kauf, teils Schenkung, jenes insoweit, als die Sache die Gegenleistung gegen die Preiszahlung bilden soll, dieses in Höhe der gewollten Unentgeltlichkeit. Regelmäßig werden die Parteien, wenn sie in solcher Weise unterscheiden, zugleich über die Höhe der entgeltlichen und der unentgeltlichen Zuwendung einig sein. Ist das Einverständnis hierüber nicht zum Ausdruck gelangt, während die Absicht, sowohl schenken wie entgeltlich zuwenden zu wollen, feststeht, so muß der Wert der beiderseitigen Leistungen, aber nur als Beweismittel für den Parteiwillen, den Ausschlag geben (RG 68, 328; vgl. Warn 08 Nr 205). — Einzelfragen der gemischten Schenkung: a) § 516 Abs 2 findet keine Anwendung (vgl. A 8). b) Die Form des § 518 ist zu beobachten (RG Bolze 21 Nr 398), d. h. das Leistungsversprechen als solches, nicht auch seine teilweis unentgeltliche Natur, muß gerichtlich oder notariell beurkundet werden (vgl. § 518 A 2). Fehlt die Form, so wird durch die Bewirkung der Leistung das ganze Geschäft geheilt. c) Widerruf wegen Undanks und Rückforderung wegen Notbedarfs. Grundsätzlich empfiehlt es sich, dem Beschenkten die Wahl zu lassen, ob er seine Leistung bis zur Höhe der Gegenleistung ergänzen oder den ganzen Vertrag rückgängig machen will (RG 29, 267; 54, 110). In einem Falle, wo der Vertrag zu einem stark überwiegenden Teile entgeltlich war, hat RG 68, 326 den Widerruf auf den geschenkten Mehrwert beschränkt. d) Ob das Geschäft als entgeltliche oder als unentgeltliche Verfügung angefochten werden muß (vgl. einerseits §§ 31, 38 KO, § 3 Nr 1, 2, § 8 AnfG, anderseits § 32, § 37 Abs 2 KO, § 3 Nr 3, 4, § 7 Abs 2 AnfG), ist nach dem Hauptzweck zu beurteilen, um den es den Parteien zu tun war. e) Die gegenüber dem Schenkungsrecht strengere Verkäuferhaftung ist insoweit anzuwenden, als infolge eines Verschuldens des Verkäufers oder infolge eines Sach- oder Rechtsmangels der Wert des Kaufgegenstandes hinter dem Entgelt zurückbleibt (vgl. auch die Analogie der Auflageschenkung in § 526).

8. Der Abs 2 bezieht sich auf die Fälle, in denen die Zuwendung **ohne den Willen des zu Beschenkenden,** d. h. durch schenkungshalber vorgenommene Geschäftsführung (§ 685) erfolgt (Bezahlung seiner Schulden; Ausbedingung eines Rechtes für ihn durch Vertrag mit einem Dritten nach § 328). Der Empfänger hat sich hier zu erklären, ob er die Zuwendung als Schenkung annehmen will. Lehnt er ab — wozu eine Ehefrau der Zustimmung des Mannes nicht bedarf (§ 1406 Nr 2, § 1453 Abs 1) —, so ist der Tatbestand der cond. ob causam datorum gegeben (vgl. § 812 A 9). Er haftet alsdann von dem Augenblick des Empfangs an auf Herausgabe des Zugewendeten nach § 819 Abs 1; war Befreiung von einer Schuld zugewendet, so hat er die dazu verbrauchten Mittel zu erstatten (§ 818 A 5).

Um aber den Schwebezustand nicht allzusehr zu verlängern, soll der Zuwendende berechtigt sein, ihm eine angemessene Frist zur Erklärung zu bestimmen; unbenutzter Ablauf der Frist gilt als Annahme. Ist die bestimmte Frist zu kurz, so setzt sie die längere angemessene Frist in Lauf (vgl. § 250 A 2), so daß dann auch noch später abgelehnt und Widerruf wegen Undanks vermieden werden kann. — Vor der Ablehnung ist eine Rückforderung nicht möglich. Der E I (§ 438) erklärte die Zuwendung deutlich für ein Vertragsangebot, an das der Zuwendende abweichend von der Regel (§ 147) bis zur Ablehnung der Schenkung gebunden war. Daß es hierbei verblieben ist, ergeben nicht nur Prot 2, 1ff., sondern auch Satz 3, der bei ungezwungener Auslegung die Kondiktion erst nach der Ablehnung zuläßt. Es steht daher dem Zuwendenden nicht frei, durch Unterlassung der Aufforderung des Satzes 1 das Zustandekommen der Schenkung zu verhindern. — Wie der Fall der ohne Willen des andern erfolgten Zuwendung muß auch der andere Fall behandelt werden, wenn sich die Parteien zwar über die Zuwendung, aber noch nicht über deren Kausa geeinigt haben (Übersendung einer Geldsumme mit dem Zusatze: Brief folgt). Dagegen ist die Vorschrift auf gemischte Schenkungen nicht anwendbar; hier greifen die §§ 145ff. ohne Einschränkung Platz. Ebenso verhält es sich mit Auflageschenkungen schon wegen ihrer nahen Verwandtschaft mit den gemischten. Freilich wäre die Fristsetzung ohne Mitteilung der Auflage unwirksam; aber dies allein würde, selbst wenn man § 1956 entsprechend anwenden wollte, den Empfänger nicht genügend schützen.

9. **Beweisfragen.** Die in der Vertragsurkunde enthaltene Wertangabe darf bei der Prüfung, ob eine Schenkung vorliegt, nicht schlechthin als maßgebend behandelt werden; es kommt immer auf die wirkliche Sachlage an (**RG** Warn 1916 Nr 132). Eine Vermutung für den Schenkungscharakter von Leistungen unter nahen Verwandten kennt das Gesetz nur in den engen Grenzen der §§ 685 und 1618 (vgl. dazu **RG** Warn 1912 Nr 382); auch wenn bei der Leistung die Rücksicht auf das Verwandtschaftsverhältnis mitspielt, wird dadurch die gewollte Entgeltlichkeit nicht ausgeschlossen (**RG** 74, 140; JW 09, 670[26]). Doch entspricht es der Lebenserfahrung, wenn **RG** JW 1919, 242 und **RG** Warn 1920 Nr 105 bei Geld- oder Sachhingaben zwischen Eheleuten, selbst wenn sie in Gütertrennung leben, eine tatsächliche Vermutung für die Schenkung annehmen. — Sind Schenkungen im allgemeinen nicht zu vermuten, so folgt doch daraus nicht, daß der Kläger, der Rückzahlung eines angeblichen Darlehns verlangt, während der Beklagte Schenkung behauptet, von dem Beweise des Darlehns befreit wäre; erheblich ist hier an der Einlassung des Beklagten nur die Bestreitung der Darlehnsvereinbarung (**RG** JW 06, 462[18]). Zu beachten ist ferner die legitimierende Kraft des Grundbucheintrags. Auch wenn die Nichtvalutierung der Darlehnshypothek feststeht, dringt nach §§ 891, 1138 der Eigentümer mit seiner Löschungsklage nur durch, wenn er die Behauptung des Gläubigers, die Schuld sei schenkweise begründet worden, widerlegt (**RG** 98, 124). Handelt es sich dagegen um ein Sparkassenbuch, dessen Herausgabe der Beklagte weigert, weil ihm der Erblasser des Klägers das Guthaben geschenkt habe, so trifft ihn die Beweislast, der er jedoch schon durch den Hinweis darauf genügt, daß das Buch auf seinen Namen umgeschrieben ist (a. M. **RG** 24. 2. 19 IV 396/18, vgl. dazu § 518 A 1). — Die Person des Beschenkten kann zweifelhaft sein bei Hochzeitsgeschenken. An wen die Übergabe erfolgt, ist gleichgültig. Sofern ein Stück nicht erkennbar für den persönlichen Gebrauch eines der Ehegatten bestimmt ist, muß angenommen werden, daß beide beschenkt sein sollen, mag auch der Schenker nur dem einen nahestehen (SeuffA 62 Nr 181).

§ 517

Eine Schenkung liegt nicht vor, wenn jemand zum Vorteil eines anderen einen Vermögenserwerb unterläßt[1]) oder auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet[2]) oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt[3]).

E I 439 II 464; M 2 290, 291; P 2 8, 9.

1. **Unterlassen eines Vermögenserwerbes zum Vorteil eines andern.** Daß es keine Schenkung ist, wenn jemand eine rein tatsächliche Erwerbsgelegenheit nicht wahrnimmt und ein anderer sie infolge davon benutzen kann, folgt schon aus § 516, weil damit nichts aus dem Vermögen zugewendet ist. Durch § 517 wird aber auch die Nichtausbeutung besonderer Rechtslagen, wie sie z. B. die Nichtannahme eines Vertragsantrags, die Nichtgenehmigung eines Rechtsgeschäfts, die Unterlassung der Anfechtung wegen Willensmängel oder die Versäumung einer Frist darstellen, von dem Recht der Schenkung ausgeschlossen. Nicht hierhin gehören die Fälle indirekter Vermögenszuwendung. Leistet der Schuldner auf Weisung des Gläubigers einem Dritten, dem der Gläubiger schenken will, so hat dieser nicht bloß auf den Erwerb des Gegenstandes verzichtet, sondern zugleich sein Forderungsrecht aufgeopfert, weshalb es so angesehen wird, als ob er den Gegenstand erworben und

auf den Dritten übertragen hätte. Das trifft auch auf den sog. Fünfzehnhundertmarkvertrag zu. Die auf Vermeidung einer Pfändung berechnete Vereinbarung des Angestellten mit seinem Dienstherrn, daß ihm selbst nur 1500 Mark, seiner Ehefrau aber 4500 Mark gezahlt werden sollen, ist rechtlich nichts weiter als Ausbedingung eines Dienstlohns von 6000 Mark, verbunden mit schenkweiser Zuwendung des Teilbetrags von 4500 Mark an die Frau. Daher können die Gläubiger des Mannes die Schenkung nach § 3 Nr 2, 4 AnfG anfechten und die Frau zur Abtretung ihrer Forderung gegen den Dienstherrn oder zur Herausgabe des darauf empfangenen Betrags zwingen (anders die unbefriedigende Rechtsprechung **RG** 69, 59; 81, 46; **RG** LZ 1912 S. 560, 686; 1915, 542, die die Anfechtbarkeit verneint). Nicht unter § 517 gehört es ferner, wenn jemand einen Anspruch auf Übereignung einer beweglichen Sache hat und mit einem Dritten, dem er schenken will, vereinbart, daß sofort mit der Übergabe an ihn das Eigentum durch Besitzkonstitut auf den Dritten übergeht (vgl. **RG** JW 06, 161[5]).

2. **Verzicht auf angefallene, noch nicht endgültig erworbene Rechte.** Soll die Vorschrift neben den Fällen der A 1 und 3 zur Geltung kommen, so muß darunter der Verzicht auf Anwartschaften verstanden werden, namentlich auf aufschiebend bedingte Rechte. Befristete Rechte sind nicht gemeint. Der Erlaß künftiger Miets- oder Darlehnszinsen kann sehr wohl Schenkung sein.

3. Obgleich **Erbschaft** und **Vermächtnis** kraft Gesetzes erworben werden (§§ 1942, 2176), läßt sich der Erwerb doch durch einseitige Erklärung (Ausschlagung) mit rückwirkender Kraft wiederaufheben (§§ 1953, 2180). Daher wird die Ausschlagung nicht als Schenkung behandelt (vgl. **RG** 54, 293). Dasselbe muß aber auch für den Pflichtteil angenommen werden. § 2317 ist dahin auszulegen, daß der Pflichtteilsanspruch zwar mit dem Erbfall entsteht, aber auflösend bedingt durch den Verzicht des Berechtigten. Daß das Gesetz diesen Standpunkt teilt, beweisen außer § 852 Abs 1 ZPO namentlich die §§ 1643 Abs 2, 1822 Nr 2, wonach Vater und Vormund, die doch nach §§ 1641, 1804 nicht in Vertretung des Kindes schenken können, mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts imstande sind, für das Kind auf den Pflichtteil zu verzichten. Anders **RG** 77, 238 und mit ihm die Mot. zum neuen ErbschStG S. 34. Die aus der Gegenmeinung gezogene anstößige Folgerung, daß ein Pflichtteilsberechtigter die Erbschaftssteuer auch dann zu zahlen habe, wenn er den Pflichtteil nicht geltend machen will, und daß er für den unentgeltlichen Verzicht auf den Pflichtteil überdies auch noch Schenkungssteuer schulde, ist durch das ErbschStG v. 10. 9. 19 (§ 20 Abs 1 Nr 1, § 40 Abs 3) beseitigt worden.

§ 518

Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leistung schenkweise versprochen wird, ist die gerichtliche oder notarielle Beurkundung des Versprechens erforderlich[1])[2]). Das gleiche gilt, wenn ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis der in den §§ 780, 781 bezeichneten Art schenkweise erteilt wird, von dem Versprechen oder der Anerkennungserklärung[3]).

Der Mangel der Form wird durch die Bewirkung der versprochenen Leistung geheilt[4]).

E I 440, 441 II 465; M 2 291—295; P 2 9—21.

1. Das Gesetz hat keine allgemeine **Schenkungsform** aufgestellt, sondern dem Beurkundungszwang nur diejenige Schenkung unterworfen, die darin besteht, daß der Schenker dem Beschenkten eine Leistung verspricht. Die vollzogene Schenkung ist auch ohne Form gültig. Was zur Vollziehung gehört, bestimmt sich nach dem Schenkungsgegenstand. Bewegliche Sachen, insbesondere auch Inhaberpapiere (**RG** 77, 335), müssen übergeben werden, doch läßt sich die Übergabe nach Maßgabe der §§ 929—931 ersetzen (Besitzkonstitut, **RG** JW 06, 161[5]; Abtretung des Herausgabeanspruchs, **RG** Warn 09 Nr 33; OLG 16, 50; dagegen unzureichend die Einräumung des Mitbesitzes, sofern nicht ein Konstitut damit verbunden ist, **RG** Gruch 62, 614). Die Schenkung von Wertpapieren aus einem Depot ist erst mit erkennbarer Aussonderung bestimmter Papiere vollzogen (**RG** Recht 1918 Nr 1523). Durch die Verwaltung und Nutznießung, die dem Ehemann nach gesetzlichem Güterrecht auch an den von ihm der Frau geschenkten Sachen zusteht, wird die Vollziehung der Schenkung nicht gehindert (**RG** Warn 1915 Nr 142, vgl. aber 1920 Nr 105). Bei Grundstücken ist Auflassung notwendig, aber nach § 873 Abs 2 auch schon vor der Eintragung im Grundbuch genügend. Soll eine Forderung schenkweise erlassen werden, so genügt formloser Abschluß des Erlaßvertrags (**RG** 53, 296; 76, 61; **RG** SeuffA 69 Nr 121), wogegen eine mit Aufhebung des Erlasses verbundene schenkweise Wiederherstellung der Forderung der Form bedarf (**RG** 76, 61). Ebenso genügt formlose Abtretung, um eine Forderung schenkweise einem Dritten zuzuwenden (**RG** JW 07 S. 73[3], 329[5]; Warn 09 Nr 33; **RG**

SeuffA 69 Nr 121); sie kann in der Aushändigung der Schuldurkunde an den Schenknehmer zu finden sein (vgl. RG JW 04, 337[3]). Abtretung der Forderung auf das Guthaben ist das entscheidende bei Sparkassenbüchern, da bei ihnen wie bei allen Legitimationspapieren das Papier der Forderung (§ 952), nicht umgekehrt die Forderung dem Papier folgt (vgl. § 808 A 3). Die Abtretung kann auch ohne Übergabe des Buches stattfinden, ist aber regelmäßig darin enthalten (RG 89, 402; JW 1910, 329[2]; 1916, 37[3]; Gruch 50, 651). Zahlt der Schenker Geld auf ein Sparkassenbuch ein, das auf den Namen des Schenknehmers ausgestellt ist oder ausgestellt wird, so vollzieht er die Schenkung, denn da ein anderer Wille für die Sparkasse nicht erkennbar ist, entsteht die Forderung gegen sie in der Person des Schenknehmers (anders das Reichsgericht, das auf die innere Absicht des Einzahlenden abstellt und diese daraus erschließen will, aus wessen Mitteln das Geld herrührt, vgl. RG 73, 220; RGSt 43, 17; Warn 1912 Nr 197; 1915 Nr 142; 1916 Nr 75; RG LZ 1914, 929). Das gleiche gilt, wenn jemand bei einer Bank ein Depositenkonto auf den Namen eines Dritten anlegen läßt und Einzahlungen darauf macht (vgl. dazu RG JW 07, 73[3]; Warn 08 Nr 204). Die bloße Anweisung an einen andern, dem Schenknehmer zu zahlen, bedeutet zweifellos noch keine Vollziehung der Schenkung. Trotz § 788 aber, wonach es schlechthin auf die Leistung des Angewiesenen ankommen soll, wird die Schenkung auch schon durch Annahme der Anweisung bewirkt, da hiermit dem Schenknehmer eine Forderung gegen den Angewiesenen zugewendet wird (vgl. § 784). Übrigens ist mitunter zu prüfen, ob der Schenker, der nur von Anweisung sprach, nicht doch in Wahrheit eine Abtretung vorgenommen hat (RG JW 07, 73[3]). **Handlungen, die die Vollziehung nur sichern oder sie vorbereiten sollen, machen die Form des Schenkungsversprechens nicht überflüssig.** Ungenügend ist daher die bloße Gutschrift in den Geschäftsbüchern des Schenkers (RG Warn 1912 Nr 101), die Bestellung einer Hypothek (RG 88, 366), die Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der hinterlegten Sache an einen Treuhänder, der sie später dem Schenknehmer übergeben soll (RG JW 1917, 924[1]). Der Begriff der Vollziehung ist vereinbar mit dem Vorbehalt jederzeitigen Widerrufs (RG 18. 6. 07 III 6/07). Auch kann eine **Schenkung ihrer Vollziehung ungeachtet bedingt oder befristet sein.** Bedingte Abtretungen zu Schenkungszwecken s. z. B. in RG Warn 08 Nr 141; 09 Nr 33; OLG 16, 50. Die am häufigsten vorkommende Bedingung ist die der Schenkung von Todes wegen, daß der Beschenkte den Schenker überlebt. Auf dieses Geschäft (nicht auf ein Versprechen, dessen Erfüllung, ohne an die Bedingung des Überlebens geknüpft zu sein, auf den Todestag des Schenkers hinausgeschoben ist, RG 53, 296) finden nach § 2301 die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung; doch gilt Schenkungsrecht, wenn der Schenker die Schenkung durch Leistung des zugewendeten Gegenstandes vollzieht. Stets muß im Einzelfall geprüft werden, ob trotz der Bedingung oder Befristung die Leistung selber (die Abtretung, der Erlaß) sofort vorgenommen ist oder ob einstweilen nur versprochen wurde, unter der bestimmten Bedingung oder an dem künftigen Tage leisten zu wollen. Die Erklärung des Darlehnsgebers in RG JW 1910, 938[13], nach seinem Tode solle seine Enkelin die Darlehnssumme bekommen, war ein formbedürftiges Schenkungsversprechen. Ebenso wurde in RG Warn 08 Nr 302, wo der Gläubiger dem Schuldschein nachträglich die Worte hinzugefügt hatte, „dieser Schein wird mit meinem Tode ungültig“, nur ein Schenkungsversprechen angenommen, und zweifellos handelte es sich um nichts weiter in RG 5. 3. 15 II 250/14, wo das Schreiben des Gläubigers an den Schuldner dahin lautete, er verpflichte sich, falls eine vom Schuldner geplante Heirat bis zum 1. Oktober des nächsten Jahres nicht zustande kommen würde, nach diesem Termine auf die Forderung zu verzichten (vgl. ferner RG Recht 1916 Nr 926). Eine vollzogene Schenkung liegt auch dann nicht vor, wenn ein dem Tode naher Erblasser eine Person, der er Wertpapiere zuwenden will, formlos ermächtigt, sie nach seinem Tode abzuheben (RG JW 04, 337[3]; vgl. RG LZ 1919, 692; OLG Dresden LZ 1919, 444), oder wenn er die Papiere einem Boten behändigt, der sie erst nach seinem Tode jener Person übergibt (RG 83, 223). Die Formen der Verfügungen von Todes wegen lassen sich auf solche Weise nicht umgehen (anders RG 88, 137: §§ 328 ff., fideicommissum a debitore relictum; vgl. dagegen aber RG 98, 281).

2. **Gerichtliche oder notarielle Beurkundung** (vgl. §§ 167 ff. FGG, Art 141 EG). Die Vorschrift gilt auch für Schenkungsversprechen von Kaufleuten, obwohl sie nach §§ 343, 344 HGB Handelsgeschäfte sein können (vgl. § 350 HGB, RG Holdheim 04, 128). Nur das Versprechen des Schenkers ist an die Form gebunden; die Annahmeerklärung des Beschenkten kann formlos, auch stillschweigend erfolgen und wird unter den Umständen des § 516 Abs 2 fingiert. Wie sich ferner aus Satz 2 des Abs 1 ergibt, unterliegt dem Formzwang auch nur das Leistungsversprechen schlechthin. Die Tatsache, daß es schenkweise erfolgt, braucht nicht urkundlich gemacht, kann vielmehr verschleiert werden (RG 98, 124; s. auch § 516 A 7 und aus früherem Recht RG 15, 293; 22, 191). Die Beurkundung muß aber auch wirklich das Versprechen, nicht eine bloße Vollmacht zum Inhalt haben (RG JW 1920, 490[1]: Auflassungsvollmacht mit Ermächtigung, an sich selbst aufzulassen).

Neben der Schenkungsform finden die sonstigen Formvorschriften Anwendung. So nach §§ 311, 313, 2371, 2385 bei Schenkung eines ganzen Vermögens, eines Grundstücks (RG 82, 152), einer Erbschaft; vgl. ferner § 312 Abs 2, GmbHG § 15 Abs 3, 4.

3. Da das Gesetz durch den Formzwang übereilte Schenkungsversprechen verhüten will, faßt es auch ein **abstraktes Versprechen, das schenkweise erteilt ist,** nicht als Vollziehung der Schenkung auf. Auch ein solches Versprechen muß vielmehr gerichtlich oder notariell beurkundet werden, wobei dem Wesen der Sache entsprechend die causa donandi in der Urkunde nicht erwähnt wird (RG 98, 128). Unterbleibt die Beurkundung, so ist es ebenso nichtig wie ein Versprechen, das den Schuldgrund der Schenkung in sich aufgenommen hat; es tritt nicht bloß Entkräftbarkeit durch eine Bereicherungseinrede (§ 821) ein. Die Regelung ist mithin dieselbe wie in den Fällen der §§ 656 Abs 2, 762 Abs 2 (Ehemäklerlohn, Spiel und Wette): Berücksichtigung durch den Richter, auch wenn der Mangel nur durch den Vortrag des Beschenkten kundbar wird; kein einseitiger und formloser Verzicht des Schenkers auf die Einwendung. Statt von abstraktem Versprechen spricht das Gesetz nur von dem Schuldversprechen des § 780 und dem Schuldanerkenntnis des § 781 (mit letzterem ist der Fall gemeint, wenn das Anerkenntnis ohne Gegenleistung und im Einverständnis darüber erteilt ist, daß die anerkannte Schuld nicht besteht, vgl. § 812 A 11 unter 1c). Gedacht ist die Vorschrift aber allgemein und muß daher auch auf das Anweisungsakzept des Schenkers (§ 784) sowie namentlich auf seine wechsel- und scheckmäßigen Versprechen (vgl. RG 71, 289; Warn 1918 Nr 165) bezogen werden. Die Heilung nach Abs 2 findet bei indossablen Papieren immer erst dann statt, wenn der Beschenkte nichts mehr zu fordern hat. Solange sich das Papier in dessen Hand befindet, kann ihm der Schenker die Einwendung der formlosen Schenkung entgegenhalten. Mit dem Indossament hört diese Möglichkeit auf (vgl. Art 82 WO, § 364 HGB), die Schenkung ist nunmehr vollzogen. — Auch durch Einkleidung eines formlosen Schenkungsversprechens in ein Darlehen (§ 117 Abs 2) oder durch Umwandlung in ein solches (§ 607 Abs 2) wird an der Ungültigkeit nichts geändert (RG SeuffA 69 Nr 121).

4. **Heilung des Formmangels durch Bewirkung der Leistung.** Selbstverständlich ist eine vollzogene Schenkung als Handgeschenk gültig, mag ein formloses Schenkungsversprechen vorausgegangen sein oder nicht (RG Warn 1913 Nr 249). Der Abs 2 ordnet aber, hierüber hinausgehend, eine Heilung des formlosen Versprechens an. Auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Nichtigkeit des Schenkungsversprechens erfolgt, ist die cond. indebiti ausgeschlossen, weil durch die Leistung selbst eine gültige Verpflichtung entsteht (a. M. anscheinend RG Warn 1915 Nr 142). Ändern die Parteien das Versprechen bei der Leistung nicht ab so wird dieses auch so gültig, wie es erteilt war, also mit denselben Bedingungen, Auflagen oder sonstigen Nebenbestimmungen (Ausschließung des ehemännlichen oder elterlichen Rechtes, §§ 1369, 1440, 1526, 1638, 1651), und, sofern es sich um eine gemischte Schenkung handelt, in der vereinbarten Verbindung mit dem entgeltlichen Teil des Geschäfts. Die Worte „Bewirkung der versprochenen Leistung" nötigen nicht dazu, der Hingabe an Erfüllungs Statt (§ 364) die heilende Wirkung zu versagen. Die Schenkung ist auch dann vollzogen, wenn der Versprechende, der sich irrtümlich für verpflichtet hält, mit Zustimmung des angeblichen Gläubigers eine andere als die vermeintlich geschuldete Leistung bewirkt, wogegen ein Dritter, der ohne Auftrag des Versprechenden leistet, keine Heilung herbeiführt. Stets muß die Leistung freiwillig erfolgt sein; Beitreibung auf Grund eines fehlgehenden vorläufig vollstreckbaren Urteils würde nicht genügen. Teilweise Erfüllung macht das Versprechen insoweit gültig, als sie reicht. Während die Gültigkeit des erfüllten Teiles durch die Ungültigkeit des nicht erfüllten nicht beeinträchtigt wird, kann anderseits Vollendung der Erfüllung kraft der formlosen Zusage nicht beansprucht werden, RG 77, 335; Gruch 60, 1002 (Dividendenscheine ohne Mäntel, Mäntel ohne Zinsscheine). Mangelhafte Erfüllung hat Heilung überhaupt nicht zur Folge. Daher nach Eviktion der vom Schenker geleisteten Sache keine Haftung nach § 523 Abs 2, wohl aber bei arglistigem Verschweigen des Mangels Haftung nach § 523 Abs 1. Nur der Formmangel des Schenkungsversprechens wird durch Vollziehung der Schenkung geheilt. Leidet das Geschäft noch an andern Mängeln, etwa an Verstößen gegen andere Formvorschriften, so bleibt es unwirksam. Umgekehrt tritt keine Heilung der Form des § 518 ein, wenn nur andere Formfehler geheilt werden. Ein Schenkungsversprechen, wodurch der Grundstücksverkäufer dem Käufer formlos zusichert, eine in Anrechnung auf den Kaufpreis zu übernehmende Hypothek, falls sie dem Verkäufer abgetreten werden sollte, löschen zu lassen, gewinnt durch Auflassung und Umschreibung des Grundstücks keine Kraft (vgl. RG Warn 1911 Nr 12; § 313 A 4 a. E.).

§ 519

Der Schenker ist berechtigt, die Erfüllung eines schenkweise erteilten Versprechens zu verweigern, soweit er bei Berücksichtigung seiner sonstigen

Verpflichtungen außerstande ist, das Versprechen zu erfüllen, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird[1])[2]).

Treffen die Ansprüche mehrerer Beschenkten zusammen, so geht der früher entstandene Anspruch vor[3]).

E II 466; P 2 21, 22; KB 66.

1. Befindet sich der Schenker in dürftiger Lage, so kommt ihm das Gesetz mit der **Rechtswohltat des Notbedarfs** (beneficium competentiae) zu Hilfe. Gewährt wird eine Einrede gegen den noch unerfüllten Anspruch (§ 519) und, unter schwereren Voraussetzungen, ein Anspruch auf Herausgabe nach Vollziehung der Schenkung (§§ 528, 529). Beiden Rechtsbehelfen ist gemeinsam, daß es nicht darauf ankommt, ob der Schenker schon zur Zeit der Schenkung bedürftig war oder ob er es erst später geworden ist. Auch der Fall, wenn mehrere Schenkungen desselben Schenkers zusammentreffen, ist in § 519 Abs 2 und in § 528 Abs 2 übereinstimmend geregelt. Ebenso gilt für beide Rechtsbehelfe, daß sie den Schenker gegen seinen eigenen Leichtsinn schützen sollen und daß er deshalb nicht im voraus auf sie verzichten kann.

2. Die **Einrede des Notbedarfs** richtet sich gegen den Anspruch auf Erfüllung eines Schenkungsversprechens oder eines schenkweise erteilten abstrakten Versprechens. Sie ist im Hauptprozeß, nicht erst bei der Vollstreckung, vorzubringen und zu verhandeln, wirkt aber nur soweit als, gegenständlich und zeitlich genommen, die Bedürftigkeit des Schenkers reicht. Die Klage kann teilweise abgewiesen werden; wird sie ganz abgewiesen, so kann sie der Beschenkte doch von neuem erheben, falls es ihm gelingt, eine Besserung der Umstände des Schenkers darzutun. Gegen den durch Urteil festgestellten Anspruch findet eine Einrede auf Grund späterer Vermögensverschlechterung nur nach Maßgabe des § 767 ZPO statt. Zweifelhaft ist, inwiefern die Einrede auch Bürgen, Schuldübernehmern oder Schuldmitübernehmern zugute kommt. Da der Gläubiger gegen die Vermögensunzulänglichkeit des Schenkers durch den Beitritt jener Personen gerade geschützt werden soll, werden sie sich hierauf nicht berufen können (vgl. auch § 768 Abs 1 Satz 2, § 193 KO). Dagegen steht es, wenn auch nicht dem Bürgen, so doch den Nach- und Mitschuldnern frei, die eigene Bedürftigkeit geltend zu machen, denn auch sie haften aus dem Rechtsgrund der Schenkung. — Vorausgesetzt ist entweder Gefährdung (nicht: Beeinträchtigung; naheliegende Besorgnis einer solchen genügt) des eigenen standesmäßigen (nicht: notdürftigen) Unterhalts (§ 1610) oder Gefährdung der dem Schenker kraft Gesetzes, also nicht lediglich kraft Vertrags, obliegenden Unterhaltspflichten. Als gesetzliche Unterhaltspflichten kommen in Betracht: die der Ehegatten, §§ 1360ff. (§§ 1345, 1351), auch der geschiedenen (§§ 1578ff.), der Verwandten (§§ 1601ff.), des Vaters gegen das Kind aus nichtiger Ehe (§§ 1700, 1703), des Vaters des unehelichen Kindes (§§ 1708ff.; vgl. auch §§ 1739, 1766). Bei der Frage, ob Gefährdung vorliegt, sind die sonstigen Verpflichtungen des Schenkers zwar nicht schlechthin vom Vermögen abzuziehen, aber doch sämtlich zu „berücksichtigen", mithin, wenn sie erst später fällig werden, zu einem angemessenen Betrage in Ansatz zu bringen.

3. **Bei mehrfachen Schenkungen desselben Schenkers geht die ältere der jüngeren vor** (ähnlich § 2329 Abs 3). Entscheidend ist die Entstehung des Anspruchs, also der Zeitpunkt der Annahme der Schenkung, auch wenn der Anspruch bedingt oder betagt ist und vor Eintritt der Bedingung oder des Termins eine neue Schenkung erfolgt; die früher vorgenommene Schenkung soll durch eine spätere nicht beeinträchtigt werden. Gegenüber dem Anspruch des später Beschenkten darf sich der Schenker auf die frühere berufen, nicht steht ihm umgekehrt gegen den früher Beschenkten eine Einrede wegen der späteren Schenkung zu. Hat er dem zweiten Beschenkten gegenüber die Geltendmachung der Einrede absichtlich unterlassen, um den ersten zu schmälern, so kann dieser verlangen, daß dasjenige, was mit Rücksicht auf ihn dem zweiten hätte abgezogen werden müssen, als noch vorhanden gerechnet wird. Mehrere gleichzeitige Schenkungen sind gleichmäßig zu kürzen.

§ 520

Verspricht der Schenker eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung, so erlischt die Verbindlichkeit mit seinem Tode, sofern nicht aus dem Versprechen sich ein anderes ergibt[1]).

E I 447 II 467; M 2 298, 299; P 2 30.

1. Das **schenkweise Versprechen einer in wiederkehrenden Leistungen zu entrichtenden Unterstützung** (Renten, Lebensunterhalt, nicht aber Teilzahlungen eines geschenkten Kapitals) erlischt mangels gegenteiliger Abrede mit dem Tode des Schenkers, geht also auf dessen Erben nicht über. Tritt jemand als Mitschuldner neben den Schenker, so wird im

Zweifel der Tod des Erstversterbenden maßgebend sein. Auch der Anspruch des Beschenkten ist nach dem Sinne des Vertrags regelmäßig unvererblich; vgl. wegen der Leibrente § 759, wegen des Unterhaltsanspruchs §§ 1615, 1713. Bereits fällig gewordene Ansprüche (Rückstände) werden durch den Tod des einen oder des andern Teiles nicht berührt.

§ 521

[1])**Der Schenker hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten**[2]).

E I 442 II 468; M 2 296; P 2 21.

1. Die §§ 521—524 bringen den Gedanken zum Ausdruck, daß der Schenker **wegen Verschuldens, Verzugs und wegen Rechts- und Sachmängel möglichst milde zu haften hat.** Weitere Milderungen können sich aus dem Wesen der Sache ergeben. Namentlich wird meistens anzunehmen sein, daß der Beschenkte das Geschenk — entgegen § 270 auch ein Geldgeschenk — beim Schenker abzuholen hat, so daß dessen gewöhnlicher Aufenthaltsort der Leistungsort ist. Doch liegt die allgemeine Pflicht eines Schuldners, die Kosten der Erfüllung zu tragen (z. B. Auflassungskosten), auch dem Erteiler eines Schenkungsversprechens ob (Mot 5, 193; vgl. RFinHof 1, 59). Die Abmilderungen der Haftung folgen aus der Natur des Schenkungsversprechens und kommen daher auch den Erben des Schenkers sowie seinem Schuldübernehmer oder Schuldmitübernehmer zustatten.

2. Abweichend von der Regel des § 276 Abs 1 hat der Schenker **nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten.** Es gilt das sowohl für die Haftung wegen Nichterfüllung, also besonders bei Beschädigung des verschenkten Gegenstandes, wie auch für den Fall, daß schuldhaft eine unmögliche oder gesetzlich verbotene Leistung versprochen wird (§§ 307, 309). Der Schenker gerät auch nur bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Versäumung rechtzeitiger Leistung in Verzug (§ 285); erst wenn er sich im Verzuge befindet, steigert sich seine Haftung gemäß § 287. Dagegen bleibt er zur Leistung der Surrogate nach § 281 verpflichtet. Bedient er sich eines Erfüllungsgehilfens (§ 278), so vertritt er auch in Ansehung von dessen Verfehlungen außer Vorsatz nur grobe Fahrlässigkeit (RG 65, 20). Die Haftung des Schenkers kann durch Vertrag verschärft wie auch weiter gemildert werden; nur das pactum de dolo non praestando ist nach § 276 Abs 2 auch hier unwirksam.

§ 522

Zur Entrichtung von Verzugszinsen ist der Schenker nicht verpflichtet[1]).

E I 445 II 469; M 2 297, 298; P 2 29, 30.

1. Nach § 521 kommt der Schenker nur bei grober Fahrlässigkeit in Verzug. § 522 macht von den gewöhnlichen Folgen des Verzuges nur die eine Ausnahme, **daß der Beschenkte nicht ohne weiteres die 4% des § 288 verlangen kann.** Dagegen bleiben die §§ 286, 287 bestehen; der Beschenkte kann Ersatz des Verzugsschadens fordern, wenn er ihn im Einzelfall beweist. Anwendbar bleiben auch die §§ 291 (Prozeßzinsen) und 292 (gesteigerte Haftung bei Verpflichtung zur Herausgabe eines Gegenstandes).

§ 523

[1])**Verschweigt der Schenker arglistig einen Mangel im Rechte, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen**[2]).

Hatte der Schenker die Leistung eines Gegenstandes versprochen, den er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte wegen eines Mangels im Rechte Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, wenn der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist. Die für die Gewährleistungspflicht des Verkäufers geltenden Vorschriften des § 433 Abs 1, der §§ 434 bis 437, des § 440 Abs 2 bis 4 und der §§ 441 bis 444 finden entsprechende Anwendung[3]).

E I 443 II 470; M 2 296, 297; P 2 25—28; 6 183.

1. Bei der Frage der **Gewährleistung für Mängel im Recht** unterscheidet das Gesetz, ob der verschenkte Gegenstand schon zum Vermögen des Schenkers gehört oder ob er erst erworben werden soll. Im ersten Falle haftet der Schenker nur bei arglistigem Verschweigen, im zweiten bei Kenntnis oder grobfahrlässiger Nichtkenntnis des Mangels. Für beide Fälle läßt sich die Haftung durch Vertrag steigern. Ein Gewährleistungsversprechen verpflichtet nach den allgemeinen Vorschriften, so daß § 276 Abs 1, nicht § 521 Anwendung findet. Das Versprechen bedarf aber der in § 518 bestimmten Form.

2. **Schenkungsversprechen und Handgeschenke, deren Gegenstand sich bereits im Vermögen des Schenkers befindet,** verpflichten ihn nach dem Gesetze, den Gegenstand so zu leisten, wie er ihn hat. Ein Recht, das ihm selbst nicht zusteht, braucht er dem Beschenkten nicht zu verschaffen. Das ändert sich auch dadurch nicht mit Notwendigkeit, daß er den Mangel im Rechte kennt; er darf vielleicht annehmen, daß auch der Beschenkte Kenntnis haben wird. Nur wenn er den Mangel arglistig verschweigt, soll er haften, aber auch nur auf Ersatz des gerade dadurch — durch das Verschweigen — entstehenden Schadens, d. h. auf das negative Vertragsinteresse. Es liegt ein Fall des Verschuldens beim Vertragsschluß vor (dolus in contrahendo), wie er auch in § 463 Satz 2, § 600 und bei bloßer Fahrlässigkeit in § 694 als Grund einer Ersatzpflicht anerkannt ist. Daraus, daß sich das Verschulden nicht auf die Erfüllung des Vertrags bezieht, folgt aber nicht, daß das Recht der unerlaubten Handlungen anwendbar wäre. In Frage steht die Nichterfüllung einer vom Gesetz an das Stadium der Vertragsverhandlung geknüpften Aufklärungspflicht (vgl. RG 95, 60); daher Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach § 278 und keine Verjährung nach § 852.

3. **Schenkungsversprechen, dessen Gegenstand der Schenker erst erwerben soll.** Darauf, ob es sich um eine Sache im Sinne des § 90 oder um einen andern Gegenstand handelt (das Wort „Sache" in Abs 2 Satz 1 ist ungenau), ferner darauf, ob der Gegenstand der Gattung nach oder individuell bestimmt ist, endlich darauf, ob seine Nichtzugehörigkeit zum bisherigen Vermögen des Schenkers aus der Schenkungsurkunde hervorgeht oder nicht, kommt es nicht an. Da hier überall schon der Erwerb zur Erfüllung gehört, haftet der Schenker gemäß § 521, wenn er sich behufs Verschaffung des Rechts bewußt oder grobfahrlässig an die nichtberechtigte Person wendet. Dabei kommen alle Rechtsmängel in Betracht, für deren Beseitigung nach § 433 Abs 1, §§ 434—437 ein Verkäufer einstehen muß. Der Beschenkte kann, wenn der Schenker beim Erwerb in dem bezeichneten Maße schuldhaft verfahren ist, Nachholung des Versäumten (§ 433 Abs 1) sowie unter den ferneren Voraussetzungen der §§ 280 Abs 2, 283, 286 und §§ 440 Abs 2—4, 441 Schadensersatz wegen Nichterfüllung (positives Erfüllungsinteresse) verlangen. Auch die §§ 442—444 (Beweislast des Käufers, vertragsmäßige Haftungsbeschränkung, Auskunftspflicht des Verkäufers) sollen entsprechend angewendet werden.

§ 524

[1])**Verschweigt der Schenker arglistig einen Fehler der verschenkten Sache, so ist er verpflichtet, dem Beschenkten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen**[2]).

Hatte der Schenker die Leistung einer nur der Gattung nach bestimmten Sache versprochen, die er erst erwerben sollte, so kann der Beschenkte, wenn die geleistete Sache fehlerhaft und der Mangel dem Schenker bei dem Erwerbe der Sache bekannt gewesen oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben ist, verlangen, daß ihm an Stelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie geliefert wird. Hat der Schenker den Fehler arglistig verschwiegen, so kann der Beschenkte statt der Lieferung einer fehlerfreien Sache Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Auf diese Ansprüche finden die für die Gewährleistung wegen Fehler einer verkauften Sache geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[3]).

E I 444 II 471; M 2 297; P 2 28, 29; 6 183.

1. Auch bei der **Gewährleistung für Mängel der Sache** ist zu unterscheiden zwischen einer gewöhnlichen Haftung nur wegen arglistigen Verschweigens und einem Einstehen für Vermeidung wenigstens grober Fahrlässigkeit. Doch gilt hier die regelmäßige Beschränkung auf Arglist nicht nur in dem Fall, wenn die Sache einen Bestandteil des Vermögens des Schenkers bildet, sondern auch in dem andern, wenn er sie erst erwerben soll und sie individuell bestimmt ist. Die Abweichung von § 523 ist darin begründet, daß dem Schenker zwar zugemutet werden darf, sich zur Beseitigung von Rechtsmängeln einer individuellen Sache an die richtige Adresse zu wenden, daß er die Sache aber in tatsächlicher Beziehung doch nur so verschenken soll, wie sie ist. Die Haftung nach Abs 2 des § 524 gilt daher lediglich für den Erwerb von Gattungssachen. Stets haftet der Schenker kraft Gesetzes nur wegen Fehler im Sinne des § 459 Abs 1. Die Zusicherung von Eigenschaften ist hier gleichbedeutend mit dem Abschluß eines Garantievertrags. Erforderlich dafür ist die Form des § 518; die Haftung aus dem Vertrage richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, so daß § 521 nicht eingreift.

2. **Arglistiges Verschweigen,** dolus in contrahendo, gerade bei tatsächlichen Mängeln nicht ohne weiteres mit Kenntnis gleichzusetzen. Die Verpflichtung geht auf Ersatz des

Schadens, den der Beschenkte durch sein Vertrauen auf die Fehlerlosigkeit der Sache erlitten hat, mithin auf das negative Vertragsinteresse (z. B. das geschenkte Tier war krank und hat die Tiere des Beschenkten angesteckt).

3. Schenkungsversprechen in Ansehung von Gattungssachen, die erst erworben werden sollen. Nach § 243 Abs 1 muß der Schenker eine Sache mittlerer Art und Güte leisten; doch wird er durch Leistung einer fehlerhaften Sache befreit, sofern er den Fehler ohne grobe Fahrlässigkeit beim Erwerb übersehen hat. Beruhte dagegen seine Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit oder wußte er geradezu um den Fehler, so hat der Beschenkte Anspruch darauf, daß ihm an Stelle der mangelhaften eine fehlerfreie Sache geliefert wird. Auf diesen Nachlieferungsanspruch finden die in § 480 Abs 1 und § 491 angezogenen Vorschriften entsprechende Anwendung. Auf bloßes Unvermögen zur Leistung kann sich der Schenker, solange die Leistung aus der Gattung möglich bleibt, nach § 279 nicht berufen. Statt solcher Nachlieferung darf der Beschenkte dann, wenn der Schenker einen ihm beim Erwerb der Sache schon bekannten oder später zur Kenntnis gelangten Fehler sogar arglistig verschwiegen hat, Schadenersatz wegen Nichterfüllung (positives Erfüllungsinteresse) verlangen. Hierfür gelten entsprechend die §§ 464, 476—479 (Annahme der Sache durch den Käufer in Kenntnis des Mangels, vertragsmäßige Haftungsbeschränkung, Verjährung).

§ 525

Wer eine Schenkung unter einer Auflage macht[1]), kann die Vollziehung der Auflage verlangen[2]), wenn er seinerseits geleistet hat[3]).

Liegt die Vollziehung der Auflage im öffentlichen Interesse, so kann nach dem Tode des Schenkers auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen[4]).

E I 448 Abs 1 II 472; M 2 299—301; P 2 30, 31; 6 183.

1. Unter **Auflage** (modus) ist **die einer Freigebigkeit hinzugefügte Verpflichtung zu einer Leistung** zu verstehen. Es handelt sich um eine Nebenbestimmung des Geschäfts, die eine wirtschaftliche Minderung der Freigebigkeit enthält und zugleich darin besteht, daß der Empfänger etwas leisten muß. Außer der in den §§ 525—527 geregelten Schenkung unter Auflage kommt die Auflage auch als Verfügung von Todes wegen vor (§§ 1940, 1941, 2192—2196). Doch weicht deren Recht darin ab, daß der durch die Auflage Begünstigte kein Forderungsrecht auf die Leistung hat (§§ 1940, 2194), wogegen aus der Schenkung unter Auflage ein Anspruch des Begünstigten auf Erfüllung, allerdings erst nach Vollziehung der Schenkung, erwächst (§ 525 Abs 1). — Die dem Beschenkten auferlegte Leistung kann gemäß § 241 jedes Tun oder Unterlassen zum Inhalt haben. Sie kann darin bestehen, daß er das Zugewendete ganz oder zum Teil in bestimmter Weise verwendet oder daß er aus seinem sonstigen Vermögen etwas leistet oder eine Leistung nicht geldwerter Art bewirkt. Bei den Anordnungen über die Verwaltung des Zugewendeten, die in den §§ 1369, 1440, 1638, 1639, 1651, 1803, 1917 erwähnt werden (vgl. Vorbem 2 unter c), handelt es sich nicht um eine Leistung des Beschenkten und daher nicht um Auflagen. Die Auflage kann sowohl zugunsten des Schenkers beigefügt sein (vgl. RG 60, 240) wie zugunsten eines Dritten und grundsätzlich auch zu eigenen Gunsten des Beschenkten (z. B. Schenkung einer Summe mit der Auflage, ein bestimmtes Studium zu ergreifen). Doch wird bei einer nur den Interessen des Beschenkten dienenden Leistung meist nichts als ein unverbindlicher Rat oder Wunsch vorliegen. Die Feststellung der Auflageschenkung im Einzelfall kann Schwierigkeiten bereiten. Vor allem ist stets an dem Erfordernis einer Schenkung festzuhalten. Soll der Empfänger den ganzen zugewendeten Betrag weitergeben, so ist er nur Treuhänder und kann mangels Bereicherung nicht Schenknehmer sein (a. M. RG WarnJ A 07 Anhang Nr 78). Schenkung ist aber gegeben, wenn es sich um eine juristische Person handelt, die die Gabe zu einem satzungsmäßigen Zwecke zu verwenden hat (vgl. § 516 A 3). Wird letzterenfalls die Verwendung bei Vornahme der Zuwendung ausdrücklich vorgeschrieben, so tritt zu dem satzungsmäßigen Zwang eine Verpflichtung kraft Rechtsgeschäfts hinzu, die die Schenkung zur Auflageschenkung macht und die Erfüllung der Pflicht durch den Leistungsanspruch des § 525 sichert (a. M. RG JW 1913, 640[3]). Sodann ist festzuhalten an dem Erfordernis, daß dem Empfänger der Zuwendung eine Leistung auferlegt werden muß. Die Schenkung eines Grundstücks „mit dem im Grundbuch verzeichneten Hypothekenstande“ ist reine Schenkung, da der Empfänger nichts anderes leisten soll, als was sich für ihn als neuen Eigentümer schon aus dem Gesetze ergibt (RG Warn 1916 Nr 132). Auch die Abgrenzung gegen den entgeltlichen Vertrag kann im einzelnen Fall zu Zweifeln Anlaß geben. Die Begriffsbestimmung in RG 60, 241 (vgl. auch JW 1915, 513[11]), daß hier eine wechselseitige Abhängigkeit der beiden Leistungen voneinander bestehe, dort

nur die eine Leistung von der andern, nicht auch diese von jener abhängig sei, verwechselt den entgeltlichen Vertrag mit seiner Unterart, dem gegenseitigen (vgl. § 516 A 4, § 527 A 1). Vielmehr kommt es darauf an, ob die Parteien Leistung und Gegenleistung einander gleichstellen oder ob sie die eine als Hauptsache, die andere als Nebensache behandeln. Der Wert der Leistungen wird hierfür das wichtigste und in der Regel zutreffende Kennzeichen bilden. Übernimmt der Erwerber eines hypothekarisch belasteten Grundstücks die persönliche Schuld, so wird Schenkung vorliegen (RG 60, 238), es sei denn, daß die Schulden dem Wert des Grundstücks gleichkommen oder ihn übersteigen (RG JW 1915, 513[11]). Daß anderseits die Gleichwertigkeit der beiden Leistungen das Vorhandensein einer Schenkung unter Auflage nicht notwendig ausschließt, wird bestätigt durch § 526 (vgl. RG 60, 240; JW 1910, 491[41]; RG Recht 08 Nr 1778; a. M. RG 62, 389f.) und ergibt sich schon aus der Erwägung, daß die Parteien über den Wert irren können. Denkbar wäre sogar eine Auflageschenkung, bei der sich jede Partei insgeheim der völligen Erschöpfung der Zuwendung bewußt wäre. Nur als Inhalt des Vertrags muß erkennbar sein, daß die beiden Leistungen einander nicht gleichgesetzt werden, vielmehr die Leistung der einen Partei einen Nebenzweck darstellen soll. Von der gemischten Schenkung unterscheidet sich die Auflageschenkung dadurch, daß sich der Vertrag nicht aus einem unentgeltlichen und einem entgeltlichen Teil zusammensetzt. Der Gegenstand der Zuwendung wird in vollem Umfange geschenkt, auch soweit sein Wert durch den der Auflage aufgewogen wird (RG 60, 242). — Daß die Auflage nur einen Nebenzweck des Geschäfts bildet, gewinnt Bedeutung, wenn sie wegen Verletzung eines Verbotsgesetzes (§§ 134, 309) oder wegen tatsächlicher Unmöglichkeit (§ 306) nichtig ist. Es greift dann nicht die Regel, sondern die Ausnahme des § 139 Platz: entsprechend der Vorschrift für erbrechtliche Auflagen (§ 2195) bleibt, wenn nicht ein gegenteiliger Wille erhellt, die Schenkung bei Bestand. Das gleiche gilt bei Unsittlichkeit der Auflage (§ 138), doch ist hier stets zu prüfen, ob nicht der ganze Vertrag unsittlich ist. Wird die Leistung des Beschenkten ohne sein Verschulden nachträglich unmöglich, so behält er das Geschenk und wird nach § 275 von der Last frei, während er bei Verschulden auf Rückgabe nach § 527 haftet. Umgekehrt macht Unmöglichkeit der Erfüllung des Schenkungsversprechens auch die Auflage unwirksam. Ist die Erfüllung des Versprechens teilweise unmöglich geworden, so muß die Auflage noch insoweit vollzogen werden, als sich der Beschenkte auch ohne den weggefallenen Teil zur Vollziehung verpflichtet haben würde. Eine Befreiung von der Auflage tritt auch dann ein, wenn das Geschenk wegen Notbedarfs zurückgefordert (§§ 528, 529) oder wegen Undanks des Beschenkten widerrufen ist (§ 530); ebenso nach Anfechtung des Geschäfts wegen Gläubigerbenachteiligung (§ 32 KO, § 3 Nr 3, 4 AnfG).

2. Außer dem **Schenker** selber können auch seine **Erben** die Vollziehung der Auflage verlangen. Wurde dem Beschenkten die Leistung an einen Dritten auferlegt, so hat nach § 330 Satz 2 im Zweifel der Dritte einen eigenen Anspruch auf Erfüllung. Doch wird hierdurch nach § 335, sofern nicht ein gegenteiliger Wille anzunehmen ist, das Recht des Schenkers, auf Leistung an den Dritten zu klagen, nicht berührt. Die beiden Berechtigten verhalten sich zueinander wie Mitgläubiger bei unteilbarer Leistung (§ 432); die Leistung an den Dritten ist notwendig zugleich Leistung an den Schenker (vgl. RG 66, 161). Natürlich kann auch der Dritte Erfüllung der Auflage erst nach Vollziehung der Schenkung fordern (§ 334); auch ihm steht die Einrede aus § 526 Satz 1 entgegen, während der Ersatzanspruch nach Satz 2 nur gegen den Schenker gerichtet werden kann. Die Kondiktion des Schenkers nach § 527 wird durch den Erfüllungsanspruch des Dritten ausgeschlossen. Ob die Vertragsparteien das dem Dritten zustehende Recht ohne seine Zustimmung aufheben oder abändern können, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen (§ 328 Abs 2). — Über Auflagen von öffentlichem Interesse s. A 4.

3. **Die Vollziehung der Auflage kann erst verlangt werden, wenn der Schenker seinerseits geleistet hat**; der Modus zwingt, aber suspendiert nicht. Der Satz ist nachgiebigen Rechtens, so daß Leistung Zug um Zug oder Vorleistung des Beschenkten vereinbart werden kann. Kraft Gesetzes aber ist der Schenker vorleistungspflichtig, und zwar nicht nur in der Art, daß seine Forderung erst durch Bewirkung der eigenen Leistung fällig würde, sondern so, daß sie hierdurch bedingt ist. Daher gehört der Nachweis des Schenkungsvollzugs für den Auflageanspruch zur Klagbegründung; die vorher erfüllte Auflage ist als Nichtschuld kondizierbar. Anderseits kann die auferlegte Leistung schon in der Zwischenzeit zwischen Annahme und Erfüllung des Schenkungsversprechens durch einstweilige Verfügung gesichert werden. Hat der Schenker die versprochene Sache unter Verzicht auf das Rücknahmerecht berechtigterweise hinterlegt, so steht das der Erfüllung gleich (§ 378). Ein abstraktes Versprechen gilt auch in dieser Hinsicht nicht als Leistung (vgl. § 518 A 3). — Auch in dem besondern Falle, wenn der Beschenkte nach Abschluß des Schenkungsvertrags in Vermögensverfall gerät (vgl. § 321), steht dem Schenker ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu; auch hier ist er auf den Weg der einstweiligen Verfügung angewiesen.

4. Berührt die Schenkungsauflage das Gemeinwohl — liegt ihre **Vollziehung im öffent-**

lichen Interesse —, so kann, wie dies bei der erbrechtlichen Auflage vorgesehen ist (§ 2194), auch die zuständige Behörde die Vollziehung verlangen. Von öffentlichem Interesse ist die Auflage, wenn sie den Aufgaben der Gemeinschaft dient, mag es sich um Aufgaben der Reichs-, Staats-, Kirchen-, Schulverwaltung oder etwa einer Berufsgenossenschaft handeln. Die zuständige Behörde wird durch das Landesrecht bestimmt; vgl. für Preußen die AusfVO v. 16. 11. 99 Art 7 (Ressortminister oder von ihm beauftragte Unterinstanz). Das Recht der Behörde ist von anderer Art als das des Schenkers, seines Erben oder des begünstigten Dritten; es ist ein Recht ohne eigenes Interesse, nur darauf berechnet, die Durchsetzung der Auflage zum Besten des Gemeinwohls zu sichern. Vorausgesetzt wird immer, daß der Schenker gestorben ist. Solange er lebt, kann die Behörde nicht eingreifen, vielmehr steht es ihm frei, die Auflage zu erlassen. Dieser Befugnis entbehrt sein Erbe, mit dessen Forderungsrecht das behördliche Klagrecht konkurriert. Der Zweck der Bestimmung ist gerade der, daß die Behörde die dem Gemeinwohl förderliche Auflage auch gegen den Willen des Erben zur Geltung bringen soll.

§ 526

Soweit infolge eines Mangels im Rechte oder eines Mangels der verschenkten Sache der Wert der Zuwendung die Höhe der zur Vollziehung der Auflage erforderlichen Aufwendungen nicht erreicht, ist der Beschenkte berechtigt, die Vollziehung der Auflage zu verweigern, bis der durch den Mangel entstandene Fehlbetrag ausgeglichen wird[1])[2]). Vollzieht der Beschenkte die Auflage ohne Kenntnis des Mangels, so kann er von dem Schenker Ersatz der durch die Vollziehung verursachten Aufwendungen insoweit verlangen, als sie infolge des Mangels den Wert der Zuwendung übersteigen[3]).

E I 448 Abs 2 II 473; M 2 301; P 2 30—32.

1. Ist die verschenkte Sache mit einem **tatsächlichen oder rechtlichen Mangel** behaftet für den der Schenker nach §§ 523, 524 haften muß, so wird dem mit der Auflage beschwerten Schenknehmer, der hiervon keine Kenntnis hatte, ein doppelter Rechtsbehelf gewährt: eine Einrede gegen die Forderung auf Vollziehung der Auflage und ein Ersatzanspruch, wenn er diese bereits vollzogen hat. Beide Rechtsbehelfe richten sich auf den Fehlbetrag, der durch den Mangel an dem Wert der Zuwendung verursacht wird, auf den Fehlbetrag aber nicht etwa gegenüber dem mangelfreien Zustande, so daß der ganze Minderwert der Schenkung ausgeglichen würde, sondern nur gegenüber den Kosten der Auflage. — Den Fall, daß infolge eines andern, dem Beschenkten unbekannt gebliebenen Umstandes die Vollziehung der Auflage ihn ärmer machen würde, als er ohne die Schenkung war (Überschätzung des zugewendeten Gegenstandes, Unterschätzung der Auflage), behandelt das Gesetz nicht. Daraus darf aber nicht geschlossen werden, daß hier der Schenker unbekümmert um die Mehrbelastung Erfüllung verlangen könnte. Es entspricht dem Grundgedanken des Geschäfts, wonach die Auflage nur Nebensache ist, wenn man den Beschenkten nicht über den Wert des Empfangenen hinaus haften läßt. Bei der Beratung des Gesetzes ist der Fall übersehen worden. Die II. Kommission bemerkte aber doch zur Begründung der Abweichungen vom Entwurf, es sei innerlich gerechtfertigt, daß der Beschenkte, wenn ihm die Schenkung nicht den Gegenwert verschaffe, gegen dessen Empfang er sich zur Vollziehung der Auflage verpflichtet habe, die übernommene Leistungspflicht ablehnen könne (vgl. Prot 2, 31). Danach kann er, auch wenn er sich über das Wertverhältnis von Schenkung und Auflage geirrt hat, geltend machen, daß er nach Treu und Glauben nur nach Kräften der Schenkung zu erfüllen brauche (§ 242).

2. Die **Einrede des § 526** ist aufschiebender Natur; sie kann durch Nachzahlung des Fehlbetrags abgewendet werden und hemmt den Erfüllungsanspruch nur so lange, bis die Nachzahlung erfolgt. § 274 (Verurteilung Zug um Zug) findet Anwendung. Auch der Dritte, der ein Recht auf Vollziehung der Auflage hat, wird hiervon betroffen (§ 334). Hat aber der Beschenkte die Schenkung in Kenntnis des Mangels angenommen, so steht ihm arg. §§ 439, 460 die Einrede nicht zu. Der Umstand, daß Satz 2 die Unkenntnis des Mangels als Voraussetzung des Ersatzanspruchs nennt, bietet für einen Umkehrschluß keine Stütze, da dort eine noch zur Zeit der Vollziehung der Auflage fortdauernde Unkenntnis verlangt wird. Um die Einrede zu beseitigen, muß der Schenker beweisen, daß der Mangel dem Beschenkten bei Abschluß des Vertrags bekannt war.

3. Ist die Auflage bei Entdeckung des Mangels schon vollzogen, so wird dem Beschenkten gegen den Schenker — nicht auch gegen den dritten Empfänger — ein **Anspruch auf Nachzahlung des Fehlbetrags** gewährt. Der Grund des Anspruchs liegt in der bei Vollziehung

der Auflage bestehenden Unkenntnis des Mangels, die daher vom Beschenkten bewiesen werden muß. Fahrlässigkeit, auf der die Unkenntnis beruht, schadet nichts. Der Anspruch ist kein Bereicherungsanspruch, da er eine Bereicherung des Schenkers nicht voraussetzt, die Einrede des Satz 1 auch nur aufschiebend wirkt (vgl. § 813). Er ist vielmehr ein gesetzlicher Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen, für welchen § 256 (Zinspflicht) und § 257 (Anspruch auf Befreiung oder Sicherheitsleistung, wenn der Beschenkte behufs Vollziehung der Auflage eine Verbindlichkeit einging) maßgebend sind.

§ 527

Unterbleibt die Vollziehung der Auflage[1]), so kann der Schenker die Herausgabe des Geschenkes unter den für das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen bestimmten Voraussetzungen[2]) nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung insoweit fordern, als das Geschenk zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen[3]).

Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn ein Dritter berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen[4])[5]).

E II 474; P 2 32, 33.

1. Unterbleibt die Vollziehung der Auflage, so kann der Schenker auf Erfüllung klagen und das Zögerungsinteresse geltend machen (§ 286); in den Fällen der §§ 280, 283 steht ihm auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu. Ein Widerruf der Schenkung nach § 530 wird dann gestattet, wenn sich das Verhalten des Beschenkten als schwere Verfehlung und grober Undank darstellt. Hierzu tritt § 527, der dem Schenker, um ihm die eigene Verwirklichung der Auflage zu ermöglichen, unter gewissen eng begrenzten Voraussetzungen ein **Rückforderungsrecht** verleiht. Erfordert wird hierfür, daß die Auflage einen Vermögensaufwand bedingt, daß ferner nach den Vorschriften über gegenseitige Verträge der Rücktritt begründet sein würde (A 2) und daß nicht ein Dritter die Erfüllung verlangen kann (A 4). Liegt alles dies vor, so ist das Geschenk zurückzugeben, aber nur nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung und auch nur in dem Maße, wie es für die Ausführung der Auflage notwendig ist (A 3). — Von der Erwägung aus, daß ein so beschränktes Rückforderungsrecht, namentlich bei nicht geldwerten Leistungen, dem Bedürfnis nicht genüge, wird mitunter die Möglichkeit einer sog. Zweckschenkung behauptet. Danach soll die Leistung des Beschenkten, anders als bei der Auflageschenkung, nicht Gegenstand einer Verpflichtung sein, sondern den nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolg darstellen, so daß bei ihrem Ausbleiben ohne weiteres die Kondiktion nach § 812 Abs 1 Satz 2 gegeben wäre. Allein Schenkung und datum ob causam sind Gegensätze, jene ein unentgeltliches, dieses ein entgeltliches Geschäft, s. § 516 A 4 (kausale Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung). Es ist daher ausgeschlossen, daß beides in demselben Rechtsgeschäft zusammentreffen könnte (a. M. **RG** JW 1917, 848[3]). Ist es wirklich die nicht pekuniäre, von dem Zuwendungsempfänger nur in Aussicht gestellte Leistung, die nach der Vereinbarung den Zweck der Zuwendung bildet, so fassen die Parteien die Leistung als Entgelt für die Zuwendung auf, und Schenkungsregeln finden dann überhaupt keine Anwendung. Sind dagegen die Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung, d. h. über die Nebensächlichkeit der Leistung einig, nehmen sie mithin eine Schenkung vor, so ist der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg eingetreten und kann nicht mehr ausfallen. Ein gegenüber § 527 verstärktes Recht der Schenkungsrückforderung kann nur dadurch begründet werden, daß sich der Schenker für den Fall der Nichtvollziehung der Auflage den Rücktritt vorbehält (§ 346) oder daß er die Leistung des Beschenkten zur Bedingung der Schenkung macht.

2. **In Betracht kommen nach §§ 325, 326 folgende Fälle:** a) Unmöglichkeit der Vollziehung der Auflage infolge eines vom Beschenkten zu vertretenden Umstandes. Unmöglichkeit schlechthin genügt nicht, da sie ein Rücktrittsrecht nicht begründet; hat sie der Beschenkte nicht zu vertreten, so behält er das Geschenk lastenfrei (**RG** JW 1915, 1117[3]). Bei teilweiser Unmöglichkeit findet teilweise Rückforderung statt; den zur Vollziehung der ganzen Auflage nötigen Betrag kann der Schenker dann zurückfordern, wenn er an der teilweisen Vollziehung nicht interessiert ist. b) Rechtskräftige Verurteilung des Beschenkten und Mißachtung einer ihm nach § 283 gesetzten Nachfrist. c) Verzug des Beschenkten, wenn eine Nachfrist abgelaufen ist oder wegen endgültiger Erfüllungsweigerung nicht gesetzt zu werden braucht oder wenn der Schenker infolge des Verzugs an der Vollziehung der Auflage kein Interesse hat.

3. Anders als nach § 327 sollen nicht die Regeln über den vertragsmäßigen Rücktritt (§§ 346—356), sondern die milderen Vorschriften des **Bereicherungsanspruchs** zur Anwendung kommen. Herauszugeben ist das „Geschenk", d. h. je nach Lage des Falles der geschenkte Gegenstand oder dessen Wert. Zu den Sätzen des § 818 treten aber diejenigen des § 819 hinzu, denn von dem Augenblick an, wo der Beschenkte die Auflage zu vollziehen hatte, war er sich der Rechtlosigkeit seines Habens bewußt. Anderseits ist nicht die ganze Bereicherung des Beschenkten herauszugeben, sondern nur so viel, als zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen. Was darüber hinausgeht, soll der Beschenkte behalten. Erfordert die Auflage überhaupt keinen Vermögensaufwand, so greift die Rückforderung nicht Platz. Neben dem Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (s. A 1) kann sie nicht geltend gemacht werden.

4. Nur der Schenker und sein Erbe sind zur Rückforderung befugt. **Ihr Recht entfällt aber, wenn nach § 330 ein Dritter die Vollziehung der Auflage verlangen darf.** Vorausgesetzt wird hierbei, daß die Vertragsparteien das Recht des Dritten nicht wirksam aufgehoben haben (vgl. § 525 A 2) und daß es nicht anderweit, insbesondere durch Unmöglichwerden der Auflage, untergegangen ist. Ob alsdann der Dritte von seinem Recht Gebrauch macht oder nicht, ist gleichgültig. Bei dem Bestreben des Gesetzes, die Durchführung der Auflage möglichst sicherzustellen, muß unter dem „Dritten" auch die zuständige Behörde verstanden werden, die nach dem Tode des Schenkers im öffentlichen Interesse einschreiten kann.

5. Für den **bäuerlichen Gutsübernahmevertrag,** der nicht selten Schenkung unter Auflage ist, erscheint eine Rücknahme des Grundstücks durch den Auszügler wegen Säumnis des Hofannehmers mit dem Leibgeding unangebracht. Das PrAG (Art 15 § 7) bestimmt daher, daß der Anspruch nach § 527 ausgeschlossen sein soll.

§ 528

Soweit der Schenker nach der Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen standesmäßigen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten oder seinem früheren Ehegatten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen[1]), kann er von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern[2]). Der Beschenkte kann die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrags abwenden. Auf die Verpflichtung des Beschenkten finden die Vorschriften des § 760 sowie die für die Unterhaltspflicht der Verwandten geltende Vorschrift des § 1613 und im Falle des Todes des Schenkers auch die Vorschriften des § 1615 entsprechende Anwendung[3]).

Unter mehreren Beschenkten haftet der früher Beschenkte nur insoweit, als der später Beschenkte nicht verpflichtet ist[4]).

P 2 22—25; KB 66, 67.

1. Über die **Rechtswohltat des Notbedarfs** im allgemeinen vgl. § 519 A 1. Der Rückforderungsanspruch, den § 528 gewährt, findet nach Vollziehung der Schenkung statt, mag ein Schenkungsversprechen vorausgegangen sein oder nicht. Vorausgesetzt wird, daß der Schenker außerstande ist, seinen standesmäßigen Unterhalt (§ 1610 Abs 1) zu bestreiten und zugleich seine gesetzlichen Unterhaltspflichten gegen Verwandte, Ehegatten und frühere Ehegatten zu erfüllen. Nur die gesetzlichen, nicht die ausschließlich auf Vertrag beruhenden Unterhaltspflichten finden Beachtung; nur die Unterhaltspflichten gegenüber Verwandten und Gatten, also (vgl. § 1589 Abs 2) nicht die des außerehelichen Vaters nach § 1708; der Tatbestand ist schon dann verwirklicht, wenn die Mittel des Schenkers nur zu einem von beiden, entweder zur eigenen standesmäßigen Unterhaltung oder zur Ernährung der Verwandten und Gatten hinreichen. Daß das Unvermögen gerade durch die Schenkung herbeigeführt wäre, wird nicht erfordert; es genügt sogar, wenn es schon vor Vollziehung der Schenkung eingetreten ist. Enthält es gegenüber der Einrede des Notbedarfs (§ 519) schon eine Erschwerung, daß eine Unterhaltspflicht nach § 1708 außer Betracht bleibt, so liegt eine allgemeine Verschärfung der Voraussetzungen für die Rückforderung darin, daß das Unvermögen schlechthin, nicht bloß unter Berücksichtigung der sonstigen Verpflichtungen gegeben sein muß und daß es auf ein wirkliches Unvermögen, nicht nur auf bloße Gefährdung ankommt (vgl. **RG** SeuffA 61 Nr 102). Bei Prüfung der Frage des Unvermögens ist nach Lage des Falles auch darauf zu sehen, ob dem Schenker zugemutet werden kann, sich die

fehlenden Mittel durch Arbeit zu erwerben. Zeitlich entscheidend ist stets die letzte mündliche Verhandlung vor der Urteilsfällung.

2. **Der Rückforderungsanspruch ist ein Anspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung.** Das Gesetz geht davon aus, daß der Beschenkte nach Verarmung des Schenkers das Empfangene ohne rechtfertigenden Grund besitzt (§ 812). Den Gegenstand der Rückforderung bildet das Geschenk mit Nutzungen und Surrogaten (§ 818 Abs 1), jedoch nur so weit, als es zur Deckung des eigenen Unterhalts des Schenkers und der maßgebenden Unterhaltspflichten erforderlich ist. Bedarf der Schenker nicht des ganzen Geschenks und handelt es sich um einen unteilbaren Schenkungsgegenstand, so ist die Klage gemäß § 818 Abs 2 auf Ersatz des Wertes des betreffenden Geschenkteils zu richten (ähnlich § 527 A 3). Die Verpflichtung des Beschenkten ist ausgeschlossen, soweit er zur Zeit der Rechtshängigkeit nicht mehr bereichert ist, während von da an die gewöhnlichen Vorschriften der §§ 291, 292 Anwendung finden (§ 818 Abs 3, 4). Hat der Beschenkte das Geschenk unentgeltlich einem Dritten zugewendet und ist dadurch seine Herausgabepflicht erloschen, so trifft nach § 822 die Verpflichtung den Dritten (a. M. wegen der Worte „von dem Beschenkten" SächsArchR. 08, 480). Pflicht- und Anstandsschenkungen unterliegen der Rückforderung nicht (§ 534); weitere Verteidigungsbehelfe werden dem Gegner durch § 529 eingeräumt. Da es der freien Entschließung des Schenkers vorbehalten bleiben soll, ob er die Rückforderung geltend machen will, läßt § 852 Abs 2 ZPO die Pfändung nur in den Fällen zu, wenn der Anspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Wird aber der Schenker von unterhaltsberechtigten Verwandten belangt und bestreitet er, zur Leistung des Unterhalts imstande zu sein (vgl. § 1603), so muß der Anspruch aus § 528 seinem Vermögen hinzugerechnet werden (**RG** SeuffA 70 Nr 222). Eine Vereinbarung, wonach von vornherein auf die Rückforderung verzichtet wird, ist unwirksam (vgl. § 519 A 1). — Satz 3 des § 528 Abs 1 bezieht sich nicht auf den Rückforderungsanspruch des Schenkers, sondern auf die in Satz 2 angeordnete Ersetzungsbefugnis des Beschenkten. Gegenüber der sachlichen Erwägung, daß andernfalls Satz 2 überflüssig sein würde, tritt der Hinweis auf den Wortlaut des Gesetzes (Satz 2 „Zahlung des . . . Betrags", Satz 3 „auf die Verpflichtung des Beschenkten" . . .) um so mehr zurück, als die Fassung der erst von der Reichstagskommission aufgenommenen §§ 528, 529 auch sonst ungenau ist (vgl. § 529 A 1).

3. Satz 2 u. 3, die zusammengehören (vgl. A 2), enthalten eine **alternative Ermächtigung.** Der Beschenkte kann den Rückforderungsanspruch abwenden, wenn er sich verpflichtet, den für den Unterhalt (vgl. A 1) erforderlichen Betrag in Form einer fortlaufenden Rente an den Schenker zu zahlen. Wie bei der Leibrente (§ 760) sind die einzelnen Beträge vierteljährlich im voraus zu entrichten; hat der Schenker den Beginn eines Vierteljahrs erlebt, so ist der ganze Quartalsbetrag verfallen. Für die Vergangenheit kann die Rente nur seit Eintritt des Verzugs oder der Rechtshängigkeit gefordert werden (in praeteritum non vivitur, § 1613). Über den Tod des Schenkers reicht sie grundsätzlich nicht hinaus, nur daß die dann etwa vorhandenen Rückstände gezahlt und nötigenfalls die Beerdigungskosten getragen werden müssen (§ 1615). Dagegen geht die Rentenpflicht mit dem Tode des Beschenkten nicht unter; auch erlischt sie nicht dadurch, daß der Gesamtbetrag der geleisteten Renten den Wert des Geschenkes erreicht oder übersteigt. Wegen der Klage auf die künftigen Renten vgl. § 258 ZPO, wegen der Abänderung des Urteils bei veränderten Umständen § 323 ZPO. Der Anspruch auf die einzelne Rente ist abtretbar und pfändbar; weder § 399 Fall 1 BGB noch § 850 Abs 1 Nr 2 oder § 852 Abs 2 ZPO greift Platz. — Macht der Beschenkte von der Abwendungsbefugnis Gebrauch, so wird ihm, geradeso wie wenn er das Geschenk wegen eines Rückforderungsrechts hätte herausgeben müssen, die Schenkungsteuer erstattet (§ 44 ErbschStG).

4. **Sind mehrere Schenkungen hintereinander vollzogen,** so hat der verarmte Schenker sich zunächst an den zuletzt Beschenkten zu wenden. Jeder früher Beschenkte haftet nur insoweit, als die später Beschenkten durch Herausgabe des Empfangenen oder durch Wegfall der Bereicherung befreit sind. Bei bedingten Schenkungen kommt es auf die Vornahme des Rechtsgeschäfts, nicht auf den Eintritt der Bedingung an. Das bloße Bestehen der Verpflichtung des Zweitbeschenkten schließt die Verpflichtung des Erstbeschenkten auch dann aus, wenn jener infolge Andrangs sonstiger Gläubiger die Bereicherung nicht herauszugeben vermag.

§ 529

Der Anspruch auf Herausgabe des Geschenkes ist ausgeschlossen[1]), wenn der Schenker seine Bedürftigkeit vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt hat oder wenn zur Zeit des Eintritts seiner Bedürftigkeit seit der Leistung des geschenkten Gegenstandes zehn Jahre verstrichen sind.

Das gleiche gilt, soweit der Beschenkte bei Berücksichtigung seiner sonstigen

Verpflichtungen außerstande ist, das Geschenk herauszugeben, ohne daß sein standesmäßiger Unterhalt oder die Erfüllung der ihm kraft Gesetzes obliegenden Unterhaltspflichten gefährdet wird[2]).

P 2 22—25; RB 66, 67.

1. Der § 529 gibt gegen die Rückforderungsklage **drei Verteidigungsbehelfe,** die nach den Worten „der Anspruch . . . ist ausgeschlossen" Einwendungen im engeren Sinne zu sein scheinen, so daß sie der Richter auch dann berücksichtigen müßte, wenn der Beklagte sich nicht darauf beruft. Dies trifft nun aber bei dem dritten Behelf, dem Einwand der eigenen Bedürftigkeit, sicherlich nicht zu, denn insoweit soll die Verteidigung offenbar ebenso geregelt werden wie im Falle des § 519. Da mithin der Wortlaut des Gesetzes nicht schlechthin aufrechterhalten werden kann, für eine verschiedene Behandlung des Einwandes nach Abs 2 und der beiden Einwände nach Abs 1 aber kein Grund vorliegt, im Gegenteil auch für die Einwände des Abs 1 die Behandlung als Einrede sachlich angemessener ist, muß angenommen werden, daß es sich durchweg um Einreden handelt.

2. Die drei Einreden des Beschenkten sind: a) **die Einrede des Verschuldens,** wenn der Schenker seine Bedürftigkeit durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, z. B. Verschwendung, Spiel, Börsenspekulationen, herbeigeführt hat; b) **die Einrede des Fristablaufs,** wenn 10 Jahre verstrichen sind von der Vollziehung der Schenkung (wozu ein abstraktes Versprechen nicht genügt) bis zum Eintritt der Bedürftigkeit (nicht: bis zur Geltendmachung des Rückforderungsanspruchs; der Schenker kann dartun, daß er schon früher bedürftig wurde); c) **die Einrede der eigenen Bedürftigkeit des Beschenkten,** wenn bei ihm die Voraussetzungen des § 519 vorliegen. Diese dritte Einrede steht dem Beschenkten auch gegenüber einer von ihm übernommenen Rentenverpflichtung zu (§ 528 A 3).

§ 530

[1])**Eine Schenkung kann widerrufen werden, wenn sich der Beschenkte durch eine schwere Verfehlung gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen des Schenkers groben Undankes schuldig macht**[2]).

Dem Erben des Schenkers steht das Recht des Widerrufs nur zu, wenn der Beschenkte vorsätzlich und widerrechtlich den Schenker getötet oder am Widerrufe gehindert hat[3])[4]).

E I 449, 450 II 475; M 2 302, 303; P 2 35—38.

1. Die §§ 530—534 handeln von dem **Widerruf der Schenkung wegen groben Undanks des Beschenkten.** § 530 regelt die Voraussetzungen, § 531 die Vollziehung und die Wirkungen des Widerrufs, während die §§ 532, 533 den Verlust des Widerrufsrechts betreffen. Dazu kommt § 534, der den Widerruf wegen Undanks wie die Rückforderung wegen Notbedarfs bei Pflicht- und Anstandsschenkungen ausschließt. — Die Widerrufbarkeit der Schenkung wegen Undanks ist zwingendes Recht (vgl. auch § 533) und wird daher durch die Landesgesetze über den Altenteilsvertrag, die auf Grund des Art 96 EG ergangen sind, nicht berührt (RG 54, 110). — Über Widerruf der Schenkung nach Auflösung des Verlöbnisses s. § 1301, über Widerruf zwischen geschiedenen Ehegatten § 1584.

2. **Jede Schenkung** unterliegt dem Widerruf, mag sie vollzogene Schenkung oder Schenkungsversprechen sein; auch die belohnende Schenkung, soweit sie nicht unter § 534 fällt. Wegen der gemischten Schenkung vgl. § 516 A 7, wegen der Schenkung unter Auflage § 525 A 1. — Erfordert wird eine **schwere Verfehlung** gegen den Schenker oder einen nahen Angehörigen desselben. Um dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu lassen, hat das Gesetz von einer näheren Bestimmung, was schwere Verfehlung ist, abgesehen. Die vom E I § 449 aufgezählten Handlungen (Bedrohung des Lebens oder der Freiheit, vorsätzliche körperliche Mißhandlung, schwere Beleidigung, vorsätzliche erhebliche Vermögensbeschädigung) wurden weder für erschöpfend noch für jedesmal unbedingt durchschlagend erachtet (vgl. Prot 2, 36). Hinzukommen können z. B. grundlose Entmündigungsanträge, unlauterer Wettbewerb, Strafanzeigen. Stets muß die Würdigung aller Umstände des Einzelfalls maßgebend sein. Allgemein läßt sich nur sagen, daß objektiv eine gewisse Schwere der Verfehlung sowie subjektiv eine tadelnswerte Gesinnung vorliegen müssen (vgl. RG JW 07, 744[12]; 1916, 833[5]; RG BayZ 05, 203); aus dem letzteren Grunde werden Handlungen, die in Notwehr, erlaubter Selbsthilfe oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen vorgenommen werden (vgl. §§ 227, 230, 904, 824 Abs 2), nicht hinreichen. Auch eine körperliche Mißhandlung braucht keine schwere Verfehlung zu sein, wenn starke Reizungen voraufgingen (RG a. a. O.); anderseits genügen hierzu, wenn dies nicht der Fall war, auch leichtere Handgreiflichkeiten (RG Recht 1918 Nr 2862). Schwere Verfehlung ist es z. B., wenn die beschenkte Ehefrau ein Liebes-

verhältnis mit einem andern Manne unterhält (RG JW 1910, 148[9]); nicht dagegen, wenn sie unter Umständen, die sie zu zeitweiligem Getrenntleben berechtigen, ihrem Ehemann gehörige Haushaltungsgegenstände mitnimmt (RG JW 1914, 301[8]). Eine schwere Verfehlung muß nicht gerade in einer einzelnen Handlung des Beschenkten bestehen, sondern kann auch in einem fortgesetzten Verhalten oder in einer Mehrheit von Handlungen enthalten sein, insbesondere so, daß eine bestimmte Handlung im Zusammenhange mit andern Vorfällen den Tatbestand erfüllt (RG Warn 1915 Nr 281). — Daß sich die schwere Verfehlung als **grober Undank** darstellen muß, bedeutet zwar nicht die Notwendigkeit einer besondern Beziehung zwischen Verfehlung und Schenkung (RG Gruch 52, 984; Warn 1920 Nr 169). Doch würde der Widerruf unbegründet sein, wenn der Beschenkte bei Begehung der Verfehlung das Vorhandensein der Schenkung oder die Eigenschaft des Verletzten als Schenker oder naher Angehöriger des Schenkers nicht gekannt haben würde. — Auch der Kreis der in Betracht kommenden **Angehörigen** ist nicht fest begrenzt. Nicht die Gradesnähe als solche, sondern das tatsächliche persönliche Verhältnis soll entscheiden. Immerhin kann § 52 Abs 2 StGB einen Anhalt bieten.

3. Das **Widerrufsrecht** ist ein höchstpersönliches Recht des Schenkers, nicht abtretbar, nicht pfändbar und der Regel nach auch nicht vererblich. Nur in den beiden im Text genannten Fällen (vgl. ähnlich § 2339 Nr 1, 2), in denen der Beschenkte gerade durch die den Undank verkörpernde Handlung den Widerruf des Schenkers unmöglich macht, steht das Widerrufsrecht auch dessen Erben zu, und zwar mehreren Erben gemeinschaftlich (vgl. § 2040). Dieses Erbenwiderrufsrecht aber wird als vererblich anzusehen sein, so daß also der Erbeserbe widerrufen kann, wenn erst ihm der Widerrufsgrund bekannt wurde. Ist der Widerruf einmal rechtswirksam erklärt worden, so ist dadurch eine Forderung ins Leben gerufen (§ 531 Abs 2), die nach den gewöhnlichen Regeln übertragen und vererbt wird.

4. **Haben mehrere zusammen geschenkt,** so kann jeder Schenker die Schenkung selbständig zu seinem Anteil widerrufen. Ist der geschenkte Gegenstand unteilbar, so widerruft jeder die ganze Schenkung mit der Wirkung, daß jeder Rückgabe an alle verlangen kann (§ 432). Sind mehrere zusammen beschenkt, so richtet sich der Widerruf gegen den Undankbaren auf Rückleistung seines Anteils. Bei Unteilbarkeit des Gegenstandes ist der Widerruf nur möglich, wenn alle Beschenkten undankbar sind.

§ 531

Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Beschenkten[1]).

Ist die Schenkung widerrufen, so kann die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden[2]).

E I 449, 452 II 477; M 2 303—305; P 2 37, 40, 41.

1. Der Widerruf erfolgt durch **einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung** nach §§ 130ff.; auch die Form der Klageerhebung ist dazu geeignet. Die Erklärung kann vom gesetzlichen Vertreter des Schenkers abgegeben werden. Adressat ist der Beschenkte; ist eine im gesetzlichen Güterstande lebende Ehefrau beschenkt und gehört der Schenkungsgegenstand zum eingebrachten Gut, so geschieht der Widerruf gegenüber ihrem Mann (§ 1403).

2. Durch den Widerruf erlischt das Schenkungsversprechen. War die Schenkung bereits vollzogen, so entsteht eine **condictio ob causam finitam** (§ 812 A 8). Über die Herausgabepflicht des Beschenkten bestimmen §§ 818, 819 Abs 1. Doch tritt die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften arg. § 142 Abs 2 schon mit der Begehung des Undanks, nicht erst mit der Erlangung der Kenntnis vom Widerruf ein (vgl. § 819 A 2). Auch § 822 ist anwendbar. Gegenüber einem schenkweise erteilten abstrakten Versprechen begründet der Widerruf außer der cond. liberationis (§ 812 A 10) eine Einrede nach § 821. — Jede Verfehlung, die für sich genommen den Tatbestand des § 530 erfüllt, stellt einen selbständigen Klaggrund dar. Zwar gestattet § 268 Nr 1 ZPO, zur näheren Beleuchtung oder Unterstützung eines in der Klage dargelegten Verhaltens des Beschenkten nachträglich auf anderweite Vorfälle zurückzugreifen (vgl. § 530 A 2). Wird aber an Stelle einer fallengelassenen, bisher allein geltend gemachten Verfehlung eine damit in keinem Zusammenhange stehende anderweite Verfehlung als Widerrufsgrund in den Prozeß eingeführt, so liegt Klagänderung vor (RG Warn 1915 Nr 281).

§ 532

[1])Der Widerruf ist ausgeschlossen, wenn der Schenker dem Beschenkten verziehen hat oder wenn seit dem Zeitpunkt, in welchem der Widerrufsberechtigte von dem Eintritte der Voraussetzungen seines Rechtes Kenntnis

erlangt hat, ein Jahr verstrichen ist. Nach dem Tode des Beschenkten ist der Widerruf nicht mehr zulässig[2]).

E I 451 Abs 1 II 478; M 2 303, 304; P 2 39, 40.

1. Der § 532 ordnet drei **„Ausschließungsgründe"** für den Widerruf an, über deren rechtliche Bedeutung sich ähnliche Zweifel erheben können wie in § 529 A 1. Sachlich liegt es nahe, die Geltendmachung der Verzeihung als Einrede im materiellen Sinne, die Berufung auf die andern beiden Tatbestände als rechtsvernichtende Einwendung aufzufassen. § 533 fügt die Einrede des Verzichts hinzu.

2. Die drei Verteidigungsbehelfe des § 532 sind: a) **Verzeihung.** Darunter ist, wie in den Fällen der §§ 1570 (Ehescheidung), 2337 (Entziehung des Pflichtteils), 2343 (Erbunwürdigkeit), ein Verhalten zu verstehen, woraus hervorgeht, daß die durch das Benehmen des Gegners hervorgerufene Kränkung nicht mehr empfunden wird. Ein Rechtsgeschäft wie in § 533 (Verzicht) steht nicht in Frage. Der Schenker braucht nur die Verfehlung des Beschenkten gekannt, aber weder um sein Widerrufsrecht gewußt noch den Verlust dieses Rechtes als Folge der Verzeihung gewollt zu haben. Auch einer besondern Erklärung der Verzeihung bedarf es nicht. Über die Frage, inwiefern gewisse Regeln über Rechtsgeschäfte entsprechende Anwendung finden, vgl. § 1570 A 3. Das durch den Widerruf begründete Rückforderungsrecht (§ 531 Abs 2) erlischt nicht durch Verzeihung, sondern durch Erlaß (§ 397). b) **Einjährige Ausschlußfrist.** Für das Widerrufsrecht des Schenkers selber beginnt die Frist mit seiner Kenntnis von der Verfehlung, für das Widerrufsrecht des Erben des Schenkers mit dem Zeitpunkt, wo der Erbe über seine Erbeneigenschaft und die betreffende unter § 530 Abs 2 fallende Handlung des Beschenkten unterrichtet ist. Ablauf der Frist nach § 187 Abs 1, § 188 Abs 2. Die Kondiktion, die durch den Widerruf entsteht, unterliegt der gewöhnlichen Verjährung. c) **Tod des Beschenkten.** Der Widerruf ist nur wirksam, wenn er dem Beschenkten noch bei Lebzeiten zugegangen ist. Die dann erwachsene Kondiktion geht auch gegen die Erben des Beschenkten.

§ 533

Auf das Widerrufsrecht kann erst verzichtet werden, wenn der Undank dem Widerrufsberechtigten bekannt geworden ist[1]).

E I 451 Abs 2 II 479; M 2 304; P 2 39.

Im Gegensatz zur Verzeihung (§ 532 A 2 unter a) ist der **Verzicht auf das Widerrufsrecht** Rechtsgeschäft, daher auch den Erben und Vertretern des Schenkers möglich. Wie beim Verzicht auf Einreden (RG 78, 131) genügt einseitige Erklärung, für welche die §§ 130ff. gelten. Eines Vertrags (Erlaßvertrags, § 397) bedarf es nur zur Aufhebung der durch einen Widerruf begründeten Kondiktion. Natürlich werden Verzeihung und Verzicht tatsächlich meistens zusammenfallen. Die Zulässigkeit des Verzichts wird durch § 533 dahin eingeschränkt, daß ein Vorausverzicht für Fälle künftigen Undanks unwirksam ist und auch ein bereits zutage getretener Undank dem Verzichtenden bekannt sein muß.

§ 534

Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird, unterliegen nicht der Rückforderung und dem Widerrufe[1])[2]).

E II 476; P 2 35—37; KB 67.

1. Schenkungen, die einer **sittlichen oder Anstandspflicht** entsprechen, werden durch § 534 gegen den Widerruf wegen Undanks (§ 530) sowie gegen die Rückforderung wegen Notbedarfs (§ 528) — nicht, wenn es sich um ein Schenkungsversprechen handelt, auch gegen die Einrede des Notbedarfs (§ 519) — geschützt. Außerdem werden sie noch in andern Beziehungen vom Gesetze ausgezeichnet. So namentlich dadurch, daß sie den gesetzlichen Vertretern geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Personen erlaubt sind (§§ 1641, 1804); daß auch der Vorerbe und der Testamentsvollstrecker sie vornehmen dürfen (§ 2113 Abs 2, §§ 2205, 2207); daß im Falle der Gütergemeinschaft der Ehemann nicht an die Einwilligung der Frau gebunden ist (§§ 1446, 1519, 1549) und daß der Pflichtteilsberechtigte nicht um ihretwillen eine Ergänzung des Pflichtteils verlangen kann (§ 2330). Dazu kommt die Unanfechtbarkeit gebräuchlicher Gelegenheitsgeschenke (A 2). Nach Scheidung der Ehe können aber auch Pflicht- und Anstandsschenkungen von dem nicht schuldigen Gatten widerrufen werden (vgl. § 1584 A 3). — Eine besondere Begünstigung der belohnenden (remuneratorischen) Schenkung ist dem Gesetze fremd. Die Absicht des Schenkers, dem Beschenkten für eine Diensterweisung erkenntlich zu sein, hat nur insoweit Bedeutung, als Sitte und Anstand dies gebieten; im übrigen finden die allgemeinen Schenkungsregeln Anwendung. Verlangt die

Sitte eine mäßige Belohnung, geht aber die Gabe über das Maß hinaus, so ist ein und dieselbe Schenkung, je nachdem sie Pflicht- oder gewöhnliche Schenkung ist, verschieden zu behandeln. Über die Abgrenzung der belohnenden Schenkung vom nachträglichen Entgelt vgl. § 516 A 4, 5. — Sind die Voraussetzungen des § 534 gegeben, so müssen sie vom Gericht von Amts wegen berücksichtigt werden, auch wenn sich die Partei, der sie zum Vorteil gereichen, nicht darauf beruft (RG JW 1916, 119[6]).

2. Unter **sittlicher Pflicht** ist nicht die Betätigung der allgemeinen Nächstenliebe zu verstehen, vielmehr wird eine besondere, aus den konkreten Umständen des Einzelfalls erwachsene, in den Geboten der Sittlichkeit wurzelnde Verpflichtung verlangt (RG 70 S. 19, 386). Z. B. die Unterstützung notleidender Geschwister oder sonstiger nach dem Gesetz nicht unterhaltsberechtigten Verwandten (vgl. § 814 A. 3); die Schenkung an eine dem Schenker durch jahrelangen vertrauten Verkehr nahestehende Frauensperson zum Zweck der Wiederherstellung ihrer Gesundheit (RFinHof 1, 35). Während hierüber die Überzeugung des ganzen Volkes entscheidet, kommt es bei der **Anstandspflicht** auf die Anschauungen eines bestimmten Gesellschaftskreises an. Und zwar sind es nicht die Bekannten und Verwandten des Schenkers, die den Maßstab liefern (RG SeuffA. 71 Nr 205; RFinHof 1, 109), sondern seine Standesgenossen im allgemeinen. Die Schenkung entspricht einer Anstandspflicht, wenn ihr Unterbleiben gegen die Empfindung der sozial Gleichgestellten verstoßen würde, so daß der Handelnde bei diesen eine Einbuße in der Achtung und Anerkennung erführe (RG 73, 49; 98, 326; Warn 1910 Nr 379). Zu den Anstandspflichten gehören die Gaben, die in § 32 Nr 1 KO, § 3 Nr 3 AnfG „gebräuchliche Gelegenheitsgeschenke" genannt werden, z. B. Gaben zu Weihnachten, Neujahr, Ostern, zum Geburtstag, zur Hochzeit. Doch kommt es niemals allein auf die Gelegenheit an, die die Schenkung veranlaßt, vielmehr spielen daneben die persönlichen Beziehungen zwischen Schenker und Beschenktem sowie die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten eine Rolle (RG JW 1916, 119[6]). Weihnachts- oder Neujahrsgelder für Angestellte sind häufig im Dienstvertrag ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart und stellen dann Lohnzuschläge dar. Anstandsgeschenk ist die Spende zu einer öffentlichen Sammlung, desgleichen das Trinkgeld, das der Gast dem Kellner gibt (während der Wirt dadurch, daß er dem Kellner die allgemeine Gelegenheit bietet, Trinkgelder einzunehmen, ihm ein Entgelt gewährt). — Handelt es sich um große Summen, so erachtet die Rechtsprechung den Tatbestand des § 534 nicht leicht für gegeben. So pflegt das Reichsgericht namentlich zu verneinen, daß Schenkungen des Arbeitgebers zugunsten seiner Arbeiter, die mit ihm durch keine Beziehungen persönlicher Art verbunden sind, durch Sitte oder Anstand geboten seien; vgl. RG 70, 15; 75, 132; 78, 412 (Kruppsche Arbeiterstiftung); Warn 1913 Nr 409 (ebenso). Nur in dem Falle RG 73, 46, wo die seit langem bestehende Pensionskasse auf die Zuschüsse des Arbeitgebers angewiesen war und die Angestellten hiermit rechnen durften, wurde eine Anstandspflicht zur Leistung der Zuschüsse anerkannt. In RG 70, 383 hatten jüdische Erben eines bedeutenden Nachlasses Schenkungen an Wohltätigkeitsanstalten gemacht; das Reichsgericht nahm Pflichtschenkungen auch dann nicht an, wenn ihre Religion dies verlangt haben sollte.

Dritter Titel

Miete Pacht

1. **Rechtliche Natur von Miete und Pacht.** Beide sind gegenseitige Verträge (§§ 320 bis 327), welche auf die zeitweise Gewährung des Gebrauchs oder der Benutzung eines Gegenstandes gegen Entgelt gerichtet sind. Die Miete (§ 535) setzt eine Sache, d. h. einen körperlichen Gegenstand im Sinne von § 90 voraus und gewährt den Gebrauch der Sache (oder eines Teiles § 580); die Pacht (§ 581) betrifft Gegenstände überhaupt, also nicht nur Sachen, sondern auch Rechte, und verleiht nicht nur den Gebrauch, sondern auch den Genuß der Früchte (§ 99), soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind. Die Pacht ist also „eine nach Gegenstand und Zweck erweiterte Abart der Miete" (Mittelstein, Die Miete, § 6 Nr 1; a. M. Kohler 2 § 122 III S. 313). Gegenstand der Pacht sind in erster Linie landwirtschaftliche Grundstücke. Sie brauchen noch nicht mit dem zur Bewirtschaftung erforderlichen Inventar versehen zu sein; denn sie sind von Natur geeignet, Bodenerzeugnisse (Gras, Holz usw.) auch ohne menschliches Zutun hervorzubringen (RG 81, 25; Gruch 57, 681). Miete liegt nur vor, wenn das Grundstück ausnahmsweise nur zum Gebrauch, z. B. als Lagerplatz, zur Errichtung eines Ausstellungsgebäudes überlassen wird. — Verpachtungsfähige Rechte: Recht zum Betrieb eines Handelsgeschäfts (HGB § 22 Abs 2) oder eines Gewerbes (GewO § 48; vgl. § 1822 Nr 4), — Apothekengeschäft (OLG 25, 37, auch RG JW 03, 5[11]) —, auch eines Teiles von einem Gewerbe, insbesondere des Betriebs des Anzeigenteils einer Zeitung (RG 70, 20), das öffentliche Anschlagswesen einer Großstadt (RG 82, 340), Garderobenpacht (RG 97, 166), das Recht aus

einem Patent — der Lizenzvertrag, § 6 des PatG v. 7. 4. 91, ist jedoch regelmäßig als ein Vertrag eigener Art anzusehen (vgl. RG 75, 405; 76, 235; RG JW 1916, 271[14]) —; Jagdrecht (RG 51, 279; 52, 128; Warn 1910 Nr 381; vgl. § 581 A 3), Fischereirecht (SeuffA 60 Nr 229), nicht aber die Rohrnutzung aus einem See, da der Vertrag hier das Grundstück selbst betrifft (RG 56, 83), anders auch für Fischereipacht bei geschlossenen Privatgewässern OLG 38, 93 (Grundstückspacht). Grundstücksverpachtung ist die entgeltliche Überlassung eines Grundstücks behufs Benutzung der Wasserkraft, Gewinnung von Mineralien und sonstigen Bodenbestandteilen, z. B. von Quarzitsteinen, Schwerspat, Erdöl (RG JW 09, 451[2], RG 16. 2. 17 II 513/16, BayObLGZ 10, 280), Überlassung einer Ziegelei mit Ausnutzung eines Sand- oder Tonlagers (RG Warn 09 Nr 137), Überlassung der Ausnutzung eines Kiesberges (RG 94, 279). — Wird eine zu einem Gewerbebetrieb bestimmte Räumlichkeit, eine Mühle, eine Fabrik (Zementwerk RG JW 1919, 455[18]) oder Werkstätte, ein Zigarren- oder Friseurladen, ein Gasthof oder eine Schank- und Speisewirtschaft oder ein Theater zur entgeltlichen Benutzung überlassen, so berechtigt der Umstand allein, daß sie zu gewerblichen Zwecken und damit zur Erlangung wirtschaftlicher Erträge dienen sollen, noch nicht, Pacht anzunehmen, vielmehr ist für die Vertragsart maßgebend, ob der betreffende Raum beim Vertragsabschluß bereits so beschaffen ist, daß er bürgerliche Früchte abwerfen kann (vgl. M 2, 439). In diesem Falle wird — mag auch ein an die Räume geknüpftes wirtschaftliches Unternehmen (z. B. Hotel- oder sonstiges Handelsgeschäft) nicht mit überlassen werden, sondern erst neu zu schaffen sein — regelmäßig Pacht vorliegen. Erforderlich ist nur, daß die überlassenen Räume schon durch ihre bauliche Eigenart, ihre innere Einrichtung und Ausstattung im wesentlichen dazu geeignet sind, die Gewinnung bürgerlicher Früchte aus den so eingerichteten Räumen und dem darauf zu stützenden Gewerbebetriebe zu ermöglichen, also als die unmittelbare Quelle von Erträgen zu dienen. S. RG 81, 24; 87, 277; 91, 310; RG JW 03, 34[48]; Warn 09 Nr 137; 1914 Nr 78 (Theatergebäude), Nr 116 (Stehbierhalle); 1915 Nr 48 (Privatkrankenanstalt); RG Gruch 57, 681. Ist der zur Ausnutzung überlassene Raum für einen bestimmten Gewerbebetrieb eingerichtet und ausgestattet, so ist Pacht anzunehmen, mag der Pächter die Ausstattung mitpachten oder vom Verpächter oder einem Dritten zu Eigentum erwerben (RG 5. 3. 18 VII 428/17, vgl. RG Warn 1915 Nr 217). Dagegen ist an Räumen, die mit einer zur Ausnutzung erforderlichen Einrichtung nicht versehen sind, zunächst nicht die Erzielung von Früchten, sondern nur Gebrauch, also Miete, möglich. Vgl. Warn 1915 Nr 47 (noch nicht betriebsfähiges Theatergebäude). Bei Gastwirtschaftsräumen kommt es namentlich auf die Einrichtung der Haupträume, d. h. der für das Verweilen der Gäste bestimmten, an (RG 81 S. 26, 29). Sind die in Betracht kommenden Räumlichkeiten noch nicht zum Betrieb eingerichtet, vielmehr erst auf Kosten des Übernehmers einzurichten, dann liegt Miete, nicht Pacht vor (RG JW 1918, 88[8]). Sind sie nur zum Teile mit der erforderlichen Einrichtung versehen, so daß der Übernehmer noch das Fehlende selbst anschaffen muß, ehe er den der beiderseitigen Vertragsabsicht entsprechenden Gewerbebetrieb beginnen kann, so liegt ein Grenzfall vor. Für die Frage, ob Miete oder Pacht anzunehmen ist, wird entscheidend sein müssen, ob die Einrichtung so weit vorgeschritten ist, daß durch sie die Räume in der Hauptsache für den Gewerbebetrieb geeignet sind, und daß es sich bei der Beschaffung des Fehlenden wesentlich nur um eine Ergänzung und Vervollständigung handelt. Ist dies der Fall, so liegt Pacht vor, sonst Miete. (RG Gruch 57, 681). Die Annahme eines Pachtverhältnisses ist also nicht ausgeschlossen, wenn die Einrichtung der Haupträume noch der Ergänzung durch den Übernehmer bedarf und die Nebenräume (Küche, Keller) ganz uneingerichtet sind (RG JW 1913, 982[10], vgl. OLG 36, 72; SeuffA 73 Nr 223). Die entgeltliche Überlassung des Betriebs der gesamten Anlagen eines Elektrizitätswerks und einer Straßenbahn ist auch dann Grundstückspacht, nicht Stromlieferungsvertrag, wenn die Lieferung von Elektrizität den Zweck des Vertrags bildet (RG 19. 10. 17 VII 200/17). — Die entgeltliche Überlassung eines Wohnrechts (§ 1093) ist Verpachtung. — Wird in einem Vertrage — z. B. über ein Wohngebäude und ein Ackergrundstück — die eine Sache nur zum Gebrauch, die andere auch zum Fruchtgenuß überlassen, so ist entscheidend, welche Sache nach Sinn und Zweck des Vertrags die Hauptsache ist. OLG 38, 93 (Pacht eines Fischereigewässers mit Geräten und Schlafräumen).

2. **Der Unterschied von Miete und Pacht,** auf welch letztere im allgemeinen die Vorschriften über Miete entsprechende Anwendung finden (§ 581 Abs 2), tritt im einzelnen hervor bei der Erhaltungspflicht (§§ 536, 582, 586), bei der Kündigung infolge von Nichtgestattung der Weitervermietung oder Verpachtung (§§ 549, 596 Abs 1), den gesetzlichen Zahlungsterminen (§§ 551, 584), der Rückgewähr des Miet- oder Pachtgegenstandes (§ 556 Abs 1, §§ 591—594), der Entschädigung des Vermieters oder Verpächters bei nicht rechtzeitiger Rückgewähr (§§ 557, 597), dem gesetzlichen Pfandrecht des Vermieters und Verpächters (§§ 559, 563, 585) sowie des Pächters (§ 590), bei der gesetzlichen Kündigungsfrist (§§ 565, 595), dem Kündigungsrecht infolge Todes des Mieters oder Pächters sowie bei der Versetzung eines im Mietverhältnis

stehenden Beamten (§§ 569, 570, 596) und bei der Gerichtszuständigkeit (GVG § 23 Nr 2). — Von der **Leihe** (§ 598) unterscheidet sich die Miete durch die bei ersterer stattfindende Unentgeltlichkeit der Überlassung (nicht Gewährung), vom **Kauf** (§ 433) dadurch, daß bei ihm die Sache nicht zum zeitweisen Gebrauch, sondern zum dauernden Eigentum überlassen wird. Verpachtung von Feldern statt Kauf des abzuerntenden Getreides OLG 36, 68. Nicht um Pacht, sondern um käufliche Lieferung handelt es sich in der Regel bei den sog. Milchpachtverträgen (Kündigung s. RG Gruch 63, 609). Anwendung der Vorschriften über den Kauf bei der entgeltlichen Überlassung von verbrauchbaren Sachen (Gas und Wasser M 2, 371), sofern sie nicht ausnahmsweise nur zum Gebrauch (Schaustellung usw.) überlassen sind. Dagegen kein Kauf und auch keine Miete bei Überlassung von Arbeitskräften, wie Dampfkraft, Elektrizität, deren Überlassung, da es sich dabei nicht um Sachen im Sinne von § 90 handelt, sich als Werkverdingung oder auch als Pacht des Rechtes auf die Naturkraft darstellen kann (s. BayObLGZ 4, 348; vgl. auch das RGes., betr. die Bestr. der Entz. elektr. Arb. v. 9. 4. 00 und Mot dazu in den Drucks. des RT 10. Legislaturper. I Sess 1898/1900 Nr 612, sowie RG 17, 269; RGSt 29, 111). — Unterschied zwischen Gesellschaft (gemeinsame Zweckverfolgung der Gesellschafter) und Teilpacht (verschiedene Zwecke bei Verpächter und Pächter). Nicht Miete, sondern eigenartige organisatorische Verträge mit gesellschaftsähnlichem Zusammenwirken sind die Verträge zwischen einem Ausstellungsunternehmen und den Ausstellungswirten (RG 88, 108). Übergang eines Pachtverhältnisses in Dienstmiete s. SeuffA 60 Nr 73. Miete eines Schiffes mit Besatzung (RG 48, 89; 69, 129; RG 11. 11. 16 I 85/16 [Abgrenzung gegenüber Werkvertrag], auch JW 06, 463; 09, 467). Vgl. ferner Vorbem 1 vor § 611 (Miete in Verbindung mit Dienstverschaffung). Miete mit untergeordneter Dienstleistung ist in der Regel auch die entgeltliche Überlassung einer Dampfdreschmaschine mit Bedienungsmannschaft RG Gruch 61, 633; SeuffA 58 Nr 168. Die Übernahme von Diensten und anderen Leistungen bei der Vermietung eingerichteter Zimmer beeinträchtigt den Vertrag in seiner Eigenschaft als Mietvertrag nicht, wenn es sich dabei um nebensächliche, unselbständige Leistungen handelt. Werden umgekehrt Leistungen übernommen, hinter denen der Gebrauch der Räume zurücksteht, wie bei Übernahme der Verpflegung und Erziehung, dann liegt nicht mehr Miete vor (OLG 26, 392). S. auch § 535 A 2 a. E. — Das Rechtsverhältnis zwischen dem Teilnehmer eines Fernsprechnetzes und dem Deutschen Reich ist nicht Miete, Dienst- oder Werkvertrag, auch nicht ein hieraus gemischter Vertrag, sondern ein Vertrag eigener Art, der zudem wesentlich dem Gebiete des öffentlichen Rechtes angehört (RG 98, 341). — Verträge, die nach § 6 PrGes. v. 28. 7. 92 über Kleinbahnen usw. zwischen dem Unternehmer und dem zur Unterhaltung des öffentlichen Weges Verpflichteten geschlossen werden, sind nicht Mietverträge, sondern besondere Verträge öffentlichrechtlicher Art (RG 68, 370; 92, 310, anders für die Frage des Mietstempels RG 88, 14). — Über den Gastaufnahmevertrag s. § 538 A 5.

3. Die Miete (wie die Pacht) ist ein Schuldverhältnis, so daß zwar dem Mieter Besitz und Besitzesschutz, aber weder hierdurch noch durch Eintragung oder Vormerkung im Grundbuche Dinglichkeit seines Rechtes erwirkt wird. Nur Eintragung einer Vertragsstrafe für den Fall der Verletzung ist zulässig. Über den Unterschied von dem dinglichen Wohnungsrecht, durch welches der gleiche wirtschaftliche Erfolg erzielt werden kann, s. RG 54, 233. Vgl. auch RG 59, 326. Erbpacht s. EG Art 63 Ausnahmsweise dauert die nach den früheren Gesetzen durch die Eintragung begründete Wirksamkeit eines Mietanspruchs gegen Dritte (Dinglichkeit) fort gemäß EG Art 179. Vgl. auch EG Art 188 Abs 2. Vormiete (Vorpacht) sind im BGB nicht geregelt. — Da Miet- und Pachtvertrag gegenseitige Verträge sind, so gelten, soweit sich nicht aus den besonderen Vorschriften dieses Titels (oder aus dem Vertrag selbst bei Auslegung nach Treu und Glauben OLG 36, 65) etwas anderes ergibt, für sie auch die allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge (§§ 320 ff), so § 323 neben §§ 536—538 RG 89, 203; SeuffA 74 Nr 168, und neben § 542 RG 62, 225, nicht neben § 552 RG 79, 95, auch nicht die §§ 325, 326 neben §§ 542, 553, 554 (vgl. RG 64, 382). — Die Vorschriften dieses Titels gelten auch für Mietverhältnisse, die nach den Vorschriften gegen den Wohnungsmangel (unten Vorbem 9) vom Mieteinigungsamt zwangsweise festgesetzt werden. Das gleiche gilt für die nach §§ 5, 6 der Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung vom 31. 7. 19 (RGBl 1371) von der unteren Verwaltungsbehörde oder dem Einigungsamt festgesetzten Pachtverhältnisse und für die Zwangspacht nach § 6 VO zur Behebung der dringendsten Wohnungsnot vom 9. Dezember 1919 RGBl 1968.

4. Eine Form ist, abgesehen von der Vorschrift in § 566, für den Miet- und den Pachtvertrag nicht vorgeschrieben. Ein vom Vermieter unterschriebener Mietvertrag, an welchem der Mieter vor Hinzufügung seiner Unterschrift mit Bewilligung des Vermieters Änderungen vorgenommen hat, bedarf zu seiner Formgültigkeit nicht nochmaliger Unterschrift des Vermieters (RG SeuffA 64 Nr 123). Wird dem Mieter im Mietvertrag ein Vorkaufsrecht bezüglich

des Grundstücks eingeräumt, so ist § 313 zu beobachten (§ 504 A 1), bei Nichtbeobachtung § 139 anzuwenden. Vgl. OLG 25, 15. Wird mit einem Grundstückskauf ein Mietvertrag verbunden, so ist die Form des § 313 auch für den Mietvertrag erforderlich, wenn beide Verträge im Sinne der Vertragsteile eine Einheit bilden (RG 97, 219). Über die Form eines im Auslande geschlossenen Miet- oder Pachtvertrags s. EG Art 11 Abs 1, auch Art 30. — Vereinbarte Schriftform § 127. Übliche Schriftform OLG 39, 176 (Berlin). Gültigkeit mündlicher Abrede neben einem schriftlichen Mietvertrag, wonach Änderungen und Zusätze der schriftlichen Abfassung und der Unterschrift beider Teile bedürfen s. RG 95, 175. Wegen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für den Vater s. § 1643, für den Vormund § 1822 Nr 4 u. 5, § 1902 Abs 2, 1915. Anwendung des § 139 bei Versagung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung RG 82, 124 (§ 1822 Nr 5). Erfordernis der behördlichen Genehmigung bei der Verpachtung von Grundstücken, die der Landwirtschaft, einschließlich der Forstwirtschaft, dienen s. BRVO über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. 3. 18 (Vorbem 9).

5. In Ansehung des **Inhalts** sind die Vertragsparteien in ihren Abreden, die im übrigen gemäß §§ 157, 242 nach Treu und Glauben auszulegen und zu erfüllen sind, nur insoweit beschränkt, als die Abreden nicht gegen die guten Sitten (§ 138) und nicht gegen zwingende Gesetzesvorschriften verstoßen dürfen, die aus sozialpolitischen Gründen im Interesse des Mieters gegeben sind (BGB §§ 540, 544, 559 Satz 3, 560 Satz 2, 566, 567; KO §§ 19, 21; GewO § 33 Abs 1, §§ 45, 147 Nr 1; RG 16. 9. 04 III 212/04). Miete eines Bordellgrundstücks OLG 33 291. Nichtigkeit eines Mietvertrags wegen eines darin enthaltenen Wettbewerbsverbots zwischen Ärzten (RG 90, 436), wegen besonderer Härten gegen den Mieter (RG 20. 5. 13 III 538/12, RG JW 1917, 967, RG Warn 1919 Nr 10). Nichtigkeit des zur Umgehung der Schankerlaubnis (GewO §§ 33, 147) geschlossenen sog. Kastellanvertrags (RG 63, 145; 67, 322, RG JW 05, 742; 08, 139; 12, 456; 17, 654; RG Gruch 50, 919). Ein Mietvertrag, bei dem die Kündigung des Vermieters dauernd ausgeschlossen sein soll, ist deshalb noch nicht sittenwidrig (RG Gruch 59, 469; vgl. § 567). Die Vermietung eines Kellers zu Wohnzwecken ist noch nicht deshalb nichtig (§ 134), weil er nach den baupolizeilichen Vorschriften nicht dazu eingerichtet werden durfte (OLG 38, 85). Über die allgemeinen Mietbedingungen des Verbandes Deutscher Lokomobilvermieter s. RG 12. 6. 17 III 18/17 (nicht sittenwidrig). Über die Anwendung des Ges. betr. die Abzahlungsgeschäfte s. § 6 des Ges. und RG Warn 1918 Nr 4. Im übrigen gilt Vertragsfreiheit. Auslegung im Zweifel nicht (wie nach früherem Recht) gegen den Vermieter, sondern lediglich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte. Daher sind Verwirkungsbestimmungen nicht immer zugunsten des Mieters auszulegen (RG 82, 50 [54]). Dagegen verlangen Treu und Glauben, daß strenge Haftungsbestimmungen, die ohne jede Rücksicht auf den Mieter formularmäßig von den Vermietern als dem wirtschaftlich stärkeren Teil den Verträgen eingefügt werden, in einer die Interessen des Mieters möglichst schonenden Weise ausgelegt werden (RG JW 1911, 400[7]; RG LZ 1916, 1187). Auslegung bei widerspruchsvoller Ausfüllung eines Mietvertragsformulars bezüglich der Mietdauer (SeuffA 71 Nr 137). Gültigkeit des Mietvertrages bei Abweichung beider Vertragsexemplare (RG Warn 1918 Nr 43). Mündliche Abreden als Auslegungsmittel (RG Warn 1919 Nr 49).

6. **Die privatrechtlichen Vorschriften der Landesgesetze** sind beseitigt bis auf den Vorbehalt bezüglich der Räumungsfristen im EG Art 93. Von Bedeutung ist dagegen in mehrfachen unten anzugebenden Beziehungen der Ortsgebrauch.

7. **Übergangsvorschriften. Regel des EG Art 170:** Fortgeltung der bisherigen Gesetze für ein vor dem 1. 1. 00 entstandenes Schuldverhältnis, so insbesondere in bezug auf Formvorschriften (RG 55, 37), in bezug auf Schadensersatz wegen vertragswidriger Beschaffenheit der Mietsache (RG 52, 123), in bezug auf die früher begründeten Pfandrechte des Vermieters und Verpächters (RG 49, 56), in bezug auf den nach dem 1. 1. 00 eingetretenen Leistungsverzug (RG 52, 262) — jedoch Bestimmung der Höhe der Verzugszinsen für die Zeit vom 1. 1. 00 ab, weil von der Fortdauer der Verzugstatsachen abhängig, nach neuem Recht (RG 46, 82; 52, 265). — Auch diejenigen Vorschriften des BGB, welche zwingender Natur sind, greifen nicht durchweg (so z. B nicht § 567, RG 66, 221), sondern nur dann Platz, wenn sie nach Inhalt und Zweck in bereits bestehende Schuldverhältnisse eingreifen sollen, wie namentlich § 138 Abs 2 (RG 47 103). — Dagegen unterliegt ein unter der Herrschaft des BGB geschlossener Vertrag, durch welchen ein unter altem Recht eingegangener Pachtvertrag abgeändert wird, in jedem Falle den Vorschriften des BGB (RG 16. 3. 09 III 577/08).

Ausnahmen von der Regel des Art 170: a) durch Art 171 EG: Anwendung der Vorschriften des BGB auf ein Mietverhältnis, das nicht für den ersten nach dem Vertrag oder nach den bisherigen Gesetzen zulässigen Termin seit dem 1. 1. 00 gekündigt ist, für die Zeit von diesem Termine ab. Dabei wird jedoch ein beiden Teilen in gleicher Weise zustehendes

Kündigungsrecht vorausgesetzt, und die Anwendung des neuen Rechtes ist sowohl dann ausgeschlossen, wenn der eine Teil unkündbar auf bestimmte Zeit gebunden und nur der andere kündigungsberechtigt ist (RG 53, 170), als auch dann, wenn das auf bestimmte Zeit eingegangene Vertragsverhältnis durch einseitige Erklärung des einen Teils auf einen neuen Zeitraum erstreckt werden kann (RG 95, 108). Unanwendbar ist Art 171, insoweit durch den früher abgeschlossenen Vertrag das Mietverhältnis auf eine bestimmte Dauer in die Zeit der Wirksamkeit des BGB hinein erstreckt ist (RG 52, 123), so daß bis zum Ablaufe dieser Dauer das alte Recht, von da ab aber bei stillschweigender Fortsetzung das neue Recht gilt. In jedem Falle bleiben übrigens auch für die Geltungszeit des neuen Rechtes die in dem ursprünglichen Mietvertrage vereinbarten Bestimmungen, insbesondere bezüglich der Zahlungsfristen und der Kündigungstermine, bestehen. b) durch Art 172 EG: Für den Fall der nach dem 1. 1. 00 erfolgten Veräußerung oder Belastung einer vor diesem Zeitpunkt vermieteten oder verpachteten Sache bestimmen sich die Rechte des Mieters oder Pächters dem Erwerber gegenüber nach dem BGB (vgl. RG 53, 250). Dabei findet jedoch bei einer nach dem 1. 1. 00 eingeleiteten **Zwangsversteigerung** eines vor diesem Zeitpunkt überlassenen Grundstücks die entsprechende Vorschrift des § 57 ZVG gegenüber dem Ersteher keine Anwendung (RG 48, 38; 55, 255), weshalb eine Reihe der zum ZVG ergangenen Ausführungsgesetze einzelner Bundesstaaten für den Fall, daß das Miet- oder Pachtgrundstück dem Mieter oder Pächter vor dem 1. 1. 00 überlassen worden ist, den § 57 ZVG auf das frühere Miet- oder Pachtverhältnis ausdrücklich für anwendbar erklären.

8. Aus dem Prozeßrechte kommen für Miete und Pacht die nachstehenden Vorschriften in Betracht: a) GVG § 23 Nr 2: Zuständigkeit der Amtsgerichte für die dort bezeichneten Wohnungsmietstreitigkeiten, während für andere Ansprüche aus dem Mietverhältnis, für Ansprüche aus dem Pachtverhältnis, sowie für die Klage des Eigentümers als solchen, weil der Beklagte kein Recht zum Wohnen habe (RG JW 91, 245[1]), die Zuständigkeitsregel des § 23 Nr 1 gilt (RG JW 86, 37[1]; RG Gruch 35, 1175; 38, 1060); b) GVG § 202 Abs 2 Nr 4, wonach die unter a bemerkten Wohnungsmietsachen (nicht Pachtstreitigkeiten SeuffA 70 Nr 20) Feriensachen sind; c) ZPO § 257: Zulässigkeit der Klage auf künftige Räumung (RG JW 03, 238[3]; RG Gruch 48, 817). § 258 ZPO ist auf die Geltendmachung künftig fällig werdender Mietzinsen nicht anwendbar; denn der Anspruch des Vermieters bleibt von vertragsmäßiger Überlassung des Gebrauchs der Mietsache abhängig, während § 258 (anders § 259) einen Anspruch voraussetzt, der nicht von einer Gegenleistung abhängig ist (RG 61, 333). d) ZPO § 709 Nr 1: Vorläufige Vollstreckbarkeit des Urteils bei den dort erwähnten Streitsachen; e) ZPO § 721, betr. die Befugnis des Gerichts zur Gewährung einer Räumungsfrist. — Vgl. ferner ZVG § 9 Nr 2, §§ 21, 57, 180, 183 (s. § 571 A 6); KO §§ 19, 20, 21 (Einfluß des Konkurses des Vermieters oder des Mieters auf Mietverhältnisse); BRVO über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. 12. 16, RGBl 1363 §§ 9, 10 (Einfluß der Anordnung der Geschäftsaufsicht auf Mietverhältnisse).

9. Kriegs- und Übergangsrecht: BRVO betr. Einigungsämter v. 15. 12. 14, RGBl 511; BRVO zum Schutze der Mieter vom 23. 9. 18, RGBl 1140 u. BRVO über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel vom 23. 9. 18, RGBl 1143, zu beiden die Anordnung für das Verfahren vor den Einigungsämtern vom 23. 9. 18, RGBl 1146, die Änderung durch VO vom 22. 6. 19, RGBl 591 und jetzt das Gesetz über Maßnahmen gegen Wohnungsmangel vom 11. 5. 20, RGBl 949, wonach jene Verordnungen mit verschiedenen Änderungen auch über den 31. Dezember 1920 hinaus in Kraft bleiben; VO über Sammelheizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen in Mieträumen vom 22. 6. 19, RGBl 95 (Schiedsstellen). BRVO über das Kündigungsrecht der Hinterbliebenen von Kriegsteilnehmern vom 7. 10. 1915, RGBl 642. BRVO über den Verkehr mit landwirtschaftlichen Grundstücken vom 15. 3. 18, RGBl 123 (Begründung: preuß JMBl 1918, 72). Vgl. ferner VO gegen den Wucher bei Vermittelung von Mieträumen vom 31. 7. 19, RGBl 1364, die VertragsablösungsVO vom 8. 8. 19, RGBl 1375 und VO betr. Nichtigkeitserklärungen von Verträgen durch das Reichswirtschaftsgericht vom 18. 9. 19, RGBl 1700. — Von Bedeutung für den Mieter sind auch die BRVO über die gerichtliche Bewilligung von Zahlungsfristen vom 7. 8. 14, RGBl 359, in der Fassung vom 20. 5. 15 RGBl 290, dazu RGBl 1916, 451, über die Bewilligung von Zahlungsfristen an Kriegsteilnehmer vom 8. 6. 16, RGBl 452, über die Folgen der nicht rechtzeitigen Zahlung einer Geldforderung vom 18. 8. 14, RGBl 377, in der Fassung vom 20. 5. 15, RGBl 290, dazu RGBl 1916, 451, und das Gesetz zum Schutze gegen die Folgen der Verkehrserschwerung vom 8. 3. 19, RGBl 281 (dazu 283). — Die BRVO über die Festsetzung von Pachtpreisen für Kleingärten vom 4. 4. 16/12. 10. 17 ist ersetzt durch die (nicht nur für die Übergangszeit geltende) Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung vom 31. 7. 19, RGBl 1371. Darüber und über die Pachtschutzordnung vom 9. 6. 20, RGBl 1193, s. § 581 A 1. — Für sog. Kriegsverträge vgl. VO vom 21. 11. 18, RGBl 1323 und VO über die Abgeltung von Ansprüchen gegen das Reich vom 4. 12. 19, RGBl 2146.

I. Miete

§ 535

Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet[1]), dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache[2]) während der Mietzeit zu gewähren. Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten[3])[4]).

E I 503 II 480 Abs 1; M 2 369; P 2 130.

1. Die **Verpflichtung des Vermieters zur Gewährung des vertragsmäßigen Gebrauchs während der Mietzeit** ist, wenn nichts anderes im Vertrage bestimmt ist, Vorleistung (RG JW 03, 35[49]), vor deren Beginn der Vermieter auch dann keinen Mietzins beanspruchen kann, wenn Vorauszahlung bedungen ist (RG 8. 11. 04 III 260/04; vgl. auch RG 52, 286). Jedenfalls kann in letzterem Falle der Mieter Erfüllung Zug um Zug verlangen (RG JW 06, 333[8]; vgl. jedoch § 321). Greifen zwei an sich selbständige Mietverträge gegenständlich ineinander, indem sie sich z. B. nur durch den Umfang der Mietsache und die Höhe des Mietzinses sowie die Mietzeit unterscheiden, so werden die Verträge zwar regelmäßig keine rechtliche Einheit bilden, so daß § 320 nicht angewendet werden kann; wohl aber wird meistens der für die Anwendung des § 273 Abs 1 erforderliche natürliche und wirtschaftliche Zusammenhang (§ 273 A 1) gegeben sein (vgl. RG Warn 1913 Nr 5). — Ist dieselbe Sache an zwei verschiedene Personen vermietet, so sind dem Vermieter gegenüber beide Verträge gültig; im Verhältnis der Mieter untereinander hat derjenige den Vorrang, der zuerst in den Besitz der vermieteten Sache gelangt, während dem andern nur ein Schadensersatzanspruch an den Vermieter verbleibt. — Die Gebrauchsgewährung verpflichtet den Vermieter namentlich, seinerseits den Mieter nicht im Gebrauche zu stören, eine vermietete Wohnung nicht ohne rechtfertigenden Grund und nicht zu unangemessener Zeit (§§ 157, 242, Prot 2, 216) zu betreten, den Mieter auch gegen unberechtigte Störungen und Angriffe von seiten anderer Mieter (RG 5. 10. 06 III 61/06) oder Dritter zu schützen, während der Mieter zu eigenem Vorgehen gegen derartige Angriffe nicht verpflichtet ist. Über Vornahme baulicher Änderungen durch den Vermieter s. OLG 33, 299. Wer Räume seines Hauses zum Betriebe eines Geschäfts, z. B. einer Schankwirtschaft, vermietet hat, darf nicht andere Räume des nämlichen Hauses an ein Wettbewerbsunternehmen vermieten, insofern dies gegen den vorausgesetzten Zweck des ersten Mietvertrags verstößt (RG 19. 1. 06 III 372/05; OLG 28, 142). Ein grundsätzliches Recht, daß ihm jeder Wettbewerb ferngehalten werde, hat der Mieter nicht (RG LZ 1914, 1028[3]). Der Vermieter muß dulden, daß der Mieter sich auf eigene Kosten elektrischen Strom zur Erleuchtung der Mieträume zuführen läßt, wenn dies ohne Schaden und Belästigung für den Vermieter geschehen kann (OLG 33, 296). Eine bestimmte Gebrauchsmöglichkeit kann zur ausdrücklichen oder stillschweigenden Bedingung des Mietvertrags gemacht werden. Auch kann ausgemacht werden, der Vermieter habe zu gewährleisten, daß der Mieter die Mietsache, insbesondere die Mieträume für einen bestimmten Zweck gebrauchen könne, z. B. ohne daran durch gesetzliche oder behördliche Vorschriften gehindert zu werden. Eine solche Gewährleistungspflicht oder eine stillschweigende Bedingung kann aber noch nicht allein daraus entnommen werden, daß der Mieter es auf einen bestimmten Gebrauch abgesehen hatte und diese Absicht dem Vermieter bekannt war (RG 79, 94). — Der Mieter wird von der Übergabe ab (unmittelbarer) Besitzer der gemieteten Sache und erlangt Besitzesschutz gegen den Vermieter (den mittelbaren Besitzer, §§ 868, 869) und gegen Dritte (§§ 865, 868), darf sich verbotener Eigenmacht (§ 858) mit Gewalt erwehren, ist zur Besitzklage berechtigt (§ 862, RG 80, 281), und kann in seiner Eigenschaft als Besitzer eines ihm vermieteten Grundstücks auch die diesem zustehenden Grunddienstbarkeiten geltend machen (§ 1029). Die Klage des Eigentümers auf Unterlassung von schädlichen Eingriffen (§§ 906ff., 1004) steht ihm nicht zu, wohl aber die Schadensersatzklage nach §§ 823, 826 wegen Beeinträchtigung seines Besitzes (RG 57, 239; 59, 326), jedoch nicht wegen einer vor Eingehung des Mietvertrags erfolgten Beschädigung der vermieteten Sache (RG 59, 328). — Die Ehefrau ist befugt zum Vermieten der zu ihrem Vorbehaltsgute und auch der zu ihrem eingebrachten Gute gehörigen Grundstücke, für welche letztere Vermietung es jedoch, um dem Ehemanne gegenüber wirksam zu werden, seiner Zustimmung bedarf (§§ 1365, 1399 Abs 2).

2. Die **vermietete Sache** kann sowohl eine bewegliche als eine unbewegliche sein. So auch ein Schrankfach in der Stahlkammer eines Bankhauses als unbewegliche Sache (RG JW 95, 399[63]). Gegen die Annahme eines Verwahrungsvertrags kommt hier in Betracht, daß der Inhaber der betr. Wertsachen diese nicht gemäß § 688 dem Bankhause übergibt, dieses sie auch nicht zur Aufbewahrung übernimmt, sondern nur die Bewachung der Stahlkammer

zusagt, und das Verhältnis auch besteht, wenn während seiner ganzen Dauer sich keine Wertsachen im Fach befinden. In jedem Falle ist die Bank verpflichtet, dem Kunden die Benutzung des Schrankfaches zur Aufbewahrung von Gegenständen zu gestatten und darüber zu wachen, daß Unbefugte keinen Zugang erlangen, und sie ist bei Verletzung dieser Pflichten für den Schaden haftbar (RG 94, 74). Rechte des Ehemannes bei Miete eines Schrankfaches durch die Frau s. OLG 38, 89. Miete eines Schrankfaches auf den Namen eines Dritten (RG Warn 1919 Nr 7). Auch verbrauchbare Sachen können (z. B. zur vorübergehenden Ausstellung) mietweise überlassen werden; geschieht die Überlassung zum Verbrauch (Wasser, Gas), so liegt Kauf vor. Daß die Sache im Eigentum des Vermieters steht, ist zur Gültigkeit des Vertrags nicht erforderlich; auch fremde Sachen können vermietet werden, so insbesondere von einem dinglich Gebrauchsberechtigten (Nießbraucher § 1056) oder — unter bestimmten Voraussetzungen s. § 549 — vom Mieter selbst. In diesen Fällen steht auch der Umstand, daß der Mieter seine eigene Sache von dem Gebrauchsberechtigten gewährt erhält, der Wirksamkeit des Vertrags nicht entgegen (RG 11. 5. 06 III 452/05; RG Warn 1913 Nr 315), ausgenommen den Fall des Irrtums nach §§ 119, 121, 142, 143 Abs 1 u. 2. Erwirbt der Mieter nachträglich das Eigentum, so erlischt das Mietverhältnis (RG 49, 285). Käufliche Übernahme der gemieteten Sache und Fortsetzung des Mietverhältnisses schließen sich daher aus (RG 4. 11. 19 III 140/19). Wirksamkeit eines Mietvertrages über fremde Sachen bei mittelbarer Stellvertretung s. RG 80, 399. — Neben der Sache selbst gelten auch deren wesentliche Bestandteile (§§ 93, 94; RG 50, 241) und im Zweifel auch die Zubehörungen (§§ 97, 98, RG 47, 197) als mitvermietet (RG 39, 293; RG 5. 3. 02 V 413/01). Besondere Vorschriften über die Pacht eines Grundstücks mit Inventar §§ 586 ff. Nicht minder umfaßt der vertragsmäßige Gebrauch die Mitbenutzung anderweiter, nicht ausdrücklich mitvermieteter Teile der Sache, namentlich bei vermieteten Gebäuden der Hofräume (RG 6. 6. 05 III 149/05), der Zugänge, Fluren, Treppen und anderer Hausteile, die dem Mieter zur Ausübung seines Mietrechtes zur Verfügung stehen und von ihm betreten werden müssen (RG Gruch 48, 901; 15. 11. 04 III 177/04) — auch auf sie erstreckt sich daher die vertragliche Pflicht des Vermieters zur Erhaltung in einem eine Gefährdung des Mieters ausschließenden Zustande (RG 6. 2. 17 III 322/17) —, ferner der Hauswände, der letzteren insbesondere zur Anbringung von Firmenschildern, nicht aber von Geschäftsanpreisungen beliebigen Inhalts, insbesondere nicht für hausfremde Geschäftsbetriebe (JW 05, 367[5]), unter Umständen auch zur Anbringung von Fernsprechleitungen (RG 37, 212; 49, 306). Anschließung an eine Elektrizitätsleitung (LZ 1916, 255[9]). Bei großstädtischen Geschäftshäusern darf man annehmen, daß die Miete von Geschäftsräumen, mögen sie nun im Erdgeschoß oder in den oberen Stockwerken liegen, beim Mangel besonderer Vertragsbestimmungen regelmäßig die Außenwand des Hauses mitumfaßt; und zwar soweit die Wand den gemieteten Räumen entspricht und sich zu dem Geschäfte entsprechenden Anpreisungszwecken eignet, in den oberen Stockwerken in einer Erstreckung von der Unterkante der Fenster bis zur Unterkante der darüber befindlichen Fenster. Soweit erstreckt sich dann auch regelmäßig der Mietbesitz (RG 80, 281). Mitbenutzung des Fahrstuhls (OLG 33, 306). — Enthält der Vertrag Bestimmungen über die Gewährung einer bestimmten Eigenschaft neben der Gewährung des Raumgebrauchs, so ist der Vertrag trotzdem als einheitlicher Mietvertrag (Pfandrecht § 559 A 3) zu beurteilen. So ist bei der Vermietung einer Wohnung mit Sammelheizung, Warmwasserversorgung oder elektrischem Licht oder Wasserleitung (SeuffA 62 Nr 36), eines möblierten Zimmers (SeuffA 64 Nr 1), eines Fabrikraumes mit Dampfkraft, eines Raumes mit künstlicher Kühlung die Gewährung der bezeichneten Eigenschaft als eine nach dem Vertragswillen mit der Gewährung des Raumes untrennbar verbundene Nebenleistung aufzufassen und deren Vereinbarung als ein Bestandteil des einheitlichen Mietvertrags anzusehen (vgl. RG 33, 47; 75, 354; JW 97, 588[74]; 1913, 640[2]; RGSt 20, 417; OLG 30, 125; 39, 151; Vollstreckung gegen den Vermieter bei Sammelheizung, OLG 31, 130; 39, 86, 87). Dagegen enthält eine Vereinbarung, durch die ein Wohnzimmer vermietet und gleichzeitig die Beköstigung versprochen wird, zwei gesonderte Verträge. Eine solche Vereinbarung unterscheidet sich von den vorerwähnten Verträgen dadurch, daß die Lieferung der Beköstigung nicht von der Raumgewährung abhängig ist, vielmehr auch gesondert von ihr und auch ohne sie vereinbart werden kann (RG JW 1913, 640[2]). Vgl. Vorbem 2 vor § 535. — Dem Mieter eines Wohnhauses kommt auch das servitutische Recht des Eigentümers an der das Haus berührenden städtischen Straße zustatten (RG 36, 278; vgl. oben A 1). — Über die Regelung der Rechtsverhältnisse in bezug auf Sammelheizungs- und Warmwasserversorgungsanlagen in Mieträumen s. die VO vom 22. 6. 19 (Vorbem 9 vor § 535). Soweit der Vermieter die Anordnungen der zuständigen Behörde und die Bestimmungen der Schiedsstelle über die Verwendung der Heizstoffe und den Betrieb der Anlagen erfüllt, sind danach (§ 8 Satz 2) weitergehende Ansprüche des Mieters ausgeschlossen.

3. Verpflichtung des Mieters zur Entrichtung des vereinbarten Mietzinses. Die Vereinbarung über den Mietzins gehört zu den wesentlichen Bestandteilen des Mietvertrags.

Ist er für die erste Zeit des Vertrags bestimmt, im übrigen aber einer besonderen Vereinbarung vorbehalten, so ist zwar nicht der ganze Vertrag ungültig, ein Mietverhältnis für die spätere Zeit aber nicht begründet, und die Entschädigung des Vermieters nach § 557 zu bemessen (RG SeuffA 69 Nr 30). Über den wirksamen Abschluß eines Mietvertrages bei Vorbehalt späterer Vereinbarung über die Höhe des Mietzinses s. RG LZ 19.4, 1027[2]. Der Mietzins kann nicht nur in Geld (Mietzins in Hunderteilen der Geschäftseinnahmen des Mieters, RG JW 14, 403[4]) und anderen vertretbaren Sachen, sondern in Leistungen jeder Art, insbesondere auch in Diensten oder in der Hervorbringung eines bestimmten Erfolgs bestehen (M 2, 372), in welchen Fällen die Grundsätze des Dienstvertrags (oder Werkvertrags) neben denjenigen des Mietvertrags zur teilweisen, oder, wie z. B. bei der Anstellung eines Hausmeisters gegen freie Wohnung oder eines sog. Zapfenwirts mit Wohnung durch eine Brauerei, zur überwiegenden oder alleinigen Anwendung gelangen (BayObLGZ 4, 316). — Einrede der Rechtskraft seitens des Mieters, wenn in einem Vorprozeß der Parteien die Beendigung der Miete für die betr. Zeit rechtskräftig festgestellt worden ist, und dann der Mietzins für eine *spätere* Zeit in einem neuen Prozesse verlangt wird (RG SeuffA 60 Nr 130). — Der Erfüllungsort für die Zahlung des Mietzinses bestimmt sich gemäß § 269 zunächst nach dem erklärten oder unter Berücksichtigung der Umstände anzunehmenden Willen der Parteien, insbesondere bei Grundstücken nach dem Orte, wo dem Mieter der Gebrauch gewährt wird (RG 23. 12. 04 III 196/04, JW 1919, 939[5]), mangels solcher Festsetzung aber nach dem Orte, an dem der Mieter zur Zeit der Entstehung des Mietverhältnisses seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte. Daneben besteht die Überbringungs- oder Übersendungspflicht des Mieters für Geldzahlungen nach § 270 (Bringschuld). Über die Hinterlegung geschuldeten Mietzinses s. § 372. Verjährung s. § 196 Nr 6, § 197. Das Vermieten von Wohnungen durch den Hauseigentümer ist in der Regel kein Gewerbebetrieb im Sinne von § 196 Nr 1 (RG JW 1919, 105). — Über die ausnahmsweise Wirksamkeit des von einem *Minderjährigen* ohne Zustimmung des gesetzlichen Vertreters abgeschlossenen Mietvertrags s. § 110. Über die Haftpflicht Dritter für den rückständigen Mietzins aus dem von einem Minderjährigen (Handlungsgehilfen, Studenten, usw.) selbständig abgeschlossenen Mietvertrag nach den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag s. § 683 und der Unterhaltspflicht s. §§ 1601, 1602, 1610. — *Mehreren Vermietern*, insbesondere den vermietenden Miteigentümern eines Grundstücks, stehen die Mietzinsen gemeinsam zu. Die Mietzinsen können daher von ihnen nur gemeinsam eingezogen und nicht (auch nicht anteilig) von einem Miteigentümer abgetreten, auch nicht vom Gläubiger nur eines Miteigentümers gepfändet werden (RG 89, 176; OLG 17, 1; 20, 107; 31, 98; SeuffA 68 Nr 8; a. M. OLG 5, 26; 12, 66 [§ 420]). — *Mehrere Mieter*, die gemeinschaftlich ein Grundstück gemietet haben, auch Ehegatten, sind in ihren Rechten Mitgläubiger im Sinne des § 432, in ihren Pflichten Gesamtschuldner. Aus der Unteilbarkeit des Mietverhältnisses folgt, daß, wenn die Mieter gemeinschaftlich klagen, über die Dauer des Mietverhältnisses nur einheitlich entschieden werden kann, nicht aber, daß sie nur gemeinschaftlich klagen können (RG Gruch 59, 469). Auch die Rückgabepflicht mehrerer Mieter ist eine Gesamtschuld (§ 431), die gegen jeden Schuldner besonders geltend gemacht werden kann (RG 89, 207; OLG 30, 4: Räumungspflicht der Ehefrau). Anwendung des § 139 bei Geschäftsunfähigkeit eines Mitpächters RG 99, 52. — Die *Ehefrau* des Mieters, die den Mietvertrag mit unterschrieben hat, haftet als Gesamtschuldnerin, kann aber, je nach den Umständen (OLG 33, 316), auch Mieterin mit allen Rechten und Pflichten einer solchen sein, was wegen des Pfandrechts an ihren eingebrachten Sachen von besonderer Bedeutung ist. Vgl. auch OLG 33, 316, 317. — Wegen Beschlagnahme von Mietzinsen vgl. §§ 1123, 1124.

4. Der Mieter ist ohne (ausdrückliche oder stillschweigende) Vereinbarung nicht zur **Abnahme** und zum **Gebrauch** der Mietsache verpflichtet. Ablehnung der Annahme begründet daher in der Regel nur Annahmeverzug (§§ 293 ff.). Nimmt der Mieter die Mietsache aber in Gebrauch, dann muß er sich dabei in den vertraglichen Grenzen halten. Er ist zur **Obhut** und damit auch zu einer *schonenden und pfleglichen Behandlung der Mietsache* verpflichtet (RG 84, 222; 87, 276; 93, 40). Verletzt er diese Pflichten, so ist der Vermieter zum Anspruch auf Unterlassung (§ 550), zur Kündigung (§ 553) und bei Verschulden (§§ 276, 278) zum Anspruch auf Schadensersatz (§ 548 A 1) berechtigt. Der Mieter haftet nach § 278 für das Verschulden seiner Angehörigen, Dienstboten, Angestellten, gewerblichen Arbeiter, wenn sie *in Ausübung* des ihnen anvertrauten (unselbständigen) Mitgebrauches, nicht nur bei Gelegenheit dieser Ausübung, Schaden verursachen, für ein pflichtwidriges Verhalten seiner Angestellten daher nur, wenn es in einem ursächlichen Zusammenhang mit den ihnen übertragenen Arbeitsleistungen steht (RG 84, 222; 87, 276 [auch 63 341], OLG 16, 423; 20, 110; 27, 146; 33, 309). Das gleiche muß für ein Verschulden der Gäste des Mieters und aller Personen gelten, durch die er eine Verrichtung in den Mieträumen vornehmen läßt. Seine Haftung für Personen, denen er den

selbständigen Gebrauch der Mietsache oder eines Teiles überläßt, ergibt sich aus § 549 Abs 2. Eine Folge der Obhutspflicht s. § 545. — Über die Verpflichtung des Mieters zur Rückgabe der Mietsache s. §§ 556, 557.

§ 536

Der Vermieter hat die vermietete Sache dem Mieter in einem zu dem vertragsmäßigen Gebrauche[1]) geeigneten Zustande zu überlassen[2]) und sie während der Mietzeit in diesem Zustande zu erhalten[3]).

E I 504 II 481; M 2 372, 373; P 2 130.

1. **Zu dem vertragsmäßigen** (nicht dem gewöhnlichen) **Gebrauche.** Auf Überlassung und fortdauernde Gewährung der Mietsache in einem zu diesem Gebrauche geeigneten Zustande hat der Mieter ein Klagerecht (RG JW 06, 333[8]), neben dem beim Vorhandensein der weiteren Voraussetzungen auch die in §§ 537, 538, 547 festgestellten Ansprüche in Betracht kommen können. Der Mieter kann die Unterhaltung der Mietsache auch im Wege einstweiliger Verfügung erzwingen. Er ist befugt, bei mangelhafter Unterhaltung einen entsprechenden Teil des Mietzinses zurückzubehalten (RG 23. 3. 06 III 524/05). Wer Räume zum Betrieb einer Schankwirtschaft vermietet (verpachtet), muß sie in einem Zustand überlassen und erhalten, daß sie für diesen Betrieb geeignet sind, insbesondere auch den polizeilichen Anforderungen genügen. Er muß daher unter Umständen auch bauliche Änderungen vornehmen, von denen die Polizeibehörde die Erteilung der Schankerlaubnis an den Mieter abhängig macht (RG 94, 138). Durch die Vereinbarung, er vermiete die Räume so, wie er sie bisher benützt habe, wird nur die gesetzliche Haftung für solche Mängel erlassen, die beim Vertragsschluß für den Mieter ersichtlich waren (RG 94, 138). Der für den vertragsmäßigen Gebrauch geeignete Zustand ist im einzelnen Falle nach der Ortssitte, dem Zweck und dem Preise der Mieträume zu beurteilen. Jeder Mieter, auch der einer kleinen Dorfwohnung, kann aber verlangen, daß er durch die vertragsmäßige Benutzung der Räume, die er zur Ausübung seines Mietrechts betreten muß, nicht an Körper und Gesundheit gefährdet wird. Ortsgebräuche, wonach sicherheitsgefährliche Treppen, schadhafte Bodendielen usw. als erlaubt gelten, sind unbeachtlich (RG 90, 65). Hat der Mieter den gefährlichen Zustand gerügt, so bedeutet die Unterlassung eines Widerspruches gegen die Hinausschiebung der Beseitigung des Mangels keinen Verzicht, auch nicht einen einstweiligen, auf die aus der Ordnungswidrigkeit sich ergebenden Rechte des Mieters (RG 89, 384; 90, 65).

2. **„Zu überlassen“,** d. h. dem Mieter zum Besitz und zur Benutzung zu übergeben, während eine entsprechende besondere Abnahmepflicht des Mieters nicht besteht (§ 535 A 4). Die Überlassung kann auch stillschweigend geschehen (RG Gruch 61, 928). Vielfach kommen abweichende Vertragsberedungen sowie Ortsgebräuche in Betracht. Über den Fall, wenn der Vermieter schon vor Beginn der Mietzeit die Instandsetzung der Mieträume verweigert, s. unten § 542 A 1. Der Vermieter braucht sich aber nicht um die Herstellung der Mieträume zu bemühen, wenn der Mieter vertragswidrige Anforderungen an die Einrichtung st llt und die Übernahme eines vertragsmäßig eingerichteten Raumes im voraus ablehnt (RG 17. 1. 18 III 387/18).

3. **Zur Erhaltung gehört** insbesondere die Vornahme der erforderlichen Ausbesserungen, auch bei den durch zufällige Ereignisse (z. B. Hagelschlag oder Einwirkung Dritter, für die der Mieter nicht verantwortlich ist) verursachten Schäden; desgleichen bei der Wohnungsmiete in der Regel die Reinigung und — bei Glatteis — das Bestreuen des zum Gebrauche des Mieters dienenden Hofes, der vor dem Hause gelegenen Straßenteile (RG Gruch 47, 643; LZ 1917, 1340[9]; OLG 12, 358; 14, 24), eines den Zugang zur Mietwohnung bildenden Ganges zwischen zwei Häusern (OLG 36, 50); die Entleerung der Abort- und Müllgrube, das Kehren der Essen, während die infolge des Gebrauchs nötig werdende Reinigung der Mieträume und der dazugehörigen Hausteile dem Mieter oder auch den Mietern gemeinschaftlich obliegt. Bei außergewöhnlich strenger Kälte muß der Vermieter auch dafür sorgen, daß auf Treppen und Vorplätzen des Miethauses nicht durch nasses Aufwischen gefährliche Eisbildungen entstehen; er muß nötigenfalls den Dienstboten besondere Anweisungen erteilen (RG LZ 1914, 1029[4]). Beleuchtung behufs Sicherung des Zuganges zu einem Hinterhause s. RG LZ 1914, 1900[4]. Haftung des Vermieters für den gefahrlosen Zugang zu einem von mehreren Mietern des Hauses zu benutzenden Abort s. RG LZ 1915, 832[15]. Für Räume, die den Mietern zugänglich, aber nicht vermietet, auch nicht zur gemeinschaftlichen Benutzung aller Mieter bestimmt sind, haftet der Vermieter nur wegen unerlaubter Handlung (RG Warn 1914 Nr 13). Auf Grund des Vertrages haftet der Vermieter für ein Verschulden seines Erfüllungsvertreters, z. B. des Hausverwalters (OLG 36, 50), dem Mieter, unter dem Gesichtspunkt des § 328 aber in der Regel auch den Familienangehörigen des Mieters (§ 538 A 4). Dem Mieter haftet

der Vermieter auch für den Schaden, den die zur Ausführung von Ausbesserungsarbeiten in den Mieträumen von ihm angenommenen Arbeiter jenem verursachen (RG 30. 4. 09 III 438/08). Haftung des Vermieters einer Dampfdreschmaschine für Verschulden des Maschinisten RG Gruch 61, 633; RG LZ 1916, 235, anders bei Miete mit Dienstverschaffung (Vorbem 7 vor § 611). Dritten gegenüber, die infolge mangelhafter Beschaffenheit des Hauses einen Unfall erleiden, ist hierfür regelmäßig nur der Vermieter, als Eigenbesitzer, verantwortlich (vgl. § 908, RG 59, 9), ausgenommen, wenn er das Haus im ganzen oder einen abgeschlossenen Teil davon vermietet und von seinem Mieter keine Nachricht vom Vorhandensein des Mangels erhalten hat (RG 68, 161). — Zur Wiederherstellung der durch Zufall zerstörten Mieträume, insbesondere beim Abbrennen des vermieteten Hauses, ist der Vermieter nicht verpflichtet; vielmehr erreicht dadurch die Miete wegen Unmöglichkeit der Erfüllung ihr Ende (RG JW 05, 718[9]). Ebenso wird der Vermieter von seiner Verpflichtung zur weiteren Gebrauchsgewährung befreit, wenn ihm die Räumung und Niederlegung des vermieteten Hauses wegen Einsturzgefahr polizeilich aufgegeben ist (§ 323; RG 19. 4. 04 III 38/04). Bei nur teilweiser Zerstörung der Mietsache ist der Vermieter zur Wiederherstellung verpflichtet, wenn sie während der Mietzeit möglich und der zerstörte Teil den unverletzten Teilen gegenüber wirtschaftlich von untergeordneter Bedeutung ist (Prot 2, 1860), auch die Wiederherstellung keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert (RG Warn 1910 Nr 146). Der Verpächter muß ein auf dem Pachtgrundstück stehendes, abgebranntes Gebäude wiederherstellen und das dabei untergegangene Inventar durch neues ersetzen, wenn das Pachtgrundstück mit den wiederhergestellten Gebäuden und dem neuen Inventar wirtschaftlich als die nämliche Sache erscheint wie vor dem Brande und die Wiederherstellung nicht Kosten verursacht, deren Aufwendung dem Verpächter nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Dabei kann auch auf eine dem Pächter zustehende Brandentschädigung und auf die von ihm in das Grundstück gemachten Verwendungen Rücksicht genommen werden (RG SeuffA 74 Nr 29). — Würdigung nach §§ 275, 323 muß eintreten, wenn behördliches Verbot die vertragsmäßige Nutzung einer verpachteten Wirtschaft verhindert. Will der Pächter das Pachtverhältnis fortsetzen, der Verpächter es auflösen, dann muß nach Treu und Glauben unter billiger Erwägung der beiderseitigen Interessen festgestellt werden, wessen Interessen den Vorzug verdienen (RG 89, 203). — Haftung des Vermieters für den Zustand einer den alleinigen Zugang eines Hauses bildenden Brücke bei Eigentum des Vermieters (RG 18. 12. 12 III 216/12), trotz Eigentums der Gemeinde (RG Warn 1910, 549). Haftung des Vermieters für einen den Zugang vermittelnden, in den Bürgersteig eingelassenen Eisenrost nebst Einfassung bei Unterhaltungspflicht der Gemeinde bezüglich des ganzen Bürgersteiges (RG 19. 4. 18 III 478/17). Haftung des vermietenden Hauseigentümers (neben dem Mieter) gegenüber den Kunden des Mieters für die Verkehrssicherheit der Zugänge zu den Geschäftsräumen des letzteren (RG 92, 359; 95, 61). Haftung des Mieters gegenüber Dritten für bauliche Mängel, nicht nur für Fehler der Instandhaltung, s. RG 83, 137. Haftung des Mieters eines Hauses, der dem Vermieter gegenüber die Sorge für den Fahrstuhlbetrieb einschließlich der Bedienung übernommen hat, für die Folgen von Unfällen, die Dritten in diesem Betriebe zustoßen, s. RG Gruch 63, 750.

Zur Beleuchtung der zu einem vermieteten Hausteil gehörigen Flure und Treppenaufgänge ist der Vermieter nach dem Vertrage, sofern nicht ausdrücklich oder stillschweigend oder durch Ortsgebrauch etwas anderes bestimmt ist, nicht verpflichtet. Eine allgemeine Rechtspflicht der Beleuchtung kann für den Vermieter begründet sein, wenn durch Polizeiverordnung die Beleuchtung für bestimmte Hausteile und Zeiten vorgeschrieben ist, oder wenn der Vermieter derartige Hausteile dem Verkehr geöffnet hat RG 33, 227; RGSt 14, 362; RG 21. 2. 07 III 38/06; s. auch RG 54, 56). So insbesondere für den vermietenden Eigentümer eines städtischen Hauses die Verpflichtung, für die Beleuchtung der Zugänge und Treppen zu sorgen, solange sie während der Dunkelheit einem regelmäßigen Verkehre dienen. Bei solcher Bestimmung der Räume für den Verkehr wird der Vermieter nicht nur seinen Mietern, sondern nach § 823 auch Dritten gegenüber im Falle mangelhafter Beleuchtung zum Schadenersatz verpflichtet. Der Verpflichtung, für die ordnungsmäßige Beleuchtung der Treppen zu sorgen, genügt der Vermieter nicht schon dadurch, daß er diese Sorge durch die Hausordnung den Mietern auferlegt; er muß auch die Befolgung der Hausordnung in geeigneter Weise überwachen (RG Gruch 60, 1012). Über die Verpflichtung des Schankwirts, die dem Verkehr geöffneten Räume für seine Gäste länger, als für gewöhnliche Passanten, zu beleuchten, s. RG 26. 2. 07 III 338/06.

Die vertragsmäßige Verpflichtung des Vermieters zur Erhaltung der Mietsache, insbesondere der Mieträume, in einem zum Gebrauche geeigneten Zustande besteht so lange, als die Verpflichtung des Vermieters dauert, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren. Diese Zeit deckt sich nicht immer genau mit der ausgemachten Mietzeit. So ist der Ver-

mieter verpflichtet, dem Mieter nach Ablauf der Mietzeit zum Zwecke des Auszugs die Benutzung der zu den Mieträumen führenden Treppen zu gestatten. Er ist daher auch verpflichtet, diese Treppen für die Zeit des Auszugs in gefahrlosem Zustande zu erhalten (RG Warn 1913 Nr 316).

Für die Pacht § 581 A 2, § 582, für die Leihe § 601.

§ 537

[1]) Ist die vermietete Sache zur Zeit der Überlassung an den Mieter mit einem Fehler behaftet, der ihre Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauch[2]) aufhebt oder mindert, oder entsteht im Laufe der Miete ein solcher Fehler, so ist der Mieter für die Zeit, während deren die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung des Mietzinses befreit, für die Zeit, während deren die Tauglichkeit gemindert ist, nur zur Entrichtung eines nach den §§ 472, 473[3]) zu bemessenden Teiles des Mietzinses verpflichtet[4]).

Das gleiche gilt, wenn eine zugesicherte Eigenschaft fehlt oder später wegfällt[5]). Bei der Vermietung eines Grundstücks steht die Zusicherung einer bestimmten Größe der Zusicherung einer Eigenschaft gleich.

E I 505, 507 II 482; M 2 373—376; P 2 131 ff.

1. **Die rechtlichen Folgen von Mängeln der Mietsache** sind in diesem und in den folgenden Paragraphen teilweise abweichend von den allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. gegeregelt, an deren Stelle insoweit die §§ 537 ff. treten (Vorbem 3 vor § 535). Wird aber dem Vermieter infolge von äußeren Umständen die Gewährung des Gebrauchs ganz oder teilweise unmöglich, kann er z. B. infolge einer schweren Krankheit in der Familie des seitherigen Mieters dem neuen Mieter die Mieträume nicht rechtzeitig gewähren, dann greifen §§ 323 ff. in Verbindung mit § 536 Platz. Nicht ausgeschlossen wird durch die Sondervorschriften der §§ 537 ff. eine Anfechtung des Mietvertrags wegen arglistiger Täuschung über Mängel der Mietsache nach § 123 (RG JW 1914, 591, vgl. für den Kauf RG 96, 156). Das gleiche muß (trotz § 539) für die Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 gelten (vgl. jedoch für den Kauf die abweichende Rechtsprechung in § 119 A 7, § 459 A 6). Der über den Ertrag eines Wirtschaftsanwesens getäuschte Pächter kann Änderung der Vertragsbedingungen, insbesondere Ermäßigung des Pachtzinses verlangen (Differenzklage, RG 86, 334).

2. **Nur auf die Aufhebung oder Minderung des vertragsmäßigen Gebrauchs** kommt es an, nicht auf die Erheblichkeit des Mangels (M 2, 374, anders § 542 Abs 2) oder auf ein Verschulden des Vermieters oder auf dessen Kenntnis vom Fehler. Doch wird die Tauglichkeit eines Patentrechts nur durch völlige Unbrauchbarkeit, technische Unausführbarkeit, nicht aber durch geringe praktische Verwertbarkeit aufgehoben (RG 9. 11. 08 VI 199/07; RG 78, 367). Auch ist wegen eines ganz geringfügigen Fehlers an einem Teile der Mietsache die Zurückbehaltung des ganzen Mietzinses nicht berechtigt (RG 12. 10. 06 III 64/06). — Als ein wesentlicher Fehler gilt z. B. das Fehlen von Öfen in einem mit Öfen vermieteten Hause (RG 21. 3. 06 III 324/05), sowie auch der einer Schankwirtschaft anhaftende Ruf, ein Schlupfwinkel gewerbsmäßiger Unzucht zu sein (RG 20. 1. 06 III 474/05), ebenso die nachträgliche Errichtung eines Wettbewerbsgeschäfts neben einem vorher gerade zum ausschließlichen Gewerbebetrieb im gleichen Hause vermieteten Geschäftsraum (RG 19. 1. 06 III 372/06). Als Fehler einer Sache, insbesondere eines Hauses, welche die Tauglichkeit zu dem vertragsmäßigen Gebrauche aufheben oder mindern, sind aber auch diejenigen zu betrachten, welche nicht geradezu den Gebrauch an sich verhindern, wohl aber ihn zu einem die Gesundheit benachteiligenden oder gefährdenden machen, z. B. Feuchtigkeit, ungenügende Verwahrung gegen atmosphärische Einflüsse, Behaftetsein mit Krankheitskeimen oder Ansteckungsstoffen, oder bewirken, daß die Mietsache nur in der Befürchtung einer vermöge ihres Zustandes drohenden Gefahr benutzt werden kann (RG 81, 202: sachwidrige Befestigung der Klappe eines Rolladenkastens), (RG Warn 1916 Nr 228: Fäulnis einer Diele). Vgl. auch RG LZ 1918, 1425[7]. Störung des Jagdpächters durch Anlegung eines Schießplatzes s. LZ 1918, 460[6]. S. auch § 538 A 4 u. 5. Festzuhalten ist, daß § 537 einen Fehler der Mietsache oder das Fehlen zugesicherter Eigenschaften der Sache voraussetzt, also im unmittelbaren Gegensatze zu den in der Person des Mieters liegenden Gründen (§ 552, s. A 1 dort) steht. — In ständiger Rechtsprechung hat das Reichsgericht nach dem geltenden wie nach früherem Rechte angenommen, daß unter den Begriff der für die Gewährleistungsansprüche wegen Sachmängel in Betracht kommenden Eigenschaften nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch

solche tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse fallen, die zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Verkehrsanschauung wertbildend oder werterhöhend zu wirken pflegen (vgl. für den Kauf RG 21, 308; 52, 1; 59, 240, auch 61, 86 und für die Miete 95, 175). Nach diesem Grundsatze muß die Unbrauchbarkeit der Sache zu dem vertragsmäßigen Gebrauche auch dann als ein Sachmangel angesehen werden, wenn sie auf Bestimmungen des öffentlichen Rechtes beruht. Der Fall eines gesetzlichen oder behördlichen Gebrauchsverbots kann hier allerdings nur dann in Betracht kommen, wenn es sich dabei um irgendwelche Beziehungen (z. B. die örtliche Lage) der Sache handelt (RG 79, 95). Eine die Benutzbarkeit eines Grundstücks (z. B. zu Fabrikzwecken) hindernde oder einschränkende Bestimmung des öffentlichen Rechtes hängt regelmäßig mit der örtlichen Lage des Grundstücks zusammen (RG JW 1913, 596[10]). Feindliche Besetzung einer Stadt, sowie die ernstliche, dringende Gefahr einer solchen oder einer Beschießung als Fehler der Mietwohnung (§ 537) und zugleich als Grund der Unmöglichkeit für den Vermieter, den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren (§ 323), s. OLG 31, 368. Einquartierungslast s. § 546 A 1. Die **Einwirkung behördlicher Maßnahmen, insbes. kriegsrechtlicher Verbote,** fällt aber keineswegs immer nur dann unter § 537, wenn sie durch die Beschaffenheit der gemieteten (gepachteten) Sache oder durch ihre örtliche Lage veranlaßt worden sind. Bei der Pacht (§ 581), die auch den Fruchtgenuß gewährt, kommt es darauf an, ob ein Verbot nur den tatsächlichen Umfang des Fruchtbezugs beeinträchtigt oder die Möglichkeit des vertragsmäßigen Fruchtgenusses überhaupt nimmt und so den Pachtgegenstand selbst in seiner besonderen Eigenschaft als einer zu diesem Fruchtgenuß bestimmten und geeigneten Sache trifft. Eine bloße Minderung des Umfanges des Fruchtbezugs muß der Pächter tragen. Für die Möglichkeit der vertragsmäßigen Nutzung dagegen haftet der Verpächter. Wird letztere entzogen, so hat der Pächter — unbeschadet einer Anwendung des § 323 (SeuffA 74 Nr 168; OLG 39, 178), insbesondere einer Auflösung des Pachtverhältnisses nach §§ 275, 323 RG 89, 203 — die Rechte aus §§ 537 ff. (auch § 542), so für polizeiliche Tanzverbote bei Tanzwirtschaften (RG 87, 277; 89, 203; RG Warn 1918 Nr 110; RG SeuffA 73 Nr 223; OLG 36, 51), für Beschränkungen der Polizeistunde bei Nachtwirtschaften (RG 88, 96; RG JW 1918, 815[3], auch OLG 38, 123). Vorausgesetzt wird nur, daß auch wirklich die Sache in ihrer besonderen Eigenschaft (als Tanzwirtschaft, Nachtwirtschaft) betroffen, und nicht nur der Umfang des Fruchtbezugs beeinträchtigt wird. Keinen Anspruch auf Pachtzinsminderung hat daher der Pächter einer Bierwirtschaft, wenn die Biererzeugung eingeschränkt wird (RG 90, 374), es müßte denn sein, daß sie vollständig oder doch in einem Umfange untersagt wird, der in seinen Wirkungen für den Wirtschaftsbetrieb einem vollständigen Verbote gleichkommt; ferner der Pächter eines für den Tag- und Nachtverkehr bestimmten Kaffeehauses, der infolge der Herabsetzung der Polizeistunde und polizeilicher Beschränkung der Musikerlaubnis einen Einnahmeausfall erleidet (RG 93, 144; RG Warn 1919 Nr 32). Mit der allgemeinen Erwägung, daß die Wirschaftsverhältnisse durch den Krieg völlig umgestaltet worden seien, läßt sich der Anspruch auf Zinsminderung noch nicht begründen. Die Gerichte sind, regelmäßig wenigstens, auch nicht in der Lage, in solchen Fällen einen billigen Ausgleich unter den Vertragsteilen zu schaffen (vgl. RG 86, 397; 90, 374). Bei der Miete, die nur den Gebrauch der Mietsache gewährt, hat der Vermieter regelmäßig nur dafür einzustehen, daß die Mieträume zum vertragsmäßigen Gebrauch tauglich sind, daher keine Haftung wegen polizeilicher Tanzverbote und wegen Beschränkung der Polizeistunde bei Miete von — erst durch den Mieter einzurichtenden — Wirtschaftsräumen (RG JW 1918, 88[8]; auch SeuffA 71 Nr 6); ebenso keine Haftung wegen Unmöglichkeit des Bierausschanks und wegen Verbots bezüglich des Branntweinausschanks bei Miete von nicht eingerichteten Wirtschaftsräumen, die der Mieter erst auf seine Kosten umbauen muß (RG Warn 1918 Nr 8; vgl. auch SeuffA 73 Nr 224: behördliche Schließung von Lichtspielunternehmungen]. Ist aber die Mietsache — sei es wegen ihrer örtlichen Lage, sei es wegen ihrer besonderen Einrichtung — vertragsgemäß nur in einer bestimmten Art zu benutzen und wird diese Benutzung durch behördliche Verbote unmöglich gemacht, dann ist der Mieter — unbeschadet einer Anwendung des § 323 (RG 94, 367; OLG 39, 178), insbesondere einer Auflösung des Mietverhältnisses nach §§ 275, 323 — nach § 537 von der Entrichtung des Mietzinses befreit, so für die Einstellung des gesamten Kur- und Badebetriebs bei Miete eines Ladens zum Betriebe von Geschäften mit den Badegästen (RG 91, 54), bei Miete von Räumen zum Kuraufenthalt an einem Badeorte (LZ 1915, 1041[13]; anders für bloße Regelung der Benutzung einer Mietwohnung an einem Badeorte, militärisches Beleuchtungsverbot, OLG 31, 366), für Beschlagnahme und Veräußerungsverbot für Benzin bei Miete einer Benzintankanlage (RG 94, 367). Allgemeines Verbot der Jagdausübung als Grund für Befreiung von der Entrichtung der Jagdpacht (OLG 33, 320). Bei entgeltlicher Überlassung eines Gasthauses, dessen Einrichtung der Mieter vom Vermieter käuflich übernommen hat, sind, wenn nicht überhaupt Pacht anzunehmen ist (Vorbem 1 vor § 535), jedenfalls die

für die Pacht entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden (RG 91, 310). — Ergänzung eines Pachtvertrags durch Einfügung einer Kriegsklausel im Wege der Auslegung s. RG JW 1918, 216[2]. — Über einen Vertrag zwischen einem Ausstellungsunternehmen und den Ausstellungswirten s. RG 88, 108 (§§ 323 ff., nicht §§ 537 ff.).

3. **Im Falle der Minderung** der Tauglichkeit insbesondere verhältnismäßige Herabsetzung des Mietzinses, und zwar, wenn neben dem Geldbetrag noch andere Leistungen bedungen sind, zunächst Herabsetzung an dem in Geld festgesetzten Teile der Leistung des Mieters (vgl. § 473). Nach der in § 472 vorgeschriebenen „relativen Berechnung" ist also der vereinbarte Mietpreis nach dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem zur Zeit des Abschlusses des Mietvertrags die Mietnutzung der Sache in mangelfreiem Zustand zur Mietnutzung der mangelhaften Sache gestanden haben würde (RG Warn 09 Nr 292), mithin bei 800 Mark vereinbartem Mietpreis, 900 Mark angemessenem Mietzins von der Sache in mangelfreiem Zustand, 450 Mark angemessenem Mietzins von der Sache in mangelhaftem Zustand, Herabsetzung des vereinbarten Mietzinses um 50 % bis auf 400 Mark.

4. **Die Befreiung vom Mietzins oder die Minderung** tritt ohne weiteres (von Rechts wegen) ein, wobei der Beweis des behaupteten Mangels dem Mieter obliegt. Eine Vertragsbestimmung, wonach der Mieter Ansprüche auf Minderung nur im Wege besonderer Klage geltend machen kann, ist ungültig (JW 1918, 520[7]). Da der Minderungsanspruch keine Gegenforderung gegen den Mietzinsanspruch ist, schließt ihn ein vertragsmäßiges Aufrechnungsverbot nicht aus (RG LZ 1918, 621[15]). Die sonstigen Rechte des Mieters auf Gewährung einer ordnungsmäßigen Mietsache (§ 536), sowie auf Kündigung des Vertrags (§ 542), bleiben daneben bestehen, während der Schadensersatzanspruch des § 538 nur statt der im § 537 bestimmten Rechte geltend gemacht werden kann. Über die Anfechtung des Vertrags wegen Irrtums und arglistiger Täuschung s. A 1. — Durch Stellung von Ersatzräumen kann sich der Vermieter in der Regel ohne Zustimmung des Mieters von seiner Verpflichtung nicht befreien; anders jedoch, wenn nach den Umständen des Falles in der Ablehnung der Ersatzräume seitens des Mieters eine Schikane zu erblicken ist. — Kein Minderungsanspruch des Mieters bei vorbehaltloser Zahlung des Mietzinses mit Kenntnis des vorhandenen Fehlers (RG 24. 3. 08 III 250/07). Kein Anspruch des Mieters auch dann, wenn der Fehler der Mietsache und damit die Beeinträchtigung ihrer Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauch auf sein Verschulden zurückzuführen ist (RG LZ 1917, 189[4]). Vgl. § 324 Abs 1.

5. **Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft** vgl. § 459 A 8. Bei mehreren Vermietern ist die Zusicherung nur dann verbindlich, wenn sie von allen erteilt ist (Planck § 537 A 4; a. M. Dernburg II § 217 A 8). Beispiele: Haftung für die Zusicherung, daß kein Wettbewerbsunternehmen für den vermieteten Fleischerladen bestehe (OLG 8, 139); ferner für die Zusicherung der Ertragsfähigkeit der Mietsache (RG 19. 9. 02 III 138/20). Eine Zusicherung, für die Benutzbarkeit einer Wohnung schlechthin — auch in Rücksicht auf alle Polizeiverbote — einzustehen, kann zwar unter Umständen in dem beiden Vertragsteilen bekannten Verwendungszwecke der Sache dann gefunden werden, wenn dieser Zweck in den Vertragsinhalt aufgenommen ist (vgl. für den Kauf RG JW 1910, 748[5]). Gerade bei der Miete aber wird die Bezeichnung des Verwendungszwecks der Mieträume in dem Vertrage, da sie regelmäßig stattfindet, im allgemeinen nicht genügen, um eine besondere, über das Maß des § 537 Abs 1 hinausgehende Zusicherung zu begründen (RG JW 1913, 597[10]). Ob im einzelnen Fall darin eine Zusicherung zu finden ist, bestimmt sich nach den Umständen (RG Warn 1918 Nr 138). In der Vereinbarung, der Saal einer vermieteten Wirtschaft stehe den Mietern für Vereine und Festlichkeiten zur Verfügung, liegt im Zweifel nur eine Erlaubnis, nicht eine Gewährleistung des Vermieters (RG JW 1918, 88[8]). Angaben über den Umsatz einer Wirtschaft enthalten eine Zusicherung des Verpächters, wenn der Pächter sie nach Treu und Glauben in diesem Sinne verstehen muß (RG LZ 1918, 621[15]). Zusicherung der Brauereifreiheit einer Schankwirtschaft RG 95, 175. Vgl. § 535 A 1.

§ 538

Ist ein Mangel der im § 537 bezeichneten Art bei dem Abschlusse des Vertrags vorhanden[1]) oder entsteht ein solcher Mangel später infolge eines Umstandes, den der Vermieter zu vertreten hat[2]), oder kommt der Vermieter mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug[3]), so kann der Mieter, statt die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen, Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[4])[5]).

Im Falle des Verzugs des Vermieters kann der Mieter den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen[3]).

E I 506, 514 Abs 3 II 483; M 2 376, 377; P 2 131.

1. **Anstatt** der in § 537 bestimmten Rechte kann der Mieter in drei Fällen **Schadensersatz wegen Nichterfüllung** verlangen. Die Vorschrift des § 538 gibt aber dem Mieter kein Wahlrecht im Sinne des § 262. Nicht schon durch die Wahl, sondern erst durch die Erfüllung des einen Anspruchs geht der andere verloren. Die Wahl bedeutet auch nicht einen Verzicht auf den nicht gewählten Anspruch (RG JW 1908, 550; RG LZ 1918, 621[15]; OLG 39, 151). Hat aber der Mieter den Schadensersatzanspruch gewählt und ist er wegen dieses Anspruchs voll befriedigt, so kann er auf das Minderungsrecht aus § 537 nicht mehr zurückgreifen RG Warn 1911 Nr 427). Der Schadensersatzanspruch ist ausgeschlossen nach § 545 Abs 2, wenn der Mieter der Anzeigepflicht nicht genügt hat. Einfluß der Kenntnis des Mangels § 539. — Der Schadensersatzanspruch steht dem Mieter zunächst in dem Falle zu, wenn ein Mangel der in § 537 bezeichneten Art (Sachmangel oder Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft) **bereits beim Abschlusse des Vertrags** vorhanden ist. Verschulden des Vermieters ist in diesem Falle nicht erforderlich, da auf Grund des Vertragsabschlusses eine stillschweigende Garantie des Vermieters für die ordnungsmäßige Beschaffenheit der Mietsache anzunehmen ist (M 2, 376; RG 52, 172). Die Ersatzpflicht tritt auch ein, wenn der Mangel nicht erkennbar war und nicht beseitigt werden konnte. Was den Zeitpunkt angeht, in dem der bezeichnete Mangel als vorhanden angesehen werden muß, so ist die Tauglichkeit zum vertragsmäßigen Gebrauche der Mietsache schon dann aufgehoben oder gemindert, wenn die Sache nur in der Befürchtung einer vermöge ihres Zustandes drohenden Gefahr benutzt werden kann (§ 537 A 2). Darauf, ob der Mieter im einzelnen Falle den ordnungswidrigen Zustand nicht kennt, kommt es nicht an, sofern nur objektiv die Gebrauchsuntauglichkeit besteht. Entscheidend für die Feststellung jenes Zeitpunkts ist das Dasein des Mangels, nicht sein Hervortreten, und die dadurch bewirkte Schädigung (RG 81, 200). Daher ist der Vermieter von Schankwirtschaftsräumen schadensersatzpflichtig, wenn er sich weigert, bauliche Änderungen vorzunehmen, von denen die Polizeibehörde die Erteilung der Schankerlaubnis an den Mieter abhängig macht (RG 94, 138). Bei der Miete einer nur der Gattung nach bestimmten Sache tritt an die Stelle der Zeit des Vertragsabschlusses die Zeit der Überlassung zum Gebrauche (vgl. § 480 Abs 2). — Der dem Mieter gewährte Schadensersatzanspruch (§§ 249 ff.) beschränkt sich nicht auf den Schaden, der daraus entsteht, daß der Mieter die Mietsache nicht nach ihrem vollen Vermögenswerte genießen kann. Der Anspruch umfaßt vielmehr auch den Schaden, der dem Mieter durch eine auf den Mangel der Mietsache zurückzuführende körperliche Beschädigung entsteht (bestr.). Ob eine Körperverletzung die Folge der Mangelhaftigkeit der Mietsache ist, muß nach den Grundsätzen über den ursächlichen Zusammenhang entschieden werden (RG 81, 200). Der Mieter kann aber nur Schadensersatz wegen Nichterfüllung, d. h. den Ersatz des besondern Erfüllungsinteresses wegen des Mangels, nicht das sog. negative Vertragsinteresse verlangen, nicht z. B. den Ersatz von Aufwendungen, die ihm auch bei Fehlerfreiheit der Mietsache entstanden wären (RG Warn 1918 Nr 138). Neben die vertragliche Schadensersatzpflicht tritt bei körperlichen Beschädigungen die Haftung aus unerlaubter Handlung wegen Verletzung der allgemeinen, durch den Mietvertrag nur verstärkten Rechtspflicht, niemand körperlich zu verletzen (RG 88, 433; 89, 384; 90, 68).

2. Zweiter Fall: Spätere Entstehung eines Mangels infolge von Nichteinhaltung einer **Zusicherung** oder von **Verschulden des Vermieters**. Es kommen also hier §§ 276, 278, 254 zur Anwendung. Keine Vertretungspflicht des Vermieters, wenn ohne seine Kenntnis ein Mitbewohner seines Hauses vorübergehend einen Gegenstand auf die Kellertreppe stellt und ein Mieter darüber hinstürzt (RG 16. 1. 08 VI 273/07). — Bei mangelndem Verschulden des Vermieters kann wegen eines solchen Mangels nach § 537 wenigstens die Verpflichtung zum Mietzinsnachlaß begründet sein.

3. Dritter Fall: **Verzug** (§§ 284, 285) des Vermieters mit der Beseitigung des Mangels, wenn der Mieter nicht gemäß Abs 2 Selbsthilfe angewendet hat. Jedoch keine Schadensersatzpflicht des Vermieters (Verpächters), wenn die Beseitigung des ohne sein Verschulden eingetretenen Mangels nur unter so unverhältnismäßigen Schwierigkeiten und Aufwendungen möglich wäre, daß ihm die Leistung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann (SeuffA 71 Nr 138). Für den Ersatz der Aufwendungen im Falle des Abs 2 s. §§ 256, 257; Verjährung § 558. Beim Mangel eines Verzugs bleiben dem Mieter die Rechte aus § 537. Ersatz von Aufwendungen zur Beseitigung des Mangels kann er in diesem Falle aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 677) und wegen ungerechtfertigter Bereicherung (§ 812 ff.) verlangen.

4. **Einzelne Beispiele:** Haftpflicht des Vermieters für die auf die Fahrlässigkeit seiner Vertreterin zurückzuführende mangelhafte Beschaffenheit einer Treppe (RG 6. 3. 06 III 495/05) oder für den schwankenden Zustand einer Treppenleiter (RG 20. 4. 09 III 478/08); Haftpflicht einer Stadtgemeinde für den Schaden, der einem Besucher ihrer Badeanstalt durch von ihr verschuldete mangelhafte Beschaffenheit des sogenannten Laufbretts entstanden ist (RG 1. 5. 06 III 406/05); Haftpflicht des Vermieters für Herabfallen von Deckenstuck

(RG Warn 1916 Nr 184), für schadhafte Dielen (RG Warn 1916 Nr 223), für den Bruch eines Wasserleitungsrohres (RG LZ 1917, 920[9], wegen ungenügender Erwärmung der mit Sammelheizung vermieteten Wohnräume (OLG 39, 151; s. jedoch § 535 A 2 a. E.), wegen Schutzlosigkeit des vermieteten Grundstücks gegen Hochfluten (OLG 38, 90). Dagegen keine Haftpflicht des Vermieters (Gastwirts) aus dem Mietvertrage für die Kosten der Beerdigung seines Mieters (Gastes), der durch einen Mangel der Wohnung (undichten Gasofen), jedoch ohne Verschulden des Vermieters ums Leben gekommen ist (SeuffA 64 Nr 127). Ebenso kann der Schadensersatzanspruch der Erben des auf einer mangelhaft unterhaltenen Treppe verunglückten Mieters wegen Verlustes des ihnen von dem Verstorbenen gewährten Lebensunterhalts nicht auf das Vertragsverhältnis, sondern nur auf § 823 gestützt werden (RG JW 08, 9[9]). Für diese Schadensansprüche gilt die regelmäßige Verjährungsfrist des § 195 (M 2, 377). — Der Mieter kann den verkehrssicheren Zustand der Mieträume auch für seine Angehörigen beanspruchen, daher, wenn seine Ehefrau infolge einer durch die mangelhafte Mietsache verursachten Körperverletzung in seinem Erwerbsgeschäfte keine Dienste mehr leisten kann, den ihm durch den Ausfall dieser Dienste erwachsenen Schaden gegen den Vermieter auf Grund des Mietvertrags (nicht nur nach § 845) geltend machen. Denn ihm selbst ist durch Verletzung der ihm gegenüber bestehenden Vermieterpflichten ein Schaden erwachsen, nämlich der Verlust der ihm von seiner Ehefrau geleisteten Dienste (RG 77, 99; 81, 200; 90, 65; RG Warn 1914 Nr 13). Das gleiche gilt für andere dem mietenden Ehemann entstandene Schäden (RG 90, 65). Dem Mieter kann aber in diesen Fällen ein mitwirkendes Verschulden seiner Ehefrau vom Vermieter entgegengehalten werden (RG 81, 214). Aber auch der Ehefrau und andern Familienangehörigen, die durch mangelhafte Beschaffenheit der vom Ehemann gemieteten Wohnräume eine Schädigung an Körper und Gesundheit erleiden, steht wegen des ihnen entstandenen Schadens neben Ansprüchen aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff.) in der Regel ein Vertragsanspruch gegen den Vermieter unter dem Gesichtspunkt des § 328 zu, da dem Mieter einer Familienwohnung im Zweifel die auch für den Vermieter erkennbare Absicht zu unterstellen ist, den mit ihm lebenden Angehörigen bezüglich der gefahrfreien Beschaffenheit der Wohnräume die gleichen Rechte gegen den Vermieter zu verschaffen, die ihm selbst zustehen. Der Vermieter haftet daher auch diesen Personen für ein Verschulden seiner Leute (§ 278) und für einen beim Abschlusse des Vertrags vorhandenen Mangel auch ohne Verschulden (RG 91, 21, 24). — Die Beweislast für die Voraussetzungen des Schadensanspruchs trifft den Mieter. Über mitwirkendes Verschulden des Mieters (§ 254) durch Nichtausübung des Rechtes zur fristlosen Kündigung und durch Unterlassung eigener Mängelbeseitigung (Abs 2) s. 544 A 5. Ein Verschulden des Mieters ist nicht darin zu finden, daß er, nachdem der Vermieter Abhilfe zugesagt, aber einen Aufschub der erforderlichen Änderungen für notwendig erklärt hat, sich vertrösten läßt und nicht mit allem Nachdruck gegen den Vermieter vorgeht (RG 89, 384). Kein Schadensanspruch des Mieters, der eine ihm vom Vermieter geleistete Teilrückzahlung des Mietzinses vorbehaltlos angenommen hat (RG JW 08, 549[10]). — Ersatz immateriellen Schadens (Schmerzensgeld usw.) kann nicht schon wegen Nichterfüllung des Mietvertrags, sondern nur wegen einer unerlaubten Handlung des Vermieters verlangt werden (RG 14. 4. 07 III 246/07; 20. 4. 09 III 300/09). Zur Begründung der Haftung wegen unerlaubter Handlung bedarf es aber nicht, wie früher gewöhnlich angenommen wurde, der Eröffnung eines mehr oder weniger allgemeinen Verkehrs an der Unfallstelle. Der Vermieter, der die Einwirkung seiner Sache auf den Körper eines andern gestattet, hat die Pflicht, die von ihr drohenden Gefahren, soweit er sie kennt oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt kennen muß, mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln abzuwenden, und haftet für die Verletzung dieser allgemeinen Rechtspflicht nach § 823 (RG 88, 433, auch 319; 89, 384; 90, 68). — Ersatzpflicht des Vermieters bei Kündigung des Mieters s. § 542 A 1.

5. **Gastaufnahmevertrag:** Das Verhältnis zwischen dem Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt und dem von ihm im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste ist eigenartig und nicht nur nach den Vorschriften über die Miete zu beurteilen (RG 65, 11; RG 14. 3. 05 III 465/04). Auch in diesem Vertragsverhältnis findet aber nach §§ 276, 278 ein Schadensersatzanspruch des Gastes gegen den Gastwirt statt, wenn der Gast durch die mangelhafte Beschaffenheit eines ihm vom Wirte überlassenen Raumes oder Einrichtungsgegenstandes zu Schaden gekommen und dieser Mangel auf ein Verschulden des Wirtes oder seiner Leute zurückzuführen ist. Unter dieser Voraussetzung hat der Gastwirt insbesondere für einen aus der nicht ordnungsmäßigen Beschaffenheit der Aborte und deren Zugänge erwachsenen Schaden einzustehen (RG 16. 10. 06 III 74/06; 21. 1. 10 III 86/09). Haftung bei Glätte eines nicht mit einem Läufer belegten Flurteils s. RG LZ 1917, 1065[7], bei Glätte des Marmorfußbodens einer Wandelhalle s. RG LZ 1914, 943[9]. Verpflichtung der Gäste zu eigener Sorgfalt beim Betreten von Marmorstufen s. RG LZ 1915, 820[11]. Über die weitergehende Haftpflicht des Gastwirts für Ver-

lust oder Beschädigung der vom Gaste eingebrachten Sachen s. § 701. — Ähnlich ist die Haftpflicht des Schank- und Speisewirts (Restaurateurs) geregelt, welcher dem Gaste keine Beherbergung, sondern nur Speise und Trank gewährt. Auch hier liegt ein Vertragsverhältnis besonderen Inhalts vor. Es beruht auf einer Vereinbarung über die Benutzung der für die Gäste bestimmten Räume, die nicht erst mit der Bestellung von Speise und Trank, sondern (stillschweigend) schon mit dem Eintritt des zum Zwecke des Aufenthalts herankommenden Gastes zustande kommt (RG JW 1911, 360[6]). Auf Grund dieser Vereinbarung haftet der Schank- und Speisewirt, z. B., wenn der Zugang nach dem Abort oder wenn dessen Umgebung nicht ordnungsmäßig eingerichtet oder beleuchtet (RG 4. 10. 04 III 95/04; 11. 10. 04 III 189/04; 29. 11. 04 III 452/04; 16. 10. 06 III 230/06; s. auch LZ 1917, 288[4]) oder ein zu den Gasträumen gehöriger Hof oder Garten bei Glatteis nicht gehörig bestreut ist (RG 21. 2. 07 III 358/06; vgl. auch RG JW 1910, 281[1]), wenn der Fußboden übermäßig glatt (RG LZ 1917, 1065[7]; OLG 38, 129) oder eine glatte Marmortreppe bei regem Verkehr nicht mit Läufern oder Linoleum belegt ist (RG Gruch 60, 856; RG LZ 1914, 143), oder wenn in den Gasträumen ein schußfertiges Gewehr unbeaufsichtigt dasteht (RG 11. 6. 09 III 12/09). Haftung für Mangel einer Kegelbahn s. RG 88, 433 und RG LZ 1914, 679[9]. Doch kann dem Wirt mangels besonderer Umstände nicht zugemutet werden, daß er mit dem Auslöschen von Gasflammen durch unbefugte Dritte rechne und Maßnahmen zur Verhinderung solcher Störungen treffe (RG JW 1919, 241[7]). Ferner besteht eine Haftpflicht des Wirtes für mangelhafte Beschaffenheit der zum Aufhängen der Hüte und Mäntel bestimmten Leisten oder der zur Verabreichung der Getränke dienenden Gefäße (RG 65, 12). Bei der Prüfung der Stühle, die der Wirt den Gästen zur Verfügung stellt, ist äußerste Sorgfalt Verkehrserfordernis (RG Warn 1916 Nr 245, auch RG LZ 1916, 1186[9]). Die vertragliche Haftung bezieht sich nicht nur auf die den Gästen offen stehenden Räume, sondern auch auf den Zugang zu ihnen (a. M. für den Zugang zum Hause RG 74, 126) und auf den Ausgang (RG 10. 2. 14 III 287/13; RG Gruch 60, 856). Anderseits beschränkt sich die Haftung gegebenenfalls auf die Räume, die zur Benutzung gerade des Gastes, der Vertragsgegner ist, bestimmt sind (RG 87, 128). Vertragshaftung des Gastwirts, der dem Gaste fahrlässig gesundheitsschädliche Stoffe an Stelle von Genußmitteln vorsetzt (RG 97, 116). Mitwirkendes Verschulden des Gastes ist nach § 254 zu beurteilen (RG 3. 3. 05 III 536/04) — Neben die vertragliche Haftpflicht tritt unter den Voraussetzungen des § 823 eine Haftung der Gast-, Schank- und Speisewirte für die Verkehrssicherheit der Wirtschaftsräume und ihrer Zu- und Ausgänge aus unerlaubter Handlung. Diese Haftung besteht kraft allgemeiner Rechtspflicht nicht nur den Gästen, sondern allen Personen gegenüber, die berechtigterweise die Wirtschaftsräume aufsuchen, z. B. um den Gästen etwas mitzuteilen, sie zu holen oder ihnen etwas zu bringen (RG 85, 185; RG Warn 1916 Nr 106; RG LZ 1911, 218[23]). Auch die Haftung des Wirtes wegen unerlaubter Handlung setzt die Eröffnung eines mehr oder weniger allgemeinen Verkehrs an der Unfallstelle nicht unbedingt voraus (RG 88, 433: Kegelbahn). Vgl. oben A 4. Gegenüber einem Anspruch aus unerlaubter Handlung steht dem Wirt bei Verschulden seiner Leute ein Entlastungsbeweis nach § 831 zu, während anderseits auch ein Anspruch auf Schmerzensgeld gegen ihn erhoben werden kann. — In ähnlicher Weise wie die Schank- und Speisewirte haften auch die Stallwirte für die ordnungsmäßige Beschaffenheit, Einrichtung und Überwachung des Stalles; sie sind im Falle ihres oder ihrer Leute Verschuldens für Verletzung der bei ihnen eingestellten Tiere, insbesondere auch für die durch die Tiere anderer Gäste herbeigeführten Schäden, ersatzpflichtig (OLG 34, 68). Haftung des Wirtes bei Einstellung von Pferden und Fuhrwerk durch vorübergehende Verkehrsgäste s. RG Warn 1910 Nr 265; RG JW 1910, 750[6]; OLG 28, S. 211, 213; 36, 97. — Auch das Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmer einer öffentlichen Vergnügungsanlage (Leipziger Palmengarten) und den einmaligen oder regelmäßigen Besuchern dieser Anlage ist nicht Mietvertrag im Sinne von § 535 und rechtfertigt es nicht, den Unternehmer über die Grenzen des § 836 hinaus auch ohne sein Verschulden für die Folgen fehlerhafter Einrichtung des Konzertgebäudes (Verletzung eines Besuchers durch einen sich von der Saaldecke lösenden Stuckreifen) auf Schadensersatz haften zu lassen (RG Warn 1910 Nr 202).

§ 539

Kennt der Mieter bei dem Abschlusse des Vertrags den Mangel der gemieteten Sache, so stehen ihm die in den §§ 537, 538 bestimmten Rechte nicht zu[1]). Ist dem Mieter ein Mangel der im § 537 Abs 1 bezeichneten Art infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt geblieben oder nimmt er eine mangelhafte Sache an, obschon er den Mangel kennt, so kann er diese Rechte

nur unter den Voraussetzungen geltend machen, unter welchen dem Käufer einer mangelhaften Sache nach den §§ 460, 464 Gewähr zu leisten ist[2])[3]).

E I 507 II 484; M 2 377; P 2 132, 133.

1. **Die Kenntnis des Mangels schadet dem Mieter, wenn sie beim Abschluß des Vertrags vorhanden war** (RG 19. 6. 06 III 542/05), aber auch in diesem Falle nicht, wenn vom Vermieter die Beseitigung des Mangels ausdrücklich zugesichert war (RG JW 09, 657[7]). Weitere Ausnahme nach § 544. Daraus, daß die vertragliche Haftung nach § 539 ausgeschlossen ist, folgt nicht der Ausschluß eines Anspruchs aus unerlaubter Handlung (§§ 823 ff.), mögen auch dieser Anspruch und der Vertragsanspruch auf dasselbe gerichtet sein. Dies gilt namentlich von der Verletzung einer sog. Verkehrspflicht, § 823 A 6a (RG JW 1911, 540[13])

2. **Die Rechte bleiben also dem Mieter gewahrt:** a) **bei grobfahrlässiger Unkenntnis** (dazu RG Warn 1918 Nr 138), wenn der Vermieter die Abwesenheit des Fehlers zugesichert oder ihn arglistig verschwiegen hat (s. RG 29. 9. 08 III 568/07), b) **bei wissentlicher Annahme der mangelhaften Sache,** wenn der Mieter sich seine Rechte bei der Annahme vorbehalten hat, also nicht bei vorbehaltloser Annahme einer mangelhaften Mietsache (RG 1. 2. 07 III 257/06). Demgemäß liegt dem Vermieter der Beweis der erwähnten Ausschlußgründe (Kenntnis oder grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters von den Mängeln beim Abschluß des Vertrags oder Kenntnis bei Annahme der Sache), dem Mieter der Beweis der sie ausnahmsweise beseitigenden Umstände (unter a und b) ob. Vgl. oben § 460 A 4.

3. Hat der Mieter nach Abschluß des Vertrags Mängel der Mietsache erfahren, gleichwohl aber das Mietverhältnis ohne Widerspruch fortgesetzt und den Mietzins voll bezahlt, so ist in entsprechender Anwendung des § 539 anzunehmen, daß er wegen des Mangels keine Ansprüche an den Vermieter erheben, vielmehr sich mit dessen Leistung begnügen wolle. Dagegen kann der Vermieter den Ausschluß oder eine Einschränkung seiner Haftung für Mängel, z. B. für den abgenutzten Zustand einer Treppe, nicht daraus ableiten, daß der Mieter einer vom Vermieter für erforderlich erklärten Aufschiebung der notwendigen Änderungen nicht widersprochen hat. In einem solchen Verhalten liegt weder ein Verzicht des Mieters auf die Geltendmachung des Mangels überhaupt noch auch nur eine vertragliche Zustimmung des Inhalts, daß der vertragswidrige Zustand einstweilen als vertragsmäßig gelten solle. Der Vermieter haftet daher für den Schaden, der dem Mieter inzwischen aus der Benutzung der mangelhaften Sache entsteht (RG 89, 384).

§ 540

Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Vermieters zur Vertretung von Mängeln der vermieteten Sache erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Vermieter den Mangel arglistig verschweigt[1]).

E I 407 II 485; P 2 132.

1. Vgl. § 476 A 2 (RG 62, 125). Arglistiges Verschweigen (RG JW 1914, 591) liegt vor, wenn der Vermieter den Mangel kennt und dem Mieter in der Absicht, ihn zu täuschen, nicht mitteilt, dagegen in der Regel nicht, wenn er annehmen durfte, daß der Mangel (z. B. ein polizeiliches Benutzungsverbot) auch dem Mieter bekannt sei (OLG 33, 301). Einfluß der Nichtigkeit auf den Bestand des ganzen Mietvertrags § 139. Bestätigung der nichtigen Vereinbarung § 141. Abgesehen von § 540 unterliegt die Haftung des Vermieters für Mängel der Mietsache freier Vereinbarung. Ausschluß der Haftung für Unfälle aus baulichen Schäden eines Pachtgutes SeuffA 70 Nr 174. Unwirksamkeit eines Verzichts des Mieters im Falle des § 544 s. dort.

§ 541

Wird durch das Recht eines Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil entzogen[1]), so finden die Vorschriften der §§ 537, 538, des § 539 Satz 1 und des § 540[2]) entsprechende Anwendung[3]).

E I 508 II 486; P 2 133.

1. **Entwährung des Gebrauchs durch Rechte Dritter.** Der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache muß dem Mieter ganz oder teilweise entzogen sein. Das Bestehen eines Rechtes, das von Dritten gegen den Mieter geltend gemacht werden könnte (vgl. § 434) genügt nicht. Fälle der Gebrauchsentziehung sind nicht nur dann gegeben, wenn der Vermieter von vornherein kein Recht an der Sache hat, also schlechthin eine fremde Sache vermietet, sondern auch dann, wenn er nur ein zeitlich beschränktes Recht an der von ihm ohne Rücksicht darauf vermieteten Sache hat, dieses während der Mietzeit erlischt, und

der nunmehr Berechtigte auf Grund des ihm alsdann zustehenden Kündigungsrechts dem Mieter den Gebrauch entzieht, so im Falle des Nießbrauchs des Vermieters (§ 1056), der ehemännlichen Verwaltung und Nutznießung (§ 1423), der elterlichen Vermögensverwaltung (§ 1663) und der Vorerbschaft (§ 2135). Entziehung des Gebrauchs durch ein Patentrecht OLG 34, 32. Das Recht des Dritten kann, wie aus der allgemeinen Fassung des § 541 und aus der Verweisung auf § 537 hervorgeht, auch erst nach Überlassung der Mietsache an den Mieter entstanden sein (a. M. RG 65, 33).

2. a) Nach § 537 gänzliche oder teilweise Befreiung des Mieters vom Mietzins wegen Gebrauchsentziehung oder Störung auf Grund eines bei Abschluß des Mietvertrags oder später im Laufe der Miete hervortretenden Rechtes eines Dritten. b) Nach § 538 Recht auf Schadensersatz wegen Gebrauchsentziehung auf Grund des beim Vertragsabschlusse vorhandenen oder erst im Laufe der Miete unter Vertretungspflicht des Vermieters zur Geltung kommenden Rechtes eines Dritten oder wegen Gebrauchsentziehung durch das Recht des Dritten, wenn der Vermieter mit dessen Beseitigung in Verzug kommt. Im Verzugsfalle kann der Mieter das Hindernis selbst beseitigen, insbesondere den Dritten wegen seiner Ansprüche abfinden und den Ersatz der dazu erforderlichen, nicht unverhältnismäßig hohen Aufwendungen verlangen. c) Nach § 539 Satz 1 Ausschluß der in §§ 537, 538 aufgeführten Rechte des Mieters, wenn er bei Abschluß des Mietvertrags das ihm nachteilige Recht des Dritten kennt. Dagegen kein Ausschluß bei grobfahrlässiger Unkenntnis (RG 20. 6. 16 III 84/16) sowie in dem Falle, wenn der Vermieter oder Verpächter sich zur Beseitigung des Mangels verpflichtet hatte (RG 21. 9. 09 III 465/08). Ob in der vorbehaltlosen Annahme der Mietsache in Kenntnis des Rechtsmangels ein Verzicht des Mieters auf seine Vertragsrechte liegt, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen. d) Nach § 540 Nichtigkeit der dort erwähnten Vereinbarung bei arglistigem Verschweigen des Rechtes des Dritten durch den Vermieter.

3. Anstatt der in A 2 unter a und b angeführten Ansprüche kann der Mieter nach §§ 535, 536 vom Vermieter Vertragserfüllung, d. h. Beseitigung der dem Mieter nachteiligen Rechte Dritter, begehren. Auch steht ihm das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 542 zu (RG 20. 6. 16 III 84/16). Wegen des Einflusses des Konkurses des Vermieters auf das Gebrauchsrecht des Mieters und wegen der Anordnung der Geschäftsaufsicht s. Vorbem 8 vor § 535. — Wegen der Rechtsverhältnisse bei Veräußerung oder Belastung eines vermieteten Grundstücks s. §§ 571 ff. Unverbindlichkeit eines Pachtvertrages für den Lehensfolger (RG 95, 108: gem. R.).

§ 542

[1]) Wird dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch der gemieteten Sache ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig gewährt oder wiederentzogen, so kann der Mieter ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen. [2]) Die Kündigung ist erst zulässig, wenn der Vermieter eine ihm von dem Mieter bestimmte angemessene Frist hat verstreichen lassen, ohne Abhilfe zu schaffen[3]). Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrags infolge des die Kündigung rechtfertigenden Umstandes für den Mieter kein Interesse hat[4]).

Wegen einer unerheblichen Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs ist die Kündigung nur zulässig, wenn sie durch ein besonderes Interesse des Mieters gerechtfertigt wird[5]).

Bestreitet der Vermieter die Zulässigkeit der erfolgten Kündigung, weil er den Gebrauch der Sache rechtzeitig gewährt oder vor dem Ablaufe der Frist die Abhilfe bewirkt habe, so trifft ihn die Beweislast[6]).

E I 529 II 487 Abs 1, 2; M 2 418—420; P 2 129, 513 ff.

1. In Erweiterung der allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff. läßt § 542 die **vorzeitige Kündigung** schon bei **Nichtgewährung oder Aufhebung des vertragsmäßigen Gebrauchs** überhaupt zu, mag solche auf einem Verschulden des Vermieters — das jedoch nicht in dem Verschluß der Mieträume bei einer vom Mieter in Angriff genommenen Wegschaffung seiner eingebrachten Sachen zu erblicken ist (RG 6. 4. 09 III 285/08) —, auf dem Mangel gesetzlich zu gewährender oder besonders zugesicherter Eigenschaften, auf Rechten oder Störungen Dritter oder auf andern zufälligen Umständen, z. B. Abbrennen eines vermieteten Hauses (RG 62, 226, für den Fall einer teilweisen Zerstörung jedoch RG Warn 1914 Nr 216), Unbrauchbarkeit der Mieträume infolge notwendiger Reparaturen (OLG 9, 2), baupolizeilicher Verfügung (RG 30. 6. 05 III 48/05) beruhen. Vgl. dazu auch § 544. Der

Mieter kann nach § 542 unter Umständen auch dann kündigen, wenn die Fortsetzung des Gebrauchs für ihn mit erheblichen Gefahren verbunden ist (RG 2. 1. 12 III 89/11), ferner, wenn der Vermieter oder seine Angehörigen oder Angestellten ihm den Gebrauch durch Beleidigungen, Tätlichkeiten verleiden (OLG 16, 421; 33, 308). Auf die Übernahme von Ersatzräumen braucht sich der Mieter nur einzulassen, wenn es sich um eine vorübergehende Benutzung während einer Ausbesserung oder Wiederherstellung handelt (RG 30. 6. 05 III 48/05; RG JW 05, 718[9]; RG Warn 1914 Nr 216). Infolge dieser weitergehenden Vorschrift des § 542 wird der Mieter regelmäßig auch keinen Anlaß haben, auf die allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff., soweit sie überhaupt anwendbar sind (dazu Vorbem 3 vor § 535), zurückzugreifen (RG 62, 225). Der Ausbruch eines **Krieges** berechtigt den Mieter eines zu gewerblichen Zwecken vermieteten Gebäudes nicht ohne weiteres zum Rücktritt vom Mietvertrage (RG 86, 397: Zirkusgebäude). Bei Nichtgewährung oder Aufhebung des vertragsmäßigen Gebrauchs und bei Pachtverhältnissen auch des vertragsmäßigen Fruchtgenusses infolge von behördlichen Maßnahmen, insbesondere kriegsrechtlichen Verboten, sind die in § 537 A 2 entwickelten Grundsätze entsprechend anzuwenden (vgl. namentlich RG 88, 96). Allgemeines Verbot der Jagdausübung im Bezirk des Jagdpächters als Kündigungsgrund LZ 1916, 897[10]. Vgl. § 552 A 1. — **Neben der Kündigung** hat der Mieter bei Hinderung oder Vorenthaltung des Gebrauchs auch das Recht auf **Befreiung vom Mietzinse** von der Zeit der Nichtgewährung bis zur Beendigung des Vertragsverhältnisses (RG JW 05, 718[9]), oder auf Rückzahlung des im voraus bezahlten Mietzinses (RG JW 09, 657[7]; 1912, 859[16]). Ferner kann der Mieter (Pächter), der nach § 542 gekündigt hat, bei Verzug des Vermieters (Verpächters) in der Beseitigung des Mangels **Schadensersatz** nach § 538 verlangen (RG 21. 5. 09 III 289/08, Verhältnis zur Zinsminderung RG 82, S. 363, 375). Der Mieter kann auch beim Vorliegen der dafür bestehenden Voraussetzungen (insbesondere Verschulden des Vermieters oder seiner Leute oder Verzug) auf Ersatz **desjenigen Schadens** Anspruch erheben, **der durch den die Kündigung veranlassenden Umstand bewirkt wurde**, mag auch der Betrag und Umfang dieses Schadens erst nach Beendigung des Mietverhältnisses hervorgetreten sein (RG 64, 381; 76, 369; RG 9. 1. 06 III 195/05; RG 21. 5. 08 III 289/08; RG Warn 1918 Nr 138). Vgl. § 554 A 1. Der Mieter, dem der vertragsmäßige Gebrauch ganz oder zum Teil entzogen worden ist, braucht, wenn er nach fruchtlosem Fristablauf kündigt, nicht seinerseits Vorkehrungen zur Minderung des Schadens zu treffen, dessen Ersatz er nach § 538 verlangen kann. Verzögert er aber die Kündigung über eine angemessene kurze Zeit nach Fristablauf, so kann er Schadensersatz nur insoweit verlangen, als ihm ein Schaden auch bei rechtzeitiger Kündigung entstanden wäre (RG 82, 368; 372, 373). Eine Schadensersatzpflicht nach allgemeinen Grundsätzen (§ 276) kann begründet werden durch ein Verbot des Verpächters an den Pächter, den Pachtgegenstand in einer bestimmten Weise zu benutzen (RG 18. 1. 18 III 417/17). Hat der Vermieter dem Mieter die Bezugsfähigkeit einer Wohnung zu einem bestimmten Zeitpunkte in Form eines Garantieversprechens zugesagt, so ist er bei Nichterfüllung der Zusage schadensersatzpflichtig, ohne daß es auf sein Verschulden ankommt (RG 15. 5. 07 III 438/06). — Die Vorschrift des § 542 bezieht sich nur auf den Fall, daß das Mietverhältnis begonnen hat, ist aber entsprechend anzuwenden, wenn schon vorher feststeht, daß seine Voraussetzungen zu Beginn des Mietverhältnisses vorhanden sein werden, so wenn die Beseitigung eines Mangels unmöglich ist (OLG 22, 289) oder der Vermieter die Instandsetzung der Mietsache ernstlich und endgültig verweigert. Es bedarf dann nicht eines Rücktritts nach § 325 oder (OLG 13, 360) nach § 326.

2. Rechtliche Natur der Kündigung. Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung nach § 130. Einer Form bedarf sie nur, wenn dies vereinbart ist. Die Kündigung wirkt nur für die Zukunft (ex nunc), von dem Zeitpunkt ihrer Erklärung ab (M 2, 201) und unterscheidet sich dadurch begrifflich vom Rücktritte (§§ 346 ff.), den den Vertrag rückwirkend (ex tunc) aufhebt (RG 64, 381; RG Warn 1914 Nr 10). Kündigung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht § 140, bei einer Mehrheit von Gläubigern oder Schuldnern §§ 425, 429, sowie bei Miterben §§ 2038, 2039, durch den Vormund § 1812, durch den Ehemann bei einer von ihm und seiner Ehefrau gemeinsam gemieteten Wohnung OLG 9, 302. Vgl. noch § 553 A 4.

3. Voraussetzung der Kündigung ist die fruchtlose Setzung einer angemessenen Frist zur Abhilfe, nicht die Androhung der Kündigung. Kann nach Lage der Sache unverzügliche Abhilfe verlangt werden, so genügt die Erklärung des Mieters, er werde die gesetzlichen Mittel gegen den Vermieter ergreifen, wenn der Mangel nicht **unverzüglich** abgestellt werde. Damit ist die Frist gestellt, ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB) für Abhilfe Sorge zu tragen. Eine genauere Bestimmung der Frist nach Tagen oder Stunden ist in einem solchen Falle nicht notwendig (RG 75, 354). In einer Klage auf Beseitigung eines den Gebrauch beeinträchtigenden Mangels kann das Verlangen der Abhilfe, nicht aber die zur Kün-

digung erforderliche Bestimmung einer angemessenen Frist gefunden werden (RG Warn 1918 Nr 74). Fristbestimmung im Urteil ZPO § 255. Vgl. auch RG Warn 1915 Nr 15. Liegen Erklärungen des Vermieters vor, die eine ernstliche und endgültige Verweigerung der Abhilfe darstellen (RG 51, 348; 64, 296; 67, 317), so bedarf es einer Fristsetzung nicht; dafür genügt aber nicht, daß der Vermieter in einem Schriftwechsel mit dem Mieter die Setzung einer Nachfrist nicht verlangt hat (RG Warn 1910 Nr 275). Vielmehr muß das Verhalten des Vermieters unzweideutig zum Ausdruck bringen, daß eine andere Entschließung von ihm auch bei förmlicher Fristsetzung nicht zu erwarten sei, so daß die Zwecklosigkeit einer Abhilfefrist außer Zweifel steht (RG 8. 3. 18 III 433/17; auch SeuffA 71 Nr 160). Hat der Vermieter nach Fristbestimmung die verlangte Abhilfe abgelehnt, so kann der Mieter schon vor Ablauf der Frist kündigen (RG 11. 12. 17 III 180/17). Der Bestimmung einer Frist bedarf es auch dann nicht, wenn eine Abhilfe von vornherein unmöglich oder mit Schwierigkeiten und Belästigungen für den Mieter verbunden ist, deren Duldung ihm nicht zugemutet werden kann. — Bei Setzung einer zu kurzen Frist gilt das zu § 466 A 1 Gesagte. — Der Mieter kann, statt mit sofortiger Wirkung, auch für einen angemessenen späteren Termin kündigen (RG 75, 354; 82, 373). Das Kündigungsrecht des Mieters besteht ohne Rücksicht auf Verzug oder Verschulden des Vermieters (A 1 und RG 98 S. 101, 286; RG Warn 1915 Nr 15; RG 11. 12. 17 III 180/17) und wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Vermieter wegen Mietzinsrückstandes vom Mieter Räumung verlangen kann (RG 11. 12. 17 III 180/17), wohl aber dadurch, daß die Unmöglichkeit auf einem vom Mieter zu vertretenden Umstande, insbesondere einem Verschulden oder auch nur Mitverschulden des Mieters beruht (RG. 98, 286; RG LZ 1917, 189[1]; vgl. auch § 552), so, wenn er schuldhaft verhindert, daß die Abhilfemaßnahmen des Vermieters Erfolg haben (RG JW 1911, 359[6]). Einem Verschulden des Mieters steht es nicht gleich, wenn er ein polizeiliches Gebrauchsverbot durch seinen eigenen Antrag veranlaßt hat (RG 23. 9. 13 III 184/13; a. M. OLG 28, 140). Der Mieter kann nicht mehr kündigen, wenn der Vermieter nach Fristablauf, aber vor erklärter Kündigung (vgl. § 554 Abs 1 S 2) abhilft (a. M. JW 1918, 107[5]). Ein Verzicht auf die durch die Kündigung begründeten Rechte ist nicht darin zu finden, daß der Mieter trotz der Kündigung vorläufig wohnen bleibt, weil er über ihre vom Vermieter bestrittene Wirksamkeit erst eine gerichtliche Entscheidung haben will (RG 17. 3. 16 III 386/15).

4. **Kein Interesse,** namentlich bei einem Fixgeschäft (vgl. § 361), wie z. B. bei nicht rechtzeitiger Gewährung eines zum Weihnachtsverkauf gemieteten Geschäftslokals (vgl. § 564 A 3).

5. So ist die Anwendung des § 542 Abs 2 namentlich da gegeben, wo sich der Mieter beim Vertragsabschluß eine besondere Eigenschaft der gemieteten Sache, z. B. größte Ruhe für ein als Sanatorium gemietetes Gebäude, ausbedungen hat, und durch unruhige Nachbarn diese Ruhe, wenn auch nicht in übermäßiger Weise, gestört wird (RG 4. 5. 09 III 368/02). Kündigungsrecht und Schadensersatzanspruch sind anerkannt worden, wo der Vermieter dem Mieter von einem Teile eines Platzes zum Betriebe eines Kinematographen den Platz als ruhig bezeichnet hatte, dann aber den gegenüberliegenden Teil einem andern zum Betriebe eines Hunde- und Affentheaters einräumte (RG 21. 1. 10 III 85/09). Das Kündigungsrecht ist von der Rechtsprechung weiter in einem Falle anerkannt worden, wo die (Sammel-) Heizung einer gemieteten Wohnung bei einer Außentemperatur unter 10° R bis Mitte Mai vereinbart war und die vertragswidrige Unterlassung der Heizung vom 1. bis 7. Mai unter Gefährdung der Gesundheit des Mieters andauerte (RG 75, 354; vgl. A 3).

6. **Beweispflichtig** ist im Streitfalle a) der Mieter für die Kündigung und die Fristsetzung, im Falle des Abs 2 auch für die sein besonderes Interesse ergebenden Tatsachen, b) der Vermieter für die rechtzeitige Gebrauchsgewährung oder Wiedergewährung, sowie im Falle des Abs 2 für die Unerheblichkeit der Hinderung oder Vorenthaltung.

§ 543

Auf das dem Mieter nach § 542 zustehende Kündigungsrecht finden die Vorschriften der §§ 539 bis 541[1]) sowie die für die Wandelung bei dem Kaufe geltenden Vorschriften der §§ 469 bis 471[2]) entsprechende Anwendung.

Ist der Mietzins für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat ihn der Vermieter nach Maßgabe des § 347[3]) oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten[4])

E I 530 II 487 Abs 3; M 2 421; P 2 229, 230, 413.

1. Also **Ausschluß des Kündigungsrechts** a) wenn der Mieter beim Abschlusse des Vertrags die den Gebrauch der Mietsache ausschließenden oder störenden Mängel kennt oder, abgesehen von Zusicherung und Arglist des Vermieters, infolge von grober Fahrlässigkeit nicht kennt (RG 30. 3. 20 III 402/19); b) wenn er die mangelhafte Mietsache mit Kenntnis ihres Mangels vorbehaltlos annimmt oder vorbehaltlos den Mietpreis dafür zahlt (RG 19. 6. 06 III 542/05). Beruht die Kündigungsbefugnis auf einem Mangel im Recht, so wird sie nicht durch grobfahrlässige Unkenntnis des Mieters ausgeschlossen (§ 541 A 2c). Außerdem geht der Mieter wenigstens des ihm nach § 542 Abs 1 Satz 3 bei vorliegendem besondern Interesse zustehenden Rechtes, ohne Bestimmung einer Frist zu kündigen, bei Nichterfüllung der ihm in § 545 auferlegten Anzeigepflicht verlustig (§ 545 Abs 2).

2. Danach ist bei der **Miete mehrerer Sachen,** von denen nur einzelne mangelhaft sind, die Kündigung, abgesehen von der aus § 469 Satz 2 sich ergebenden Ausnahme, nur auf die mangelhaften zu erstrecken und dann ein für alle Sachen festgesetzter Gesamtmietzins in dem in § 471 angegebenen Verhältnisse herabzusetzen.

3. Für die **Rückerstattung des im voraus entrichteten Mietzinses** gelten die Grundsätze, die nach § 347 im Falle des Rücktritts von einem Vertrage für die Haftpflicht des Empfängers einer bereits erfolgten Vertragsleistung gelten und sich nach den Verpflichtungen bestimmen, die nach § 987 dem mit der Eigentumsklage in Anspruch genommenen Besitzer einer Sache obliegen; insbesondere also Herausgabe der nach dem Eintritt der Rechtshängigkeit gezogenen und zu ziehen gewesenen Nutzungen.

4. Der Vermieter hat in diesem Falle nur denjenigen Betrag des Mietzinses herauszugeben, um welchen er zur Zeit der Rechtshängigkeit (oder der Kündigung) noch bereichert ist (§§ 818, 819).

§ 544

[1]) Ist eine Wohnung oder ein anderer zum Aufenthalte von Menschen bestimmter Raum[2]) so beschaffen, daß die Benutzung mit einer erheblichen Gefährdung[3]) der Gesundheit verbunden ist, so kann der Mieter das Mietverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen[4]), auch wenn er die gefahrbringende Beschaffenheit bei dem Abschlusse des Vertrags gekannt oder auf die Geltendmachung der ihm wegen dieser Beschaffenheit zustehenden Rechte verzichtet hat[5]).

E II 488 III 537; P 2 230 ff.

1. **Allgemeines.** Auf Grund obiger Vorschrift, die im öffentlichen Interesse gegeben und daher im Wege der Privatvereinbarung nicht abänderbar ist, steht dem Mieter bei gesundheitsgefährlicher Beschaffenheit einer Wohnung oder eines andern, zum Aufenthalt von Menschen bestimmten Raumes ein **erweitertes Kündigungsrecht** zu. Die Vorschrift gilt auch für die Pacht (§ 581 Abs 2).

2. Als solcher **anderer Raum** kann ein Kontor, Bureau, ein Laden, eine Werkstätte oder ein sonstiger Raum in Betracht kommen, auch wenn er, wie z. B. ein Bier- und Weinkeller oder ein Kellerraum für Sammelheizung, zu einem zwar wiederkehrenden, aber nur auf Stunden beschränkten Aufenthalte bestimmt ist (RG 21. 2. 05 III 503/04).

3. **Die Gefährdung der Gesundheit** muß eine naheliegende, nachhaltige und nicht bloß vorübergehende sein (RG 51, 211; Warn 1911 Nr 323; JW 1912, 288[9]). „Erheblich“ bezieht sich einmal auf den Grad der Gefährdung und ist im Sinne von „nicht unbedeutend“, „nicht gering“ zu verstehen. Eine erhebliche Gefahr in diesem Sinne ist nur dann anzunehmen, wenn sie nahe liegt, d. h. wenn die Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer Gesundheitsbeschädigung eine große, nicht eine nur geringe ist; denn der Grad der Gefahr wird danach bemessen, wie hoch die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des befürchteten Ereignisses ist. Mit der herrschenden Meinung ist aber weiter anzunehmen, daß nicht nur die nahe liegende Gefahr einer Gesundheitsbeschädigung vorliegen, sondern auch die drohende Schädigung der Gesundheit selbst eine erhebliche sein muß. Die Gefahr einer nur unbedeutenden Gesundheitsbeschädigung genügt ebensowenig wie ein geringer Gefährdungsgrad. Das Urteil darüber, ob eine Einrichtung gesundheitsschädlich ist, muß sich nach den gegenwärtig auf dem Gebiete der Gesundheitslehre herrschenden Anschauungen richten. Eine gesundheitsschädliche Einrichtung verliert diese Eigenschaft nicht dadurch, daß sie nicht schon in früherer Zeit (man denke an langfristige Mietverträge) erkannt worden ist (RG Warn 1911 Nr 323). Mangels Wahrscheinlichkeit einer nachhaltigen Beeinträchtigung ist eine erhebliche Gefährdung der Gesundheit nicht anzunehmen, wenn ihre Beschädigung nur bei längerem Bestehen des Übelstandes zu befürchten, der Mangel aber leicht und in verhältnismäßig kurzer Zeit beseitigt werden kann. Ob aber letzteres zutrifft, ist nicht

vom Standpunkt des späteren Beurteilers, der die wirkliche Sachlage kennt, sondern danach zu beurteilen, was zur Zeit der Ausübung des Kündigungsrechts bekannt war. Kennt der Mieter die Ursache eines Mangels (z. B. des Modergeruchs) nicht, so ist seine Lage ebenso zu beurteilen, wie wenn Ursache und Abhilfemittel feststehen, die Beseitigung selbst aber sehr schwierig oder mit beträchtlichem Zeitaufwand verbunden oder unmöglich ist (RG 88, 168). Unter Umständen wird man aber von dem Mieter, der nach § 544 kündigen will, ein Forschen nach der Ursache des Mangels verlangen müssen. — Das dauernde Eindringen unerträglicher übler Gerüche in die Mieträume kann den Tatbestand des § 544 verwirklichen (RG JW 1912, 288[9]), ebenso eine das Leben und die Gesundheit der Bewohner gefährdende Beschaffenheit des Fußbodens und der Kellertreppe (RG Gruch 60, 664). Die Gefährdung der Gesundheit kann auch darauf beruhen, daß der Mieter durch den von dem Mieter eines andern Hausteils (z. B. von einem Fleischer mit dem lärmenden Betriebe seiner Maschine) gemachten Gebrauch in seiner Gesundheit benachteiligt wird (RG JW 06, 713[9]); maßgebend sind dabei nicht die besonderen Gesundheitsverhältnisse des einzelnen Mieters (subjektiver Standpunkt), sondern die allgemeinen, für die gesundheitsgemäße Beschaffenheit von Wohnungen überhaupt geltenden Grundsätze (objektiver Standpunkt, OLG 7, 17). — Über den sog. Berliner Hängeboden vgl. RG Warn 1911 Nr 323.

4. **Das Kündigungsrecht des Mieters** hat grundsätzlich das ganze Mietverhältnis zum Gegenstande (RG Warn 1911 Nr 323) und setzt demgemäß voraus, daß der Mietgegenstand (z. B. eine Wohnung) im ganzen von dem Mangel berührt wird. Die Gesundheitsgefährlichkeit eines einzelnen Raumes rechtfertigt daher die Kündigung nach § 544 nicht, wenn der Mangel die Tauglichkeit der gemieteten Wohnung nicht erheblich mindert, ihre Benutzbarkeit im Rahmen des Mietzwecks vielmehr durch die übrigen Räume ohne wesentliche Beeinträchtigung der persönlichen Bedürfnisse des Mieters gewährleistet wird (RG 21. 2. 05 III 503 04). Dem Mieter bleiben aber die Rechte aus §§ 537 ff., 542. Kann das Mietverhältnis selbst im einzelnen Falle als teilbar erachtet werden, so wird ausnahmsweise das Kündigungsrecht auf einzelne Räume zu beschränken sein, wenn nämlich nur diese von gesundheitsgefährlicher Beschaffenheit sind und der getrennte Gebrauch der übrigen Räume ohne Beeinträchtigung des Mieters möglich ist (vgl. § 543 A 2). — Das Kündigungsrecht des Mieters setzt kein Verschulden des Vermieters voraus, fällt aber weg, wenn der gesundheitsgefährliche Zustand durch ein Verschulden des Mieters selbst (unpflegliche Behandlung usw.) hervorgerufen wird (RG 51, 210; RG SeuffA 58 Nr 73; JW 1916, 1298[6]). Dagegen kann dem Mieter nicht der Umstand entgegengehalten werden, er habe durch Anzeige bei der Polizei veranlaßt, daß die bis dahin unbeanstandete Benutzung eines Raumes untersagt worden sei (RG Warn 1911 Nr 323). Der Vermieter kann auch keine Schadensersatzansprüche daraus herleiten, daß der Mieter die polizeiliche Schließung der (baufälligen) Wohnung veranlaßt hat (RG LZ 1916, 594[10]). — Für die Beendigung des Mietverhältnisses im Falle des § 544 bedarf es weder der Bestimmung einer Frist zur Abhilfe wie nach § 542 noch einer Anzeige nach § 545 (RG Gruch 60, 664; a. M. OLG 38, 305), wohl aber einer Kündigung des Mieters, d. h. einer Erklärung des Inhalts, daß er das Mietverhältnis auflösen wolle. Die Erklärung kann ohne Rücksicht auf eine etwa vereinbarte Kündigungsform, auch stillschweigend, z. B. durch den Auszug des Mieters (RG Warn 1916 Nr 46) geschehen, muß aber unzweideutig erkennen lassen, daß der Mieter ein Kündigungsrecht ausüben wolle (RG Gruch 60, 664).

5. Neben der fristlosen Kündigung bleibt die Geltendmachung der Rechte aus §§ 537, 538 insoweit bestehen, als der Mieter dieser Rechte nicht nach § 539 verlustig geworden ist oder auf ihre Geltendmachung verzichtet hat. Gegenüber einem Schadensersatzanspruche des Mieters wird der Vermieter nicht selten versuchen, eigenes Verschulden des Mieters nach § 254 geltend zu machen. Die fristlose Kündigung nach § 544 ist (ebenso wie die nach § 542) zwar nur ein Recht, keine Pflicht des Mieters. Aber auch die Nichtausübung eines Rechtes kann unter Umständen ein Verschulden darstellen, nämlich dann, wenn sie gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt verstößt. Es kommt dabei namentlich in Frage, ob die Voraussetzungen des § 544 so zweifelsfrei vorliegen, daß dem Mieter die Übernahme der Gefahr von Umzugs- und Prozeßkosten zugemutet werden kann (vgl. RG Warn 1916 Nr 133). Ebenso ist die eigene Mängelbeseitigung nach § 538 Abs 2 nur ein Recht des Mieters. Aber die Unterlassung der Rechtsausübung ist auch hier schuldhaft, wenn sie der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zuwiderläuft (RG 17. 9. 20 III 92/20). Der Vermieter, der sich auf mitwirkendes Verschulden des Mieters beruft, hat namentlich darzutun, daß diesem die Aufwendung der Kosten angesonnen werden konnte (RG Warn 1912 Nr 423).

§ 545

Zeigt sich im Laufe der Miete ein Mangel der gemieteten Sache oder wird eine Vorkehrung zum Schutze der Sache gegen eine nicht vorhergesehene

Gefahr erforderlich, so hat der Mieter dem Vermieter unverzüglich Anzeige zu machen. Das gleiche gilt, wenn sich ein Dritter ein Recht an der Sache anmaßt[1]).

Unterläßt der Mieter die Anzeige, so ist er zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet[2]); er ist, soweit der Vermieter infolge der Unterlassung der Anzeige Abhilfe zu schaffen außerstande war, nicht berechtigt, die im § 537 bestimmten Rechte geltend zu machen oder nach § 542 Abs 1 Satz 3 ohne Bestimmung einer Frist zu kündigen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen[3])[4]).

E I 519 II 589; M 2 400, 401; P 2 187; 6 184, 186.

1. **Obhutpflicht** des Mieters im Interesse des Vermieters. Diese Pflicht (vgl. § 535 A 4) besteht namentlich in dem Falle, wenn der Mieter ein ganzes Haus oder einen abgeschlossenen Teil davon gemietet hat (RG 68, 161), erstreckt sich aber auch auf die von dem Mieter mit anderen Mietern gemeinsam zu benutzenden Räume, wie Treppen, Flure (RG 59, 161; 75, 118), und kann insbesondere durch deren Nichtbeaufsichtigung, durch Nichtabgabe des Schlüssels zu einer Wohnung während einer Reise des Mieters verletzt werden. Kraft dieser Obhutpflicht ist der Mieter zur (unverzüglichen § 121) Anzeige eines Mangels (nicht nur eines solchen im Sinne von § 537) auch dann verbunden, wenn der Mangel sein Gebrauchsrecht nicht unmittelbar benachteiligt, sondern nur den Vermieter gefährdet. Eine Verpflichtung zur Vornahme notwendiger Ausbesserungen oder zur Abwehr störender Eingriffe Dritter liegt ihm nicht ob. Es bedarf keiner Anzeige, wenn eine Abhilfe durch den Vermieter von vornherein unmöglich ist. Da die Anzeigepflicht auf der Obhutspflicht beruht, fällt sie insoweit weg, als, wie z. B. bei Überlassung einer Dampfdreschmaschine mit Bedienung an einen technisch unerfahrenen Mieter, die (technische) Obhut nicht diesem, sondern dem als Erfüllungsgehilfen des Vermieters zu betrachtenden Maschinisten anvertraut ist (RG Gruch 61, 633). Die Anzeigepflicht erstreckt sich auch nicht auf Sachen, die zwar tatsächlich unter einer gewissen Obhut des Mieters (Pächters) stehen, aber nicht Gegenstand der Miete (Pacht) sind (RG 22. 2. 17 IV 436/16).

2. **Schadensersatzpflicht des Mieters.** Sie wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß die Räume, wie z. B. Treppen, Flure und andere Zugänge zu den eigentlichen Mieträumen, auch der Prüfung des Vermieters offen liegen (RG 59, 162; RG Warn 1916 Nr 223), wohl aber dadurch daß dieser auf irgendeine Weise von dem Mangel wirklich Kenntnis erhält (M 2, 401). Haftung des Mieters wegen eines Schadens, den ein Dritter infolge baulicher Mängel der Mieträume erleidet, s. RG 83, 137.

3. **Beweislast** a) für den Vermieter dahin, daß und zu welcher Zeit der Mieter den Mangel gekannt habe oder habe kennen müssen, b) für den Mieter dahin, daß er unverzüglich nach erlangter Kenntnis die Anzeige erstattet habe.

4. Nicht ausgeschlossen ist das im § 544 vorgesehene Kündigungsrecht. — Kommt die Frau eines Mieters infolge schadhaften Zustandes der Treppe im Miethause zu Falle, so kann ihr daraus, daß sie dem Vermieter gegenüber den schon lange bestehenden Mangel nicht anzeigte, zwar, wenn sie nicht Mitmieterin ist, nicht eine Verletzung des § 545, wohl aber ein dem Entschädigungsanspruch aus § 823 entgegenstehendes Verschulden (§ 254) entgegengehalten werden (RG 11. 1. 07 III 231/07).

§ 546

Die auf der vermieteten Sache ruhenden Lasten[1]) hat der Vermieter zu tragen[2]).

E I 515 II 490; M 2 395; P 2 178.

1. Verpflichtung des Vermieters zur Tragung **der öffentlichen wie der privatrechtlichen Lasten,** die auf der Mietsache ruhen (wie z. B. Grund- und Gebäudesteuern, Wasserzins, Reallasten, auch Hypothekenzinsen) oder dem Inhaber eines Grundstücks als solchem obliegen (wie z. B. Kanalisationsabgaben, RG JW 1910, 105[2]; nicht Feuerversicherungsprämien LZ 1919, 821[7]).

Was insbesondere die **Einquartierungslast** (Quartierleistung und Naturalverpflegung) anbelangt, so hängt a) die Natur der Einquartierung im Frieden davon ab, ob sie nach den gemäß reichsgesetzlicher Vorschrift (Bundesgesetz v. 25. 6. 68, betr. die Quartierleistung für die bewaffnete Macht während des Friedenszustandes, §§ 5, 7; RGes. v. 24. 5. 98 über die Naturalleistung für die bewaffnete Macht im Frieden, §§ 4, 7) hierfür maßgebenden Ortsstatuten oder Gemeindebeschlüssen allen Inhabern bequartierungsfähiger Räume, also auch den Mietern oder nur den Grundbesitzern als solchen auferlegt ist, in welchem letzteren Falle

sie als auf der vermieteten Sache ruhend anzusehen und vom Mieter nicht mit zu tragen ist. b) Für die Einquartierung im Kriege, insoweit es sich um eine Leistung an die Truppen des Deutschen Reiches und seiner Verbündeten handelt, ist durch das RGes. über die Kriegsleistungen v. 13. 6. 73 den zu diesen Leistungen zunächst verpflichteten Gemeinden die Berechtigung erteilt, behufs Erfüllung der bei ihnen angeforderten Quartierleistung die zur Teilnahme an den Gemeindelasten Verpflichteten sowie die sonst in der Gemeinde sich aufhaltenden oder Eigentum in der Gemeinde besitzenden Angehörigen des Reiches zu Naturalleistungen und Diensten aller Art heranzuziehen. Die Last ruht also, wenn hiervon Gebrauch gemacht wird, nicht auf dem Grundbesitz, ist vielmehr (vgl. § 3 Nr 1 Ges. v. 13. 6. 73) als eine dem Gemeinde- oder Reichsangehörigen auferlegte persönliche Last grundsätzlich vom Mieter zu tragen, dem dafür auch die Quartiergelder gebühren (**RG** LZ 1919, 431[4]; OLG 33, 307; 38, 146). Wird aber ein verpachtetes Grundstück im Kriege für militärische Zwecke derart benutzt, daß das ganze Anwesen in Anspruch genommen (§ 3 Nr 4 des Ges.) und seine vertragsmäßige Benutzung zeitweise und ohne Aussicht auf Änderung in absehbarer Zeit unmöglich wird, so ist der Pächter infolge dieser, einer dauernden gleichzustellenden Unmöglichkeit nach §§ 275, 323 zur Verweigerung des Pachtzinses für die ganze Vertragsdauer berechtigt (**RG** JW 1919, 579[16]). c) Quartiert sich im Kriege feindliches Militär in willkürlicher Weise in den Mieträumen ein, so kann der Mieter, insoweit ihm dadurch der Gebrauch durch einen vom Vermieter nicht verschuldeten Umstand entzogen ist, gemäß § 323 Abs 1 nach der Dauer und dem Maß der Entziehung Befreiung vom Mietzins oder Minderung beanspruchen.

2. Abänderung im Wege der vertragsmäßigen Vereinbarung zwischen Vermieter und Mieter ist zulässig, jedoch auf das Verhältnis des Vermieters, als Hauseigentümers, der Staats- oder Gemeindebehörde gegenüber ohne Einfluß.

§ 547

Der Vermieter ist verpflichtet, dem Mieter die auf die Sache gemachten notwendigen Verwendungen zu ersetzen¹). Der Mieter eines Tieres hat jedoch die Fütterungskosten zu tragen.

Die Verpflichtung des Vermieters zum Ersatze sonstiger Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag²). Der Mieter ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen³).

E I 513, 514 Abs 1 u. 2 II 491; M 2 393—395; P 2 174 ff., 273.

1. Die **notwendigen Verwendungen,** d. h. die zur Erhaltung der Sache, insbesondere auch zur Beseitigung von Mängeln und zur Herstellung zugesicherter Eigenschaften gemachten Ausgaben treffen den Vermieter. Der Mieter dagegen hat, abgesehen von den dem Mieter eines Tieres zur Last fallenden Fütterungskosten, den durch den Gebrauch der Mietsache verursachten Aufwand zu tragen. Über den Ersatz der Aufwendungen s. §§ 256, 257. Zurückbehaltungsrecht §§ 273, 556 Abs 2. Verjährung des Ersatzanspruches § 558. Vgl. auch § 538 Abs 2.

2. Vgl. §§ 683—685. Die Verpflichtung zur Ersatzleistung fällt jedoch weg, wenn der Mieter zu der betr. Verwendung vertragsmäßig verpflichtet ist (Prot 5, 236). Besondere Bestimmungen bei der Pacht nach §§ 582, 586—589.

3. Das **Wegnahmerecht** des Mieters ist nach § 258 unter Herstellung des früheren Zustandes der Mietsache auszuüben (s. auch § 95). Unter dieser Voraussetzung ist der Mieter zur Wegnahme auch dann befugt, wenn der Vermieter die Einrichtung unter Ersatz ihres Wertes behalten will. Denn der Vermieter hat nach dem maßgebenden Schuldverhältnis nur Anspruch darauf, daß er die Mietsache in dem Zustande zurückerhält, in welchem sie sich bei der Überlassung an den Mieter befunden hat (M 2, 385; Prot 2, 177). Auch § 997 Abs 2 steht nicht entgegen, da dort dem mit der Eigentumsklage in Anspruch genommenen Besitzer ein weiteres obligatorisches Recht nicht zur Seite steht, ein Wegnahmerecht vielmehr im Falle des Wertsersatzes ausdrücklich ausgeschlossen ist. — Nur eine schikanöse Ausübung des Wegnahmerechts aus § 547 würde nach § 226 unzulässig sein.

§ 548

Veränderungen oder Verschlechterungen der gemieteten Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch¹) herbeigeführt werden, hat der Mieter nicht zu vertreten²)³).

E I 520 II 492; M 2 401; P 2 183.

1. Bei **vertragswidrigem Gebrauch** haftet der Mieter nach §§ 276, 278, so auch für Dienstboten und Familienangehörige (Besitzdiener), insoweit er diesen Personen die Obhut und Behandlung der Mieträume anvertraut oder überlassen hat (s. § 553), und zwar haftet er nicht nur für den Schaden an der Mietsache, z. B. an den gemieteten Räumen, sondern nach allgemeinen Grundsätzen für allen Schaden, den er durch Verletzung seiner Vertragspflichten dem Vermieter schuldhaft verursacht, so für die Beschädigung von nicht mitvermieteten Räumen und von Sachen des Vermieters, die sich nicht in den Mieträumen befinden (RG 84, 222; OLG 33, 309), auch für den entgangenen Gewinn (RG 14. 6. 15 IV 633/14). Die Haftpflicht des Mieters besteht insbesondere auch in dem Falle, wenn die Leute des Fuhrunternehmers beim Einzuge des Mieters am Grundstücke des Vermieters Schaden anrichten. Die nicht zweifellose Frage, ob der Mieter auch für den schuldhaft vertragswidrigen Gebrauch der Mietsache seitens eines Gastes haftet, dem er den Gebrauch überlassen hat, wird nach § 278 zu bejahen sein (vgl. § 535 A 4). Ein vertragswidriger Gebrauch darf nicht angenommen werden, wenn ein Gast im Wirtshaus plötzlich erkrankt oder stirbt, so daß dem Gastwirt durch die notwendige Wiederherstellung des Gastzimmers Kosten erwachsen (s. jedoch LZ 1916, 1504[7]). Umgekehrt ist der Fall zu beurteilen, wenn der Gast seinen Krankheitszustand gekannt und statt des gebotenen Aufenthalts in einem Krankenhause den Gasthof aufgesucht hat. Überanstrengung eines gemieteten Pferdes (OLG 39, 149). Wegen des vertragswidrigen Gebrauchs s. ferner unten § 550 A 1; § 553 A 1. Auch der Nichtgebrauch der Mietsache (vgl. § 535 A 4) kann unter Umständen, nämlich dann, wenn dadurch die Mietsache (z. B. ein Reitpferd) beschädigt oder gefährdet wird, vertragswidrig sein und den Mieter haftbar machen. — Der Schadensersatzanspruch wegen vertragswidrigen Gebrauchs durch den Mieter kann vom Vermieter auch schon vor Beendigung des Mietverhältnisses geltend gemacht werden. Der Vermieter kann insbesondere die alsbaldige Beseitigung von Schäden dann verlangen, wenn ein Aufschub die Beseitigung unmöglich machen oder größeren Schaden zur Folge haben würde. So auch für diesen Fall (anders für die Regel) SeuffA 74 Nr 103 und OLG 39, 239. Verjährung § 558. — Auslegung eines Vertrages, der die Haftung des Mieters aus Veränderungen und Verschlechterungen der Mietsache ausschließt s. LZ 1919, 921[7].

2. Der Grundsatz, daß der Mieter die durch den **vertragsmäßigen Gebrauch** herbeigeführten Veränderungen oder Verschlechterungen **nicht zu vertreten** habe, ist nach Treu und Glauben (§§ 157, 242) namentlich bei Auslegung der vielfach vorkommenden Vertragsbestimmung, daß die Mieträume in dem nämlichen Zustande zurückzugeben seien, in dem der Mieter sie übernommen habe, im Sinne des § 548 anzuwenden, sofern nicht der Vertrag ausdrücklich eine dem Vermieter günstigere Vorschrift enthält.

3. Die Beweislast dafür, daß Veränderungen oder Verschlechterungen auf einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand zurückzuführen seien, trifft den Mieter. Vgl. unten § 556 Abs 1 und A 1 dazu.

§ 549

Der Mieter ist ohne die Erlaubnis des Vermieters nicht berechtigt, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen[1]), insbesondere die Sache weiter zu vermieten[2]). Verweigert der Vermieter die Erlaubnis, so kann der Mieter das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen[3]), sofern nicht in der Person des Dritten ein wichtiger Grund vorliegt[4])[5]).

Überläßt der Mieter den Gebrauch einem Dritten[6]), so hat er ein dem Dritten bei dem Gebrauche zur Last fallendes Verschulden zu vertreten, auch wenn der Vermieter die Erlaubnis zur Überlassung erteilt hat.

E I 516 II 493; M 2 395—397; P 2 178 ff.

1. **Verbot der eigenmächtigen Gebrauchsüberlassung an einen Dritten.** Die Überlassung des Gebrauchs im Sinne des § 549 erfordert nicht die Übertragung eines Rechtes, sondern nur die tatsächliche Einräumung des vollen Gebrauchs der ganzen Mietsache oder eines bestimmten Teiles, umfaßt aber nicht den unselbständigen Mitgebrauch der Mietsache durch Familienmitglieder, Dienstboten, Gäste usw., der vielmehr zum vertragsmäßigen Gebrauch des Mieters selbst gehört. Die Erlaubnis des Vermieters ist keine Zustimmung im Sinne der §§ 182 ff., die Erlaubnis bewirkt nur, daß die Gebrauchsüberlassung an den Dritten nicht als eine Verletzung der dem Mieter gegenüber dem Vermieter obliegenden Verpflichtungen (§ 558) erscheint. Durch den Mangel der Erlaubnis des Vermieters wird die Rechtswirksamkeit des Untermietvertrags nicht berührt, da man eine fremde Sache vermieten kann; § 549 will nur das Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter regeln. Ist die Erlaubnis des Ver-

mieters zur Zeit des Vertragsabschlusses zwischen Mieter und Untermieter nicht erteilt, so kann sich der vermietende Mieter auf sein Unvermögen zur Leistung an sich gegenüber dem Untermieter nicht berufen (RG 69, 357), er hat vielmehr für seine Leistungsfähigkeit einzustehen (OLG 28, 149) und haftet dem Untermieter auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Will er dies nicht, so mag er die Wirksamkeit des Vertrags von der Erteilung der Erlaubnis als einer Bedingung abhängig machen. Diese Bedingung kann selbstverständlich auch stillschweigend gesetzt werden. Eine stillschweigende Bedingung kann aber nicht allein aus dem Umstande entnommen werden, daß der Untermieter weiß, sein Vermieter sei nur Mieter und die zur Untervermietung erforderliche Erlaubnis des Hauptvermieters sei noch nicht erteilt; auch die Voraussetzung, die Erlaubnis werde erteilt werden, ist noch keine Bedingung (bestr.). Wer sich unbedingt verpflichtet, muß sich darüber vergewissern, ob ihm die Leistung möglich ist. Die Erlaubnis beizubringen ist allein Sache des vermietenden Mieters. RG 81, 59; OLG 28, 149; vgl. RG Gruch 33, 994; 35, 1027 (RG 41, 147 beruht auf abweichenden Bestimmungen des gemeinen Rechtes). — Auch der Mieter kann, als Untervermieter, den § 549 dem Untermieter gegenüber für sich geltend machen, wenn letzterer ohne des ersteren Erlaubnis den Gebrauch der Sache einem Dritten überläßt (RG 19. 2. 09 III 217/08). — Soweit die Untermiete nicht statthaft, ist auch **die Abtretung und Pfändung** des mit der Persönlichkeit des Mieters enge zusammenhängenden Mietrechts ausgeschlossen (M 2, 396; SeuffA 69 Nr 80). Dagegen ist die Pfändung, ausnahmsweise zulässig, wenn die Gebrauchsüberlassung dem Mieter vom Vermieter gestattet ist (vgl. ZPO §§ 851, 857; RG 37, 421). In der Vereinbarung freier Übertragbarkeit des Mietvertrags liegt nur die Vorauserteilung der nach § 549 erforderlichen Erlaubnis, eine Entlassung des ursprünglichen Mieters aus dem Mietverhältnis läßt sich daraus nicht ableiten (SeuffA 71 Nr 8). — Nach BRVO zum Schutze der Mieter vom 23. 9. 18 (Vorbem 9 vor § 535) § 4 wird die Erlaubnis des Vermieters, den Gebrauch der gemieteten Sache einem Dritten zu überlassen, insbesondere die Sache weiter zu vermieten, durch die Erlaubnis des Mieteinigungsamtes oder der nach § 11 bestimmten anderen Stelle (nicht des Amtsgerichts) ersetzt. Die Erlaubnis soll aber versagt werden, wenn der Vermieter sie aus einem wichtigen Grunde verweigert hat. Auf Pachtverhältnisse bezieht sich diese Vorschrift nicht.

2. Auch die **unentgeltliche Überlassung** des Gebrauchs an einen Dritten ist ohne Erlaubnis des Vermieters nicht gestattet. Dazu gehört indessen nicht die Überlassung an Familienangehörige, Gäste und Dienstboten des Mieters, der hierbei im Besitze der Mieträume verbleibt (A 1). Haftung des Mieters für diese Personen nach § 278, vgl. § 535 A 4, § 548 A 1.

3. **Die Kündigung des Mieters** (nach § 565) gilt im Zweifel auch dann nicht als ausgeschlossen, wenn die Weitervermietung im Mietvertrag ausdrücklich von der Erlaubnis des Vermieters abhängig gemacht, über ein bei ihrer Verweigerung eintretendes Kündigungsrecht aber nichts bestimmt ist (RG 64, 296; 74, 177). Eine Abtretung seiner Rechte durch den Mieter (vgl. § 399) kommt der Gebrauchsüberlassung gleich. Verweigert der Vermieter die Erlaubnis, so steht dem Mieter ein Kündigungsrecht nach Maßgabe des § 549 zu (RG JW 1911, 487[7]). — Der Pächter hat das im Abs 1 bestimmte Kündigungsrecht nicht (§ 596 Abs 1).

4. Das durch die Verweigerung der Erlaubnis begründete Kündigungsrecht ist nur dann ausgeschlossen, wenn **in der Person des Dritten ein wichtiger Grund** vorliegt. Es kommen namentlich in Betracht persönliche Eigenschaften (Beruf, Lebensweise), welche die Besorgnis begründen, daß die Mitbewohner erheblich belästigt oder in ihren berechtigten Interessen beeinträchtigt werden oder daß sonst (z. B. durch geschäftlichen Wettbewerb des Dritten mit dem Vermieter, RG 23. 11. 17 III 239/17) von der Mietwohnung ein den Vermieter schädigender Gebrauch gemacht werde. Unter Umständen ist ein wichtiger Grund schon dann gegeben, wenn an die Stelle eines Mieters eine große Zahl von Untermietern treten soll. Dagegen ist die Annahme, daß der Vermieter einen Untermieter nur für die ganze vermietete Sache, nicht für einen Teil, zuzulassen brauche, nicht gerechtfertigt. Der Vermieter hat regelmäßig kein berechtigtes Interesse daran, ob alle Räume oder nur einige davon weitervermietet werden. RG 74, 179. — Daß ein wichtiger Grund vorliegt, muß der Vermieter beweisen.

5. Daß der Vermieter die Gründe der **Erlaubnisverweigerung** angeben müsse, sagt das Gesetz nicht, eine solche Angabe ist deshalb kein notwendiges formelles Erfordernis der wirksamen Verweigerung. Anderseits ist aber unverkennbar, daß der Inhalt des § 549 Abs 1 Satz 2 auf billiger Interessenabwägung beruht. Treu und Glauben erfordern, daß der Vermieter die Gründe seiner Erlaubnisverweigerung dem Mieter nicht vorenthält, sie jedenfalls auf Befragen angibt. Verweigert der Vermieter ohne Angabe eines Grundes allgemein die Erlaubnis zur Gebrauchsüberlassung, so kann der Mieter kündigen (vgl. RG 85, 317; 41, 247). Gibt der Vermieter bei der Verweigerung Gründe dafür an, so darf der Mieter

sie für seine Entschließung als maßgebend ansehen und Tatsachen, die nicht als Grund angegeben sind, außer Betracht lassen. Einen bei der Erlaubnisverweigerung nicht angegebenen Grund nach der Kündigung des Mieters geltend zu machen, ist der Vermieter nur dann befugt, wenn er bei der Verweigerung den Grund nicht gekannt hat, und die Unkenntnis entschuldbar ist. Sind die vom Vermieter angegebenen Gründe nicht geeignet, die Erlaubnisverweigerung zu rechtfertigen (wird sie z. B. vom Vermieter aus der Ablehnung verschärfter Mietbedingungen hergeleitet), so ist die Kündigung des Mieters berechtigt, und ihre Wirkung kann nicht dadurch wieder rückgängig gemacht werden, daß der Vermieter nachträglich andere Gründe geltend macht (RG 74, 176). Diese Grundsätze gelten auch in dem Falle, wenn der Vermieter Gründe für die Verweigerung unaufgefordert angibt (RG 92, 118). — Das Kündigungsrecht des Mieters kann durch Vertrag ausgeschlossen werden.

6. In diesem Falle ist zu unterscheiden: a) Im **Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter** haftet der Mieter, wenn der Vermieter die Erlaubnis erteilt hat, für jedes dem Dritten beim Gebrauche zur Last fallende Verschulden (§ 549 Abs 2), bei Gebrauchsüberlassung ohne Erlaubnis auch für den Zufall, insofern der Schaden nicht auch ohne die Gebrauchsüberlassung eingetreten sein würde. Der Vermieter kann diesen Schadensanspruch schon während der Dauer des Mietverhältnisses geltend machen. Im Falle der unbefugten Gebrauchsüberlassung Klagerecht des Vermieters auf Unterlassung nach § 550, sowie Kündigungsrecht nach § 553. b) **Verhältnis zwischen dem Vermieter und dem Dritten** (Untermieter): Der Vermieter hat gegen den Dritten keinen Anspruch auf Mietzins, auch kein Pfandrecht an den von ihm eingebrachten Sachen, wohl aber — außer der etwaigen Eigentumsklage — nach § 556 Abs 3 den Anspruch auf Herausgabe der Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses und kann auch ein gegen den Mieter ergangenes Räumungsurteil gegen den Dritten vollstrecken lassen, wenn dieser nach Rechtshängigkeit der Klage gegen den Mieter den Besitz der Mietsache erlangt hat und damit „Rechtsnachfolger" des Mieters geworden ist (§§ 265, 325, 727 ZPO; a. M. Planck § 556 A 3 d). c) Das **Verhältnis zwischen dem Mieter und dem Dritten** wird an sich durch die Erlaubnisweigerung oder durch das klageweise Vorgehen des Vermieters gegen den Dritten nicht berührt, dies berechtigt vielmehr den Dritten nur im Falle seiner Austreibung zu Schadensansprüchen gegen den Mieter, als seinen Vermieter. Diese sind jedoch wegen mangelnden Verschuldens des Mieters dann ausgeschlossen, wenn das vermietete Grundstück infolge nachträglichen Vermögensverfalls des Eigentümers und Hauptvermieters zur Zwangsversteigerung gelangt, und der Ersteher (ZVG § 57) den Dritten austreibt (RG 65, 29).

§ 550

Macht der Mieter von der gemieteten Sache einen vertragswidrigen Gebrauch¹) und setzt er den Gebrauch ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters²) fort, so kann der Vermieter auf Unterlassung klagen³).

E II 494 III 543; P 2 187 ff.

1. Unter dem **vertragswidrigen Gebrauch** ist ein solcher zu verstehen, der objektiv, nicht notwendig zugleich subjektiv vertragswidrig, also schuldhaft ist (RG 16. 12. 19 III 234/19, a. M. Prot 2, 306; JW 1915, 1272). Entschuldbarer Irrtum des Mieters über seine gesetzlichen oder vertraglichen Befugnisse wendet also den Unterlassungsanspruch des Vermieters (ebenso die Kündigung nach § 553) nicht ab. Ein vertragswidriger Gebrauch kann (muß aber nicht) in der Benutzung gemieteter Wohnräume zu gewerblichen Zwecken (z. B. als Geschäftszimmer) liegen (SeuffA 69 Nr 140). Zur Erteilung von Gesangsunterricht ist der Mieter in einem herrschaftlichen Hause ohne vorherige Vereinbarung nicht befugt (OLG 33, 295). Auch das Zuwiderhandeln gegen eine bestehende **Hausordnung** gehört hierher, wenn diese vom Mieter anerkannt und vom Vermieter nicht etwa schikanös gefaßt ist. Dagegen liegt ein vertragswidriger Gebrauch in der Regel nicht vor, wenn der Mieter, nachdem eine ansteckende Krankheit in seiner Familie ausgebrochen ist, wohnen bleibt und das erkrankte Familienglied nicht in das Krankenhaus überführt. Verweigerung des Einzugs wegen ansteckender Krankheit des Mieters s. OLG 33, 302. Der vertragswidrige Gebrauch kann auch durch eine Handlung des Mieters gegeben sein, die gegen das Nachbarrecht verstößt, insofern für dessen Verletzung der Vermieter, als „der Störer", dem Nachbar verantwortlich ist (RG 47, 164; ferner RG JW 04, 142[11]; RG Gruch 48, 952). Das gleiche gilt für ein Verhalten des Mieters bei der Benutzung der Mietsache, wodurch ihren Eigenschaften und ihrer Eigenart entsprechend Leib und Leben Dritter, z. B. der Besucher gemieteter Wirtschaftsräume, gefährdet und eine Haftung des vermietenden Eigentümers gegenüber dem Dritten begründet wird (RG 92, 359). Ein vertragswidriger Gebrauch liegt auch in der unbefugten Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten (§ 549 A 6 und § 553). Halten eines zu geringen Viehbestandes durch den Pächter s. RG Warn 1913 Nr 139.

2. Die vorgängige **Abmahnung**, die hier wie in anderen Fällen (§§ 542, 553) nach Treu und Glauben erfordert wird, begründet in der Regel zugleich ein Verschulden des Mieters. Die Abmahnung muß den vertragswidrigen Gebrauch bestimmt angeben (vgl. § 553 A 3).

3. Diese **Klage** kann auch während der Dauer des Vertragsverhältnisses erhoben werden (Prot 2, 177). Daneben steht dem Vermieter das Kündigungsrecht nach § 553 und bei Verschulden des Mieters ein Anspruch nach §§ 276, 823 auf Ersatz des etwa entstandenen Schadens zu (s. auch § 1004). — Haftung des Mieters für das Verschulden Dritter s. oben § 548 A 1 und § 549 Abs 2. Die Abmahnung muß aber in jedem Falle an den Mieter gerichtet werden.

§ 551

Der Mietzins ist am Ende der Mietzeit zu entrichten. Ist der Mietzins nach Zeitabschnitten bemessen, so ist er nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten[1]).

Der Mietzins für ein Grundstück[2]) ist, sofern er nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessen ist[3]), nach dem Ablaufe je eines Kalendervierteljahrs am ersten Werktage des folgenden Monats zu entrichten[4]).

E I 517 II 495; M 2 398; P 2 185 ff.

1. Grundsatz: **Vorleistung des Vermieters**, nachträgliche Zahlung von seiten des Mieters, sofern nicht, was hier gerade sehr häufig, Vertrag oder Ortsgebrauch ein anderes bestimmt. Bei vorzeitiger Endigung der Mietzeit (§§ 542, 544, 553, 554) wird der nach Verhältnis der Gebrauchszeit zu berechnende Mietzins sofort fällig. Über vereinbarte Vorauszahlung des Mietzinses § 535 A 1. — Zurückbehaltungsrecht jeden Teiles nach §§ 320, 321. — Über den Zahlungsort s. § 535 A 3. — Über die gesamtschuldnerische Verpflichtung mehrerer Mieter s. § 427. Mehreren Vermietern, insbesondere den vermietenden Miteigentümern eines Grundstücks, steht der Anspruch auf den Mietzins gemeinsam zu (§ 535 A 3).

2. **Grundstück**: oder für Wohnräume und andere Räume in Gebäuden (§ 580). Besonderheit bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks in § 584. Bei Mietzinszahlung **für bewegliche Sachen** gilt Abs 1.

3. Bei kürzeren als vierteljährlichen Zinsterminen gilt Abs 1 Satz 2.

4. Die Schlußvorschrift ist namentlich auch dann anwendbar, wenn der Mietzins für ein Grundstück auf einen längeren, ein Vierteljahr übersteigenden Zeitraum bemessen ist, Zahlungstermine aber sonst nicht bestimmt sind.

§ 552

Der Mieter wird von der Entrichtung des Mietzinses nicht dadurch befreit, daß er durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Ausübung des ihm zustehenden Gebrauchsrechts verhindert wird[1]). Der Vermieter muß sich jedoch den Wert der ersparten Aufwendungen sowie derjenigen Vorteile anrechnen lassen, welche er aus einer anderweitigen Verwertung des Gebrauchs erlangt[2]). Solange der Vermieter infolge der Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten außerstande ist[3]), dem Mieter den Gebrauch zu gewähren, ist der Mieter zur Entrichtung des Mietzinses nicht verpflichtet[4]).

E I 518 II 496; M 2 399, 400; P 2 186 ff.

1. **Persönliche Verhinderungen des Mieters**, wie Krankheit, Versetzung (vgl. § 570), Reisen, veränderte Lebensweise **befreien ihn nicht** von der **Zahlung des Mietzinses**. Diese — mit dem alten Rechte im Einklang stehende — Vorschrift will im Hinblicke darauf, daß an sich der Zufall den Vermieter trifft, Zweifel darüber ausschließen, daß der Vermieter den Mietzins dann beanspruchen kann, wenn der Mieter nur aus einem in seiner Person liegenden Grunde an der Ausübung des Gebrauchs verhindert ist. Der Vermieter hat dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren (§ 535) und nur für diese Leistung des Vermieters, nicht dafür, daß er für seine Person in der Lage ist, diesen Gebrauch zu machen, schuldet der Mieter den Mietzins. Zu den Fällen der persönlichen Verhinderung des Mieters im Sinne von § 552 gehören: das Verbot eines Zweigbetriebes bei Miete von Geschäftsräumen zur Stellenvermittlung (RG 79, 92), das kriegsrechtliche Verbot der Jagdausübung durch Ausländer für den ausländischen Jagdpächter (RG Warn 1917 Nr 196) — nicht das allgemeine Verbot der Jagdausübung im Bezirk mit Rücksicht auf den Kriegszustand (RG 98, 101; OLG 33, 320, auch LZ 1916, 897[10]) —, die behördliche Beschränkung der Zeit eines Erholungsaufenthaltes (OLG 39, 150) und der Fall, daß infolge

einer durch die Kriegsverhältnisse veranlaßten behördlichen Anordnung Ortsfremden der Wegzug aus einem Ort auferlegt oder der Zuzug an den Ort, in dem sich die gemietete Wohnung befindet, verboten wird (JW 1915, 368; OLG 33, 302). Den Gegensatz zu den in der Person des Mieters liegenden Gründen bilden diejenigen, welche in der Person des Vermieters, und die, welche in objektiven, d. h. weder die Person des Vermieters noch die des Mieters betreffenden Umständen (vgl. §§ 537—539) liegen (RG 79, 92). — Der Ausbruch eines Krieges gibt dem Mieter eines zu gewerblichen Zwecken vermieteten Gebäudes nicht ohne weiteres das Recht zum Rücktritt vom Mietvertrage (RG 86, 397· Zirkusgebäude).

2. **Keine Verpflichtung des Vermieters** zu solcher anderweiten Verwertung im Interesse des Mieters; auch nicht zur unbedingten Annahme eines vom Mieter gestellten Ersatzmieters, vorausgesetzt, daß dem Vermieter hierbei nicht schikanöses Verhalten zur Last fällt.

3. Gleichzustellen ist der Fall, daß der Vermieter infolge von eigener Benutzung außerstande ist, dem Mieter den Gebrauch zu gewähren. Ist er aber bei einer zeitweisen eigenen Benutzung oder Überlassung des Gebrauchs an einen Dritten zur Gewährung des Gebrauchs an den Mieter nicht außerstande, so ist letzterer von seiner Verpflichtung zur Zahlung des Mietzinses nicht befreit, sondern nur zum Verlangen der **Anrechnung** berechtigt (RG 52, 286; JW 1912, 859[16]).

4. Die **Beweislast** bezüglich der ihn von der Entrichtung des Mietzinses befreienden Umstände trifft den Mieter. — Kündigungsrecht und Schadensersatzansprüche des Mieters § 542 und A 1 dort, dazu § 286.

§ 553

[1]) Der Vermieter kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen[2]), wenn der Mieter oder derjenige, welchem der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache überlassen hat, ungeachtet einer Abmahnung des Vermieters einen vertragswidrigen Gebrauch der Sache fortsetzt, der die Rechte des Vermieters in erheblichem Maße verletzt, insbesondere einem Dritten den ihm unbefugt überlassenen Gebrauch beläßt, oder die Sache durch Vernachlässigung der dem Mieter obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet[3])[4]).

E I 528 Nr 1 II 497 Abs 1 Nr 1; M 2 417; P 2 806, 518.

1. **Außerordentliches Kündigungsrecht des Vermieters** ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist in den Fällen der §§ 553, 554. Verhältnis zu den §§ 825, 826 s. Vorbem 3 vor § 535. Die Bestimmung des § 553 schützt das Interesse des Vermieters an der Erhaltung der vermieteten Sache gegen ihren vertragswidrigen Gebrauch durch den Mieter, die des § 554 wahrt die Rechte des Vermieters auf die Gegenleistung für die Überlassung des Gebrauches. Den persönlichen Beziehungen zwischen dem Vermieter und dem Mieter und den daraus entstehenden Störungen ist darin nicht Rechnung getragen, da diese Beziehungen hier (anders wie z. B. bei Dienst- und Gesellschaftsvertrag) zurückzutreten pflegen. Bedingen aber im einzelnen Falle besondere vertragliche Beziehungen ein engeres verständiges, friedliches Zusammenwirken, und entwickelt sich unter den Vertragsteilen eine Feindschaft von derartiger Schärfe, daß ein solches Zusammenwirken unmöglich wird, dann ist ein Recht zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auch für Miete und Pacht nach dem allgemeinen Grundsatze anzuerkennen, daß Rechtsverhältnisse von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit gekündigt werden können (RG 94, 234: Kündigung eines Pachtverhältnisses durch die verpachtende Kirchengemeinde wegen des feindseligen Verhältnisses zwischen dem Pächter von Pfarrländereien und dem an diesen nutzungsberechtigten Pfarrer). Vgl. §§ 626, 723; HGB §§ 70, 77 Abs 3, 92 Abs 2, 133, 161 Abs 2; GewO §§ 124a, 133b und RG 78, 385 (389). — Nach BRVO zum Schutze der Mieter vom 23. 9. 18 (Vorbem 9 vor § 535) § 2 kann im Falle einer Kündigung des Vermieters der Mieter das gemeindliche Mieteinigungsamt (die nach § 11 bestimmte andere Stelle oder das Amtsgericht) anrufen, das über die Wirksamkeit der Kündigung und über die Fortsetzung des gekündigten Mietverhältnisses jeweils bis zur Dauer eines Jahres bestimmen, aber, wenn es die Fortsetzung bestimmt, auch dem Mieter neue Verpflichtungen auferlegen, insbesondere den Mietzins erhöhen kann (dazu § 7 Abs 2). Über die Aufhebung eines vom Vermieter mit einem neuen Mieter abgeschlossenen Vertrags, wenn die Fortsetzung des alten Mietverhältnisses bestimmt wird, s. § 2 a. a. O. Die VO bezieht sich nur auf

die Miete (auch Untermiete) von Grundstücken und ihnen gleichzustellenden Wohnräumen und anderen Räumen in Gebäuden (vgl. § 580), nicht auf die Miete beweglicher Sachen, gilt aber in dieser Beschränkung für Kündigungen aller Art, nicht nur für solche zum Zwecke einer Steigerung des Mietzinses, auch für die außerordentliche Kündigung nach §§ 553, 554 und für die Kündigung des Vermieters im Falle des § 569. Auf Pachtverhältnisse ist sie nicht anwendbar (JW 1920, 157[12]). Über das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung des Einigungsamtes zur Kündigung des Vermieters bei Miete von Wohnräumen, Läden und Werkstätten s. § 6 der VO. — Für Kleingärten und Kleinpachtland s. das Gesetz vom 31. 7. 19, RGBl 1371 und unten § 581 A 1. Ebenda über die Pachtschutzverordnung vom 9. 6. 20, RGBl 1193.

2. Neben diesem **Kündigungsrecht** und aus dem gleichen Grunde kann der Vermieter, wie nach § 554 (und wie im Falle des § 542 der Mieter, § 542 A 1), einen **Schadensersatzanspruch** geltend machen, und zwar auch für einen nach der Kündigung eintretenden, durch sie veranlaßten Schaden (bestr.). Vgl. § 554 A 1.

3. **Voraussetzungen der Kündigung** also: a) Fortsetzung eines vertragswidrigen Gebrauchs (Verschulden nicht erforderlich, RG JW 1920, 377[6] und § 550 A 1) seitens des Mieters oder desjenigen, dem der Mieter den Gebrauch der gemieteten Sache überlassen hat, b) Abmahnung seitens des Vermieters von dem vertragswidrigen Gebrauch, c) erhebliche Verletzung der Rechte des Vermieters durch den vertragswidrigen Gebrauch. Die „Abmahnung" soll dem Mieter kundgeben, worin der Vermieter den Mißbrauch der Mietsache erblickt, damit der Mieter von dem Mißbrauch ablassen und so die fristlose Kündigung (und die Klage auf Unterlassung § 550) abwenden kann. Diesen Zweck erfüllt nur eine Abmahnung, welche die Beschwerden des Vermieters bestimmt bezeichnet, und nur die Fortsetzung eines diesen bestimmten Beschwerden zuwiderlaufenden Verhaltens kann das Recht zur fristlosen Kündigung begründen. Eine allgemeine Erinnerung an den ordnungsmäßigen Gebrauch der Mietsache (z. B. der nicht näher dargelegte Vorwurf unsauberer Wirtschaftsführung in dem vermieteten Gasthause, verbunden mit der unbestimmten Aufforderung, ordnungsmäßig zu wirtschaften) ist noch keine Abmahnung im Sinne des Gesetzes (RG 77, 117). Die „Erheblichkeit" der Verletzung oder Gefährdung ist namentlich von Bedeutung, wenn es sich um Zuwiderhandlungen gegen die Hausordnung handelt, deren Nichtbeachtung vielfach (nach Treu und Glauben) als eine erhebliche Verletzung der Rechte des Vermieters oder als eine erhebliche Gefährdung der Mietsache nicht angesehen werden kann. Hat der Mieter gemietete Räume unbefugt weitervermietet (§ 549), und verlangt der Vermieter die Entfernung des Untermieters, so muß nach Treu und Glauben geprüft werden, welche Maßregeln zur Entfernung des Untermieters im einzelnen Falle dem Mieter billigerweise zugemutet werden können, und nur bei Nichterfüllung der danach bemessenen Anforderungen kann man sagen, daß der Mieter dem Untermieter den Gebrauch „belassen" habe, eine fristlose Kündigung also gerechtfertigt sei (RG JW 1920, 140[5]).

4. Die Kündigung ruft eine Rechtswirkung nur hervor, wenn sie sich auf eine im Gesetze begründete Befugnis stützt; andernfalls ist sie für sich völlig wirkungslos und erzeugt nicht nur für, sondern auch gegen den Kündigenden keinerlei Rechte. Es kann also der Mieter nicht, wenn der Vermieter fristlos gekündigt hat, diesen später an der unberechtigten Kündigung festhalten (RG JW 1913, 487[8]). Wird aber die unberechtigte Kündigung vom Gekündigten angenommen (vgl. §§ 146 ff.), so liegt Willensübereinstimmung vor und die Kündigung gilt. Die Kündigung ist freilich zunächst eine einseitige Willenserklärung (§ 542 A 2). Sie hat aber einen solchen Inhalt, daß der Gekündigte den Kündiger am Wort nehmen und festhalten kann. Daß dies zulässig ist, erfordert auch die Verkehrssicherheit. Die ordnungsmäßig erfolgte Kündigung hat endgültige Rechtswirkung und führt auch wider den Kündigenden selbst die Beendigung des Mietverhältnisses herbei; diese Rechtslage kann gegenüber dem Gekündigten nicht etwa durch einseitigen Widerruf des Kündigenden verändert werden (angef. RG). — Nimmt der Kündigende die Kündigung mit Zustimmung des anderen Teils zurück, so liegt darin der Abschluß eines neuen Vertrags in der Regel nicht und namentlich dann nicht, wenn die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Kündigung bestritten war (RG 28. 11. 19 III 181/19). Die Klage oder Widerklage des Vermieters (Verpächters) auf Räumung wirkt als Kündigung (RG 10. 10. 19 III 78/19). Zu ihrer Rechtfertigung genügt es, wenn die Voraussetzungen der Kündigungsbefugnis zur Zeit des Urteils vorliegen (RG 20. 11. 17 III 162/17).

§ 554

Der Vermieter kann ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist das Mietverhältnis kündigen, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teiles des Mietzinses

im Verzug[1]) ist. Die Kündigung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter den Vermieter befriedigt, bevor sie erfolgt[2]).

Die Kündigung ist unwirksam, wenn sich der Mieter von seiner Schuld durch Aufrechnung befreien konnte und unverzüglich nach der Kündigung die Aufrechnung erklärt[3]).

E I 528 Nr 2 II 497 Abs 1 Nr 2; M 2 417, 418; P 2 238 ff., 514 ff.; 6, 185.

1. **Außerordentliches Kündigungsrecht des Vermieters** ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist bei **Verzug des Mieters.** Verhältnis zu § 326 s. Vorbem 3 vor § 535. Wegen einer Anrufung des Mieteinigungsamtes (der dazu bestimmten anderen Stelle oder des Amtsgerichts) und wegen des Erfordernisses einer vorherigen Zustimmung des Einigungsamtes zur Kündigung des Vermieters bei Miete von Wohnräumen, Läden und Werkstätten s. BRVO zum Schutze der Mieter vom 23. 9. 18 und oben § 553 A 1. — Kein Verzug (§§ 284 ff.) des Mieters, wenn die Zahlung infolge eines Umstandes unterbleibt oder nicht rechtzeitig stattfindet, den der Mieter nicht zu vertreten hat (§ 285), z. B. wegen Abwesenheit des Vermieters am Zahlungstage (RG 22. 11. 07 III 326/07), oder wenn dem Mieter eine Einrede, z. B. der Zurückbehaltung, zusteht, die ihn zur Verweigerung der an sich geschuldeten Leistung berechtigt (RG 85, 296). Ebenso liegt aber kein Verzug vor, wenn der Mieter sich bei Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zur Verweigerung des Mietzinses für berechtigt halten darf, mag diese Annahme auch unrichtig sein, so bei irrtümlicher Annahme einer Aufrechnungsmöglichkeit, RG JW 1916, 1584[3] (die abweichende Auffassung von RG 18. 10. 07 III 93/07, vgl. § 285 A 1, ist aufgegeben). Anwendung des § 554, wenn der Mieter von der Veräußerung des Mietgrundstücks (§ 571) nichts weiß, s. RG 98, 88. Die Kündigungsbefugnis steht auch nach Abtretung der Mietzinsforderungen dem Vermieter zu (RG Gruch 43, 997; OLG 16, 425). — Die Vorschriften des § 554 sind im Zweifel auch dann anzuwenden, wenn vertragsmäßig dem Vermieter schon bei Rückstand eines Termins ein Kündigungsrecht eingeräumt ist (RG 82, 50; 85, 415; RG JW 1916, 1584[3]; OLG 2, 217; SeuffA 74 Nr 206). Daraus, daß im Vertrage von dem „Rückstande einer Mietrate" die Rede ist, kann nicht gefolgert werden, daß die Vertragsparteien darunter nur die Nichtzahlung der vollen Rate verstehen (RG 82, 50; OLG 33, 311). — Das Gesetz verlangt nur, daß der Mieter mit der Entrichtung des Mietzinses (oder eines Teiles) für zwei aufeinander folgende Termine im Verzug ist, nicht, daß er wiederholt in Verzug geraten ist. Der Vermieter kann daher auch dann kündigen, wenn, z. B. durch Wegfall eines Zurückbehaltungsrechtes, die Fälligkeit der Mietzinsen für beide Termine auf einmal eintritt (RG 85, 296). Der Vermieter kann nicht kündigen, wenn es sich nur um geringfügige Teile des Mietzinses handelt. Dabei ist die Geringfügigkeit eines Teilrückstandes nach dem Verhältnisse des für den einzelnen Termin rückständigen Teilbetrags zu dem an diesen Termin fällig gewordenen Mietzins, nicht nach dem Gesamtbetrag der für beide Termine rückständigen Beträge zum Gesamtbetrag der auf beide Termine treffenden Mietzinsen zu beurteilen (RG 86, 334, auch 82, 54). — Da die Kündigung die sofortige Beendigung des Mietverhältnisses bewirkt (§ 553 A 4), können Verletzungen des Mietvertrags für die Zukunft nicht mehr vorkommen. Schadensersatzansprüche aus früheren Vertragsverletzungen dagegen werden durch die Beendigung des Vertrags nicht berührt. Dies gilt nicht nur für den bis zur Vertragsbeendigung bereits erwachsenen, sondern auch für den später eintretenden Schaden und insbesondere für den durch die Kündigung selbst, also mittelbar, veranlaßten Schaden (bestr.). Voraussetzung ist nur, daß die die Ersatzpflicht begründenden Ereignisse in die Zeit des bestehenden Vertrags fallen, und daß der Schaden auf diese Ereignisse zurückzuführen ist. Vgl. RG 76, 367; LZ 1915, 1398[10]; § 542 A 1, § 628 Abs 2 A 5. Der Vermieter kann zwar nicht den Mietzins als solchen verlangen (vgl. § 555), wohl aber den Ersatz des Schadens, der ihm durch die auf die Schuld des Mieters zurückzuführende Beendigung des Mietverhältnisses entstanden ist, also auch den Ausfall am Mietzins für die vereinbarte Dauer des Vertrags. Nur eine vertragsmäßige Festlegung dieser Ersatzpflicht bedeutet es in der Regel, wenn für diesen Fall im Vertrage der Mieter als für die Miete oder für den Ausfall bis zum Ende der Vertragszeit haftbar erklärt wird. Den Beweis des Ausfalls muß auch in diesem Falle der Vermieter führen. Er muß ferner bei Meidung der Folgen des § 254 darauf bedacht sein, die Mieträume anderweit zu vermieten, und kann, wenn ihm eingebrachte Sachen eines späteren Mieters als Pfand haften, den früheren nur dann in Anspruch nehmen, wenn er die Pfandgegenstände verwertet hat oder beweist, daß eine Verwertung nicht möglich oder (nach den Umständen) ihm nicht zuzumuten sei (RG SeuffA 71 Nr 230). — Über die Befugnis des Gerichts, die gesetzlichen oder vertraglichen Folgen der Nichtzahlung oder der nicht rechtzeitigen Zahlung des Mietzinses als nicht eingetreten zu erklären, s. BRVO vom 18. 8. 14 RGBl 377 in der Fassung vom 20. 5. 15 RGBl 290, dazu RGBl 1916 S. 451 (Vorbem 9 vor § 535).

2. Es ist hier **vollständige Befriedigung** des Vermieters für beide Zinstermine (RG Warn 1916 Nr 224) vorausgesetzt. Außerdem kann auch stillschweigender Verzicht auf die Kündigung vorliegen, wenn der Vermieter nicht bald nach Eintritt des Verzugs die Kündigung erklärt oder wenn er eine verspätete Mietzinszahlung oder eine Teilzahlung vorbehaltlos annimmt (RG 82, 50; RG Gruch 48, 103; RG 30. 10. 01 VI 237/01; ferner 6. 12. 01 III 302/01; 22. 3. 07 III 462/06; RG Gruch 47, 399; 48, 103). Es kommt dabei wesentlich darauf an, ob nach den gesamten Umständen des Falles der Wille des Vermieters, auf sein Kündigungsrecht zu verzichten und sich mit der Fortsetzung des Mietverhältnisses einverstanden zu erklären, angenommen werden kann (RG 82, 50). — Der Befriedigung ist für die Anwendung des § 554 ein Angebot gleichzustellen, das den Vermieter als Gläubiger in Annahmeverzug (§ 293) setzt (RG 85, 415). Der Vermieter, der wegen Nichtentrichtung des Mietzinses ein Räumungsurteil gegen den Mieter erwirkt hat, braucht das Angebot eines Dritten, gegen Sicherheitsleistung oder Hinterlegung des Mietzinses für die Vertragszeit den Mieter in den gemieteten Räumen zu belassen, nicht anzunehmen, und verliert seinen Schadensersatzanspruch gegen den Mieter nicht wegen der Ablehnung, es müßte denn sein, daß er nur ablehnt, um dem Mieter Schaden zuzufügen (RG 5. 1. 17 III 303/16).

3. Zur **Unwirksamkeit der Kündigung infolge Aufrechnung** ist — abweichend von dem allgemeinen Grundsatz der §§ 388, 389 — erforderlich, daß die an sich statthafte Aufrechnung unverzüglich nach der Kündigung erklärt wird (RG 14. 5. 07 III 438/06). In der Erklärung müssen die Gegenforderungen des Mieters so angegeben werden, daß der Vermieter sie auf ihren Bestand prüfen kann. Die allgemeine Erklärung, daß der Mieter sich auf § 554 Abs 2 berufe, genügt nicht (RG Warn 1916 Nr 224). Von Aufrechnung kann dann keine Rede sein, wenn solche, was an sich zulässig ist, im Vertrage ausdrücklich ausgeschlossen ist.

§ 555

Macht der Vermieter von dem ihm nach den §§ 553, 554 zustehenden Kündigungsrechte Gebrauch, so hat er den für eine spätere Zeit im voraus entrichteten Mietzins nach Maßgabe des § 347 zurückzuerstatten[1]).

E I 530 II 497 Abs 3; M 2 421; P 2 229 ff.

1. Vgl. § 543 A 3. **Zurückerstattungspflicht** wie im Falle des Rücktritts. — Änderung durch Parteivereinbarung (zuungunsten des Mieters) ist zulässig. Anderseits ist zum Schutze des Mieters nicht nur § 138, sondern auch, sofern es sich bei der Zurückbehaltung des im voraus bezahlten ganzen Mietzinses durch den Vermieter um eine den Mieter treffende Vertragsstrafe handelt, § 343 anwendbar (s. Oertmann § 555 Bem 3).

§ 556

Der Mieter ist verpflichtet, die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben[1]).

Dem Mieter eines Grundstücks steht wegen seiner Ansprüche gegen den Vermieter ein Zurückbehaltungsrecht nicht zu[2]).

Hat der Mieter den Gebrauch der Sache einem Dritten überlassen, so kann der Vermieter die Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses auch von dem Dritten zurückfordern[3]).

E I 520 II 498; M 2 401, 402; P 2 188 ff.

1. Die **Rückgabe,** die bei einer Wohnung auch durch Aushändigung der Schlüssel an den Hausmeister geschehen kann (vgl. OLG 5, 371), bei beweglichen Sachen aber in der Regel durch Aushändigung an den Vermieter vom Mieter zu bewirken ist (Bringschuld), findet regelmäßig in dem Zustande statt, in dem sich die Mietsache nach ordnungsmäßigem Gebrauch bei Beendigung des Mietverhältnisses befindet. Die Abnutzung und Wertminderung, die durch den zweckentsprechenden, ordnungsmäßigen Gebrauch während der Mietzeit eintritt, muß der Vermieter tragen (RG JW 1912, 858[16]). Wegen der Haftung des Mieters für die während der Mietzeit eingetretenen Veränderungen und Verschlechterungen s. § 548 A 1 und 2. Gibt der Mieter die Mietsache im beschädigten Zustande zurück, so muß er darlegen und beweisen, daß der Schaden auf einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand zurückzuführen sei (SeuffA 71 Nr 256; OLG 28, 151; 33, 309). Bewegliche Sachen sind in der Regel dort zurückzugeben, wo sie vom Vermieter übergeben worden sind (vgl. OLG 16, 428). Die Rückgabe von Mieträumen muß dort geschehen, wo sie sich befinden. Dort ist daher auch der Gerichtsstand des § 29 ZPO für Schadensersatzansprüche wegen

nicht gehöriger Erfüllung der Rückgabepflicht begründet (OLG 86, 5). Rückgabe und Wiederherstellung einer gemieteten Wohnung als Masseschuld (KO § 59 Nr 2) im Konkurse des Mieters (OLG 35, 253). Rückgabepflicht mehrerer Mieter s. § 535 A 3. Über die Zulässigkeit der Vertragsklage des Vermieters auf Rückgabe einer vermieteten, vom Mieter nach Abschluß des Mietvertrags in ein Grundstück eingebauten Lokomobile s. RG SeuffA 64 Nr 28. — Über den auf sein Eigentum gestützten Rückgabeanspruch des Vermieters s. §§ 985ff.; RG 15. 12. 06 V 352/06; und über die ihm dabei obliegende Beweislast s. OLG 7, 17. Über die Klage auf künftige Räumung eines Grundstücks, einer Wohnung oder eines anderen Raumes s. Vorbem 8 vor § 535. — Landesgesetzliche Räumungsfristen s. EG Art 93. — Über die Befugnis des Gerichts, das auf Räumung einer Wohnung erkennt, dem Schuldner auf seinen Antrag eine den Umständen nach angemessene Frist zur Räumung zu gewähren, s. ZPO § 721. Bei unverschuldeter Verzögerung des Auszugs von seiten des Mieters einer Wohnung (z. B. infolge von Krankheit oder Todesfall in der Familie) ist der Vermieter nach Treu und Glauben zur Gewährung von Nachsicht verpflichtet. — Für die Pacht s. §§ 591—594.

2. Ausschließung des Zurückbehaltungsrechtes. Die Vorschrift des Abs 2 bildet eine aus Zweckmäßigkeitsgründen für die Miete eines Grundstücks bestimmte Ausnahme von der allgemeinen Regel des § 273 und muß daher auf den im Gesetz geregelten Fall beschränkt werden, daß der Vermieter die Rückgabe des Grundstücks auf Grund des Mietvertrags verlangt, und sein Verlangen unter diesem Gesichtspunkt auch begründet ist. Es genügt also nicht, daß der Mieter zufolge des Mietvertrags in den Besitz des Grundstücks gelangt ist, dessen Rückgabe begehrt wird (RG JW 07, 100[2]), und der Mieter kann ein Zurückbehaltungsrecht haben, wenn er den Mietvertrag wirksam angefochten hat und nur aus andern Gründen, z. B. wegen des Eigentums des Vermieters, zur Rückgabe verpflichtet ist (RG 85, 133). Auch dem Mieter einer Wohnung (§ 580) steht (zur Vermeidung schikanöser Weiterungen) das Zurückbehaltungsrecht nicht zu, wohl aber hat er dieses Recht wegen seiner Verwendungen gegenüber der auf das Eigentumsrecht des Vermieters gestützten Räumungsklage (RG JW 07, 100[2]). In jedem Falle steht das Zurückbehaltungsrecht (nach §§ 273, 274) dem Mieter einer beweglichen Sache, insbesondere wegen Verwendungen zu. Auf Grund seines Eigentumsrechts kann der Mieter die Rückgabe — bei beweglichen und unbeweglichen Sachen — verweigern, soweit nicht seiner Geltendmachung ein persönliches oder dingliches Recht des Vermieters entgegensteht (vgl. RG 49, 286; JW 01, 731[29]; s. auch § 535 A 2).

3. Gesetzliche Erweiterung des an sich nur gegen den Mieter gegebenen vertragsmäßigen Anspruchs auf Rückgabe der beweglichen oder unbeweglichen Sache gegenüber **einem Dritten** (Untermieter), als mitverpflichtetem Gesamtschuldner. — Wenn der Mieter oder Pächter, der das gemietete oder gepachtete Grundstück in Untermiete oder Unterpacht gegeben hat, in Konkurs verfällt, und der Konkursverwalter durch Vertrag mit dem Hauptvermieter oder Hauptverpächter den Hauptvertrag aufhebt, so kann der Untermieter oder Unterpächter, der infolgedessen das Grundstück räumen muß, seinen Entschädigungsanspruch nicht als Masseschuld nach KO § 59 Nr 1 oder 2, sondern nur als Konkursforderung nach KO § 26 geltend machen (RG 67, 372). Über die Vollstreckbarkeit eines gegen den Mieter ergangenen Räumungsurteils gegenüber dem Untermieter s. § 549 A 6b.

§ 557

Gibt der Mieter die gemietete Sache nach der Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück[1]), so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Mietzins verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen[2]).

E I 525 II 499; M 2 415; P 2 218.

1. Vorenthaltung der Mietsache gegen den Willen des Vermieters; zu unterscheiden von der stillschweigenden Verlängerung des Mietverhältnisses nach § 568. Der Anspruch nach § 557 tritt ohne Rücksicht darauf ein, aus welchem Grunde die Rückgabe unterbleibt, also auch, wenn den Mieter kein Verschulden trifft (OLG 36, 56), ist aber nur dann begründet, wenn der Mieter dem Vermieter den Besitz der Mietsache nach Ablauf der Mietzeit vorenthält. Vorenthaltung erfordert nicht Fortsetzung des Gebrauches durch den Mieter, setzt aber voraus, daß er im Besitze der Sache (RG JW 1913, 1103) oder doch in der Lage ist, ihre Rückgabe an den Vermieter herbeizuführen. Vorenthaltung liegt nicht mehr vor, wenn die gemietete Sache verloren gegangen ist. Vom Eintritte des Verlustes (nicht erst von der Anzeige an den Vermieter) an kann Entschädigung nicht mehr nach Satz 1, sondern nur nach allgemeinen Grundsätzen (A 2) verlangt werden (RG 22. 6. 20 III 29/20). Verursacht der Mieter in anderer Weise als durch Vorent-

haltung, so insbesondere auch durch Veränderung oder Beschädigung der Mieträume, daß der Vermieter diese nach Ablauf der Mietzeit nicht anderweit benutzen kann, so steht dem Vermieter nur der Anspruch des ihm tatsächlich erwachsenen Schadens zu. Dieser Anspruch verjährt gemäß § 558 (RG JW 1910, 939[15]). Verweigert der Vermieter die Rücknahme, so hat der Mieter die gemietete Sache nicht vorenthalten und haftet dem Vermieter höchstens wegen ungerechtfertigter Bereicherung (OLG 36, 56). Anwendung des § 557 auf die mietweise Überlassung eines mit Mannschaft ausgerüsteten Schiffes (RG 11. 11. 16 I 85/16).

2. **Der vereinbarte Mietzins** stellt also den Mindestbetrag der dem Vermieter zukommenden Entschädigung dar. Der Anspruch auf Ersatz eines weiteren Schadens bedarf der Begründung nach allgemeinen Grundsätzen und setzt namentlich, anders wie die Entschädigung nach Satz 1, ein Verschulden des Mieters oder einen sonstigen von ihm zu vertretenden Umstand und den Nachweis des Schadens voraus (RG 22. 6. 20 III 29/20).

§ 558

[1]) Die Ersatzansprüche des Vermieters wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der vermieteten Sache sowie die Ansprüche des Mieters auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten[2]).

Die Verjährung der Ersatzansprüche des Vermieters beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem er die Sache zurückerhält[3]), die Verjährung der Ansprüche des Mieters beginnt mit der Beendigung des Mietverhältnisses.

Mit der Verjährung des Anspruchs des Vermieters auf Rückgabe der Sache verjähren auch die Ersatzansprüche des Vermieters[4]).

E II 500 III 551; P 2 177, 194, 271 ff.; 6 185.

1. **Verjährung.** S. hierzu die Übergangsbestimmung im Art 169 EG.

2. **Sechsmonatsfrist** behufs möglichst baldiger Auseinandersetzung zwischen Vermieter und Mieter (Prot S. 177, 194, 273). Die kurze Verjährungsfrist gilt für die hier bezeichneten Ansprüche ohne Unterschied, ob sie sich unmittelbar aus dem Gesetz oder aus besonderen Vertragsbestimmungen ergeben (RG 62, 329; 87, 281), auch für Ansprüche anläßlich der Rückgabe von Pachtinventar, wie z. B. des Pächters auf Ersatz des von ihm angeschafften Überinventars und auf Ersatz des durch eigene Verwendungen oder auch nur durch Preissteigerung hervorgerufenen Mehrwerts des übernommenen Inventars (RG 95, 302). Sie gilt ferner nicht nur für Ansprüche, die sich auf das Mietverhältnis gründen, sondern auch für solche, die allein oder zugleich auf einen andern Rechtsgrund, wie Auftrag, Geschäftsführung und selbst Eigentum und unerlaubte Handlung (§ 823), gestützt werden (RG 66, 363; 75, 116; RG JW 06, 135[7]). Im übrigen gilt für die beiderseitigen Ansprüche, also insbesondere des Mieters wegen Mängel der Mietsache und wegen nicht rechtzeitiger Überlassung, ingleichen wegen Entziehung des Gebrauchs, sowie des Vermieters wegen Rückgabe der Mietsache, insbesondere der gemieteten Räume — so auch wegen Fehlens mitvermieteter beweglicher Sachen, es müßte denn sein, daß sie Zubehörstücke des vermieteten Hauses waren, daher eine Veränderung oder Verschlechterung der Mietsache vorliegt — die regelmäßige Verjährungsfrist von 30 Jahren, §§ 195, 198, für den Anspruch des Vermieters auf rückständigen Mietzins die vierjährige Frist nach §§ 197, 198, bei gewerbsmäßigem Vermieten von beweglichen Sachen die zweijährige Frist nach § 196 Nr 6. Anderseits darf § 558 nicht in einem zu engen Sinne aufgefaßt werden. Schon der Wortlaut („vermietete Sache") schließt nicht die Anwendung der Vorschrift auf die Beschädigung solcher Räume und Anlagen aus, die zwar nicht dem Mieter übergeben, sondern im unmittelbaren Besitze des Vermieters verblieben sind, an denen den Mietern aber ein Mitbenutzungsrecht zusteht, wie z. B. der Treppen und Flure (§ 535 A 2). Auch solche gemeinsame Räume und Anlagen sind vermietete Sachen im Sinne des § 558. Zweifel können entstehen, wenn es sich nicht ausschließlich um Schäden an derartigen gemeinsamen Anlagen, sondern zugleich an solchen Sachen handelt, an denen dem Mieter keinerlei Benutzungsrecht zusteht. Man denke an den Fall, daß der Mieter den Ausbruch oder das Umsichgreifen eines in den Mieträumen ausgebrochenen Brandes verschuldet hat, durch den dann nicht nur die Mieträume, sondern auch andere Teile des Miethauses beschädigt worden sind. Mit Recht hat jedoch RG 75, 116 sich dahin ausgesprochen, daß für den Fall eines solchen durch die Verletzung der Mieterpflichten erwachsenen einheitlichen Schadens die Verjährung des Ersatzanspruchs des Vermieters nur eine einheitliche sein und nicht in betreff der Beschädigung der vermieteten Räume in sechs Monaten, im übrigen in 30 Jahren eintreten könne. Sinn und Zweck der Vorschriften des § 558 erfordern ihre Anwendung auf die Ersatzansprüche

des Vermieters wegen des ganzen Schadens. Daß die Rechtsprechung bestrebt ist, dem Verkehrsbedürfnis zu folgen, das rasche Auseinandersetzung unter den Vertragsparteien verlangt, zeigt auch RG 80, 439.

3. Die Verjährung beginnt also mit dem Zeitpunkte, zu welchem der Vermieter sichere Kenntnis von etwaigen Veränderungen oder Verschlechterungen erhält. Die Rückgabe eines Pachtgrundstücks, mit der die Verjährung der Ersatzansprüche des Verpächters beginnt, kann auch stillschweigend durch ein Verhalten des Pächters geschehen, wodurch er dem Verpächter gegenüber zum Ausdruck bringt, daß er den Gebrauch des Grundstücks aufgebe und dem Verpächter überlasse, ist aber z. B. in der Einstellung des Betriebs in einer gepachteten Sandgrube unter Eröffnung des Betriebs in einer andern Grube auch dann noch nicht zu finden, wenn der Verpächter davon weiß (RG 5. 7. 18 III 187/17). Wird die Sache vorzeitig zurückgegeben, so beginnt die Verjährung ebenfalls mit der Rückgabe, nicht erst mit der Beendigung des Mietverhältnisses. Erhält der Vermieter die Sache in Teilen zurück, so kann die Verjährung der einzelnen Ersatzansprüche zu verschiedenen Zeiten beginnen (OLG 39, 154). Entkräftung des Verjährungseinwandes durch die Gegeneinrede der Arglist s. RG 87, 281. — Aus dem nur den Beginn der Verjährung bestimmenden Abs 2 ist eine Einschränkung des Abs 1 nicht herzuleiten (RG 75, 116). Nur wenn die Mietsache völlig untergegangen ist, der Vermieter also nichts zurückerhält, steht der Anwendung des § 558 das Bedenken entgegen, daß es an einem Anfangspunkt der Verjährung fehlt. Dagegen ist seine Anwendung unbedenklich, wenn ein vermietetes Zirkusgebäude abbrennt, das mitvermietete Grundstück aber an den Vermieter zurückgegeben werden kann (RG 96, 300; vgl. auch OLG 5, 373). — **Der Vermieter ist aber auch bei Verjährung seiner Ansprüche nicht gehindert, seine Befriedigung aus dem ihm gesetzlich zustehenden Pfandrechte (§ 559) zu suchen (§ 223).**

4. Vgl. § 224. — Durch Vertrag können kurze Ausschlußfristen für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen bestimmt werden. Sehr kurze Ausschlußfristen sind aber nach Treu und Glauben dahin zu verstehen, daß in den Fällen, in denen ihre Einhaltung nicht angängig ist, eine vom Richter zu bestimmende angemessene Frist an ihre Stelle tritt. So für einen Pachtvertrag RG JW 1917, 284[3].

§ 559

Der Vermieter eines Grundstücks hat für seine Forderungen aus dem Mietverhältnis ein Pfandrecht[1]) an den eingebrachten Sachen des Mieters[2]). Für künftige Entschädigungsforderungen und für den Mietzins für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr kann das Pfandrecht nicht geltend gemacht werden[3]). Es erstreckt sich nicht auf die der Pfändung nicht unterworfenen Sachen[4]).

E I 521 Abs 1 II 501; M 2 402—407; P 2 194 ff., 212 ff.

1. Rechtliche Natur. Dieses Pfandrecht steht dem Vermieter (oder Untervermieter) eines Grundstücks oder eines Wohnraumes oder andern Raumes in einem Gebäude (§ 580) — nicht aber einer beweglichen Sache, insbesondere nicht eines Schiffsraumes (SeuffA 61 Nr 136) — zu und ist ein **gesetzliches Pfandrecht** (also ohne unmittelbaren Besitz des Vermieters), auf das jedoch, seine wirksame Entstehung nach § 559 (kein Pfanderwerb kraft guten Glaubens nach § 1207, OLG 2, 80; 4, 329) vorausgesetzt, nach § 1257 die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht entsprechende Anwendung finden, d. h. insoweit sie nicht Besitz auf seiten des Pfandgläubigers voraussetzen; es sind mithin hier insbesondere §§ 1222, 1227—1231, 1232 Satz 2, §§ 1233—1249, 1250, 1252, 1255, 1256 anzuwenden. — Das Pfandrecht entsteht mit der Einbringung der Sachen in die gemieteten Räume, nicht schon auf das Grundstück des Vermieters überhaupt (RG Gruch 26, 997), in dem Falle jedoch, wenn der Mieter mit dem Rechtsnachfolger seines ursprünglichen Vermieters unter Aufhebung des mit diesem abgeschlossenen Mietvertrags einen neuen schließt, erst mit diesem neuen Vertragsabschlusse (RG 6. 6. 05 III 541/04). Gestattet der Vermieter dem Mieter ohne besonderes Entgelt die Mieträume schon vor der im Vertrag vereinbarten Zeit zu beziehen, so beginnt das Mietverhältnis mit der tatsächlichen Benutzung, und die eingebrachten Sachen des Mieters unterliegen sofort dem gesetzlichen Pfandrecht (OLG 33, 321). Neben diesem gesetzlichen Pfandrechte kann übrigens auch ein rechtsgeschäftliches Pfandrecht mit den ihm zukommenden Voraussetzungen und Wirkungen bestellt werden (RG 14. 3. 05 VII 376/04). — Tritt der Vermieter einzelne Forderungen aus dem Mietverhältnis an einen Dritten ab, so erwirbt dieser auch das Pfandrecht an den Sachen, die ihm zur Zeit der Abtretung unterliegen (§§ 401, 1250). Für den Fall der Veräußerung des Grundstücks s. § 571 A 3.

2. Gegenstand: die eingebrachten Sachen, d. h. die auf Grund des Mietverhältnisses in das Grundstück gebrachten (OLG 39, 174), nicht nur vorübergehend eingestellten Sachen, wozu auch Geld (SeuffA 68 Nr 244), Inhaberpapiere und mit Blankoindossament versehene Orderpapiere (§§ 1292, 1295) gehören, nicht aber die auf den Namen lautenden Hypothekenbriefe, Lebensversicherungspolicen und Sparkassebücher (Legitimationspapiere), die nicht Träger der Forderung sind (RG 10, 40; 20, 135); und zwar die eingebrachten Sachen des **Mieters** — diese auch dann, wenn ihm das Eigentum nur unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs 2) übertragen ist, nach deren Eintritt das Pfandrecht bestehen bleibt, da es nicht auf einer Verfügung des Mieters beruht; auch die von einem Vorerben eingebrachten Erbschaftssachen, da der Vorerbe wirklicher Eigentümer ist (SeuffA 71 Nr. 206) —, nicht aber Sachen seiner Ehefrau und seiner Kinder, ausgenommen, wenn sie mit ihm zusammen den Mietvertrag abgeschlossen haben, so auch, wenn die Frau den Mietvertrag als Mieterin neben dem Ehemann unterzeichnet hat, oder wenn die eingebrachten Sachen der Ehefrau bei allgemeiner Gütergemeinschaft, Errungenschaftsgemeinschaft oder Fahrnisgemeinschaft in das Gesamtgut fallen (§§ 1438, 1459, 1519, 1530, 1549), wozu weiter auch die Vermutung aus § 1362 (RG 80, 62) in Betracht kommt. Ebensowenig werden von dem Vermieterpfandrecht Sachen des Untermieters betroffen, welche vielmehr nur dem Pfandrechte des Untervermieters unterliegen; auch nicht Sachen eines Dritten, insbesondere nicht die dem Mieter unter einer aufschiebenden Bedingung zum Eigentum übertragenen Sachen während noch schwebender Bedingung (OLG 3, 28; 16, 429), ferner nicht die in den Mieträumen zurückgebliebenen Sachen eines früheren Mieters, der aus dem Vertragsverhältnis ausgeschieden ist (OLG 7, 462), und nicht die Sachen desjenigen, der sich das Eigentum an den im Besitze des Mieters befindlichen Sachen vorbehalten hat. Wird der Mietvertrag durch einen neuen ersetzt, der nicht nur eine Fortsetzung des alten bedeutet, und ist bis zum Beginn des neuen Mietverhältnisses das Eigentum an eingebrachten Sachen auf einen Dritten übergegangen, so hat der Vermieter kein Pfandrecht an ihnen für Forderungen aus dem neuen Mietverhältnis (OLG 39, 174). An diesen Sachen hat der Vermieter das gesetzliche Pfandrecht auch dann nicht, wenn er zur Zeit ihrer Einbringung das Eigentumsrecht des Dritten nicht kannte, die eingebrachten Sachen vielmehr für Sachen des Mieters hielt; denn der Grundsatz: „Hand wahre Hand" findet hier keine Anwendung (M 2, 405; Prot 2, 2000). Dies gilt selbst dann, wenn der Dritte in seine Mithaftung eingewilligt oder im Einverständnis mit dem Mieter dem Vermieter vorgespiegelt hat, daß der Mieter Eigentümer sei, und auch ein Vertragspfandrecht entsteht in diesen Fällen mangels der dazu erforderlichen Übergabe nicht (RG Gruch 49, 480; a. M. OLG 36, 58). Wohl aber kann der Mieter, der sich dem Vermieter gegenüber als Eigentümer der fremden Sachen ausgibt, wegen unerlaubter Handlung haftbar werden, und der Dritte, der einen vermögenslosen Mieter vorschiebt, aus dem gleichen Grund unter Umständen die Herausgabe seiner Sachen nicht vor Tilgung des Mietzinses verlangen. Erwirbt der Mieter das Eigentum an eingebrachten Sachen nach der Einbringung, z. B. durch Wegfall eines Eigentumsvorbehalts, so entsteht das Pfandrecht des Vermieters mit dem Zeitpunkt des Eigentumserwerbs (RG 60, 73).

3. Als Forderungen, wegen deren das Pfandrecht geltend gemacht werden kann, kommen in Betracht alle Forderungen, welche aus dem Mietverhältnisse herrühren oder damit zusammenhängen, auch anders geartete Forderungen eines Vermieters eingerichteter Zimmer für persönliche Dienste und für andere Leistungen, wenn sie nur nebensächlicher Natur sind (vgl. § 535 A 2 a. E.), also für Frühstück, Aufwartung, Feuerung (OLG 26, 392), dagegen nicht selbständige, neben der Mietforderung hergehende Ansprüche, wie z. B. aus dem Bierlieferungsvertrag einer Brauerei mit ihrem Mieter oder Pächter, einem Gastwirte (RG 37, 89; RG Gruch 26, 996). Auch für die ersterwähnten Mietforderungen besteht das Pfandrecht nur mit der Beschränkung, a) daß es wegen des künftigen Mietzinses nicht für eine spätere Zeit, als für das zur Zeit der Geltendmachung (RG 54, 301) laufende und das folgende Miet- (nicht Kalender-) Jahr, bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrage also nur wegen des Mietzinses für ein Jahr über das laufende Mietjahr hinaus (OLG 3, 236; 20, 110), b) daß es nur für bereits fällige, d. h. zur Zeit der ersten Geltendmachung des Pfandrechts in allen ihren Voraussetzungen feststehende und sofort beizutreibende, nicht für betagte und für erst künftig entstehende Entschädigungsforderungen ausgeübt werden kann (Prot 2, 194 ff.; RG 54, 301). Als künftige Entschädigungsforderung, nicht als Pachtzinsforderung, erscheint insbesondere ein bei fristloser Aufkündigung eines Pachtverhältnisses vom Verpächter gegen den Pächter erhobener Anspruch dahin, daß er den bei einer anderweiten Verpachtung entstehenden Pachtausfall bis zum Ablauf seiner vertragsmäßigen Pachtzeit an den jedesmaligen Zinsterminen berichtige (RG 21. 5. 09 III 470/08); für Miete s. auch SeuffA 71 Nr 401; a. M. OLG 21, 202; 36, 63). — Das Pfandrecht beschränkt sich auf Forderungen aus demjenigen Mietverhältnisse, auf Grund dessen die Sachen eingebracht worden sind. Hat ein Mieter von dem nämlichen Vermieter verschiedene Räume eines Grundstücks, z. B. als Wirtschaft und als Wohnung, auf Grund selbständiger Verträge

gemietet, so ergreift das Vermieterpfandrecht wegen des Mietzinses für den einen Raum nicht die in den anderen eingebrachten Sachen (OLG 38, 92).

Wegen der nach vorstehendem berechtigten Ansprüche kann das Pfandrecht nicht bloß vom Vermieter, sondern auch von seinem **Sondernachfolger**, selbst wenn dieser im übrigen nicht in das Mietverhältnis eingetreten ist, geltend gemacht werden, sofern nur die eingebrachten Sachen sich noch in den Mieträumen befinden, also das Pfandrecht des Vermieters daran noch besteht (vgl. § 1250; M 3, 836). Ebenso bleibt das Pfandrecht des Vermieters oder Verpächters in dem Falle, wenn die eingebrachten Sachen (Inventarstücke) vom Mieter oder Pächter veräußert, aber auf dem Miet- oder Pachtgrundstücke belassen worden sind, bestehen und verwandelt sich in dem Falle, wenn sie später im Konkurse des Mieters oder Pächters versteigert und die Versteigerungsgelder dem derzeitigen Eigentümer ausgehändigt werden, in einen Bereicherungsanspruch gegen diesen in Höhe der bis dahin aufgelaufenen Forderungen des Vermieters oder Verpächters (RG JW 09, 424[30]). Über die Beschränkungen des Pfandrechts gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger und gegenüber der Konkursmasse des Mieters s. unten bei § 563.

4. Auch von den **Sachen des Mieters** sind diejenigen **dem Pfandrecht entzogen,** welche im Interesse des Schuldners und seiner Angehörigen nach § 811 ZPO (§ 812, der nur eine Ordnungsvorschrift enthält, findet hier keine Anwendung, a. M. Oertmann § 559 A 4 c, die Frage bleibt unentschieden in RG 80, 35) **der Pfändung** im Wege der Zwangsvollstreckung **nicht unterworfen** sind. Dagegen sind Gegenstände, die der Mieter eingebracht hat, nicht deshalb dem Pfandrechte des Vermieters entzogen, weil sie als Zubehör eines anderen dem Mieter gehörigen Grundstückes nach der im Interesse der Hypothekgläubiger getroffenen Bestimmung des § 865 ZPO nicht gepfändet werden können (OLG. 27, 153). Die Vorschrift in Satz 3 enthält **zwingendes** Recht (RG 72, 181). — Abweichende Vorschrift für die Pacht in § 585 Satz 2.

Ebenso ist ein **vertragsmäßiges** Zurückbehaltungsrecht des Vermieters für die von der Pfändung ausgenommenen Sachen nicht anzuerkennen, da ein solches Recht inhaltlich mit dem auf § 559 beruhenden Sperr-Rechte des § 561 übereinstimmen, also gegen § 559 Satz 3 sowie auch gegen die guten Sitten verstoßen, auch keinesfalls ein eigenmächtiges Vorgehen des Vermieters nach § 561 Abs 1 rechtfertigen würde (a. M. RGSt 35, 150; 37, 118). — S. dagegen über das Selbsthilferecht des Vermieters § 561 Abs 1.

§ 560

[1]) **Das Pfandrecht des Vermieters erlischt mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstück[2]), es sei denn, daß die Entfernung ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters erfolgt. Der Vermieter kann der Entfernung nicht widersprechen, wenn sie im regelmäßigen Betriebe des Geschäfts des Mieters oder den gewöhnlichen Lebensverhältnissen entsprechend erfolgt oder wenn die zurückbleibenden Sachen zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen[3])[4]).**

E I 521 Abs 1 Satz 3, Abs 2 Satz 1 II 502; M 2 407—409; P 2 407.

1. **Besonderer Erlöschungsgrund** für das Pfandrecht des Vermieters. Andere Erlöschungsgründe s. A 4. Auf die Pfandrechte aus den nach **altem Rechte** zu beurteilenden Miet- und Pachtverhältnissen ist § 560 (wie auch § 561) nicht anzuwenden. Das Gegenteil folgt weder aus Art 184 noch aus Art 189 des EG (RG 49, 56).

2. Zum **Erlöschen** des Pfandrechts ist nach dem klaren Wortlaute des § 560 die **Entfernung der Sachen vom Grundstücke** (soweit es dem Vermieter unterstellt ist) erforderlich, dagegen genügt nicht schon die Entfernung aus dem gemieteten Teile des Grundstücks (Prot 2, 207; RGSt 10, 321; auch SeuffA 73 Nr 157). Ebensowenig erlischt das Pfandrecht durch die ohne Einwilligung des Vermieters erfolgte Fortschaffung in eine andere Mietwohnung desselben Hauses. — Die Vorschrift unterscheidet nicht, ob die Entfernung durch den Mieter oder durch einen Dritten geschieht (RG 71, 418). — Über das Erlöschen des Pfandrechtes im Falle der Pfändung auf Betreiben eines Dritten s. A 3.

3. Nach dieser Zwangsvorschrift findet **kein Widerspruchsrecht des Vermieters** gegen die Entfernung statt, auch wenn ihm bereits fällige Forderungen zustehen. Maßgebend sind dabei der regelmäßige Geschäftsbetrieb und die gewöhnlichen Lebensverhältnisse des Mieters. Was hiervon abweicht, wird auf eine Benachteiligung des Vermieters hinauslaufen, die dieser nicht zu dulden braucht, auch wenn sie vom Mieter nicht beabsichtigt war. Beispiele zulässiger Entfernung: Mitnahme auf eine Reise, Weggabe zur Ausbesserung, Verkauf der Getreideernte durch den Pächter zur regelmäßigen Zeit, nicht aber vollständiger Ausverkauf eines Warenlagers. Widerspricht der Vermieter, wo er nach Satz 2 kein Recht zum Widerspruche

hat, so ist der Widerspruch wirkungslos; durch die Entfernung der Sachen erlischt dann das Pfandrecht geradeso, wie wenn sie ohne Widerspruch geschehen wäre (RG 74, 247). — Nach entsprechender Anwendung dieser Vorschrift erlischt das Pfandrecht des Vermieters und damit auch der Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber dem Pfändungspfandgläubiger auch bezüglich der für einen Dritten gepfändeten Sachen des Mieters dann, wenn die gepfändeten Sachen im Wege der Zwangsvollstreckung vom Grundstück entfernt werden, und der Vermieter durch die zurückbleibenden, dem Mieter gehörigen Sachen ausreichend gesichert ist (RG 71, 418; RG JW 09, 657[8]; OLG 19, 2; 20, 111; 27, 175). Die zurückbleibenden Sachen müssen aber hier, wie überhaupt im dritten Falle des zweiten Satzes, zur Sicherung des Vermieters offenbar ausreichen, d. h. einen solchen Wert darstellen, daß sie ohne weitere Prüfung und ohne Vornahme einer zeitraubenden Untersuchung den Eindruck hervorrufen, der Vermieter werde durch sie für seine Forderungen hinlänglich gedeckt sein (RG SeuffA 69 Nr 5).

4. Andere Erlöschungsgründe. Wie das rechtsgeschäftliche Pfandrecht an beweglichen Sachen erlischt gemäß § 1257 auch das Vermieterpfandrecht in den Fällen der §§ 1242 Abs 2, 1252, 1255, 1256, sowie auch in dem Falle des § 936 (Veräußerung und Übergabe an einen gutgläubigen Dritten). — Durch die bloße Veräußerung, mit Belassung der Sachen in den Mieträumen und im Besitze des Mieters, geht es nicht unter (RG JW 09, 424[30]; OLG 16, 431). Auch wird in derartigen Fällen der erforderliche gute Glaube des Erwerbers meistenteils fehlen, da er bei Übernahme der einem Mieter zugehörigen Sachen regelmäßig mit dem Pfandrecht des Vermieters rechnen muß (RG 20. 9. 07 III 43/07). Dieses Pfandrecht findet, da es nicht auf einer Verfügung des Mieters beruht, auch nicht dadurch sein Ende, daß das Eigentum des Mieters an den eingebrachten Sachen infolge des Eintritts einer von ihm mit einem Dritten bei der Übertragung vereinbarten auflösenden Bedingung in Wegfall kommt und an den Übertragenden zurückfällt (vgl. § 161 Abs 2; M 1, 213; s. o. § 559 A 2).

§ 561

Der Vermieter darf die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen, soweit er ihr zu widersprechen berechtigt ist, auch ohne Anrufen des Gerichts verhindern und, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen[1]).

Sind die Sachen ohne Wissen oder unter Widerspruch des Vermieters entfernt worden, so kann er die Herausgabe zum Zwecke der Zurückschaffung in das Grundstück und, wenn der Mieter ausgezogen ist, die Überlassung des Besitzes verlangen[2]). Das Pfandrecht erlischt mit dem Ablauf eines Monats, nachdem der Vermieter von der Entfernung der Sachen Kenntnis erlangt hat, wenn nicht der Vermieter diesen Anspruch vorher gerichtlich geltend gemacht hat[3]).

E I 521 Abs 2 Satz 2, Abs 3 II 503; M 2 409, 410; P 2 208 ff.

1. Selbsthilferecht. Auf Grund seines Pfandrechts hat der Vermieter zur Hinderung der Wegschaffung der dem Pfandrecht unterliegenden Sachen dem Mieter oder auch einem Dritten (außer dem Pfändungsgläubiger) gegenüber zunächst ein über die Befugnisse aus §§ 229ff. erheblich hinausgehendes Selbsthilferecht (Sperr-Recht), auf Grund dessen er der Fortschaffung selbsttätig entgegentreten oder, wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz nehmen kann. An Stelle der Selbsthilfe kann der Vermieter beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen auch eine einstweilige Verfügung, nicht aber eine polizeiliche Regelung, beantragen. Übrigens kann auch dieses Sperr-Recht nur an den der Pfändung unterworfenen Sachen des Mieters (§ 559 A 2) ausgeübt und nicht durch Vereinbarung zwischen dem Vermieter und Mieter auf die von der Pfändung ausgeschlossenen Sachen ausgedehnt werden (a. M. RGSt 35, 150; 37, 118, 125). Schuldhafte Überschreitung der Grenzen seiner Befugnisse macht den Vermieter nach §§ 823ff. ersatzpflichtig.

2. Klagerecht. Nach geschehener Fortschaffung hat der Vermieter ein Selbsthilferecht nur nach §§ 229ff., wohl aber hat er ein Klagerecht auf Herausgabe gegen den Mieter oder gegen den dritten Besitzer, sofern dieser sich nicht als gutgläubiger Erwerber auf § 936 (vgl. §§ 1032 Satz 2, 1208) berufen kann; im Notfalle kann der Vermieter auch Arrest oder einstweilige Verfügung erwirken. Hat der Vermieter im Wege der Selbsthilfe oder sonst den Besitz der eingebrachten Sachen des Mieters erlangt, so steht er dem auf Rechtsgeschäft sich stützenden Faustpfandgläubiger (§§ 1215ff.) gleich. Wer eingebrachte Sachen eines Mieters erwirbt, kann unter Umständen zur Nachforschung nach Ansprüchen des Vermieters verpflichtet sein, vgl. § 936 Abs 2 in Verbindung mit § 932 Abs 2 (SeuffA 69 Nr 5). Der Spediteur

(Möbelfuhrmann), der im Auftrage des Mieters eingebrachte Sachen aus der Mietwohnung abholt und bei sich lagert, braucht sich aber in der Regel nicht nach dem Pfandrecht des Vermieters zu erkundigen; Unterlassung der Erkundigung schließt daher den Erwerb eines Pfandrechtes im Vorrang vor dem des Vermieters nicht aus (OLG 33, 311). — Strafbestimmung gegen den Mieter, der zur Vereitelung des Pfandrechts die eingebrachten Sachen heimlich fortschafft, s. StGB § 289.

3. Die **Monatsfrist**, eine Ausschlußfrist — Berechnung §§ 187 Abs 1, 188 Abs 2 — wird durch jede Art der gerichtlichen Geltendmachung gewahrt, auch durch ein Gesuch um Erlassung einer einstweiligen Verfügung (OLG 20, 189) und durch Widerspruch gegen eine die Entfernung der Pfandgegenstände bezweckende einstweilige Verfügung (OLG 27, 156). Sie gilt nicht im Falle der Pfändung durch einen andern Gläubiger des Mieters (s. § 563). — Unterläßt der Verpächter die gerichtliche Geltendmachung seines Pfandrechts, so verliert er damit nicht den Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung (§ 823 Abs 1), und es könnte sich nur fragen, ob in seiner Säumnis nicht ein nach § 254 zu berücksichtigendes Mitverschulden liege (RG 98, 345). Über das Verkaufsrecht des Vermieters bezüglich der eingebrachten Sachen und seine Ausübung s. §§ 1228 ff. Es ist Besitzerlangung, geeignetenfalls gemäß § 561, erforderlich.

§ 562

Der Mieter kann die Geltendmachung des Pfandrechts des Vermieters durch Sicherheitsleistung abwenden; er kann jede einzelne Sache dadurch von dem Pfandrechte befreien, daß er in Höhe ihres Wertes Sicherheit leistet[1]).

E I 521 Abs 4 II 504; M 2 407; P 2 209 ff.

1. Zwingende Vorschrift. Für die **Sicherheitsleistung** sind §§ 232 ff. maßgebend; bei Wertpapieren nur Hinterlegung bei der zuständigen öffentlichen Hinterlegungsstelle (OLG 36, 61). Die Sicherheitsleistung entzieht dem Vermieter im Falle des ersten Halbsatzes nur die Geltendmachung des Pfandrechtes, im Falle des zweiten Halbsatzes auch das Pfandrecht an den einzelnen Sachen. Ist die Sicherheit in ausreichender Weise geleistet, so stellt sich eine trotzdem stattfindende Geltendmachung des dem Vermieter an sich nach § 561 Abs 1 zustehenden Sperr-Rechts als unerlaubte Selbsthilfe dar. — Die Höhe der Sicherheit bestimmt sich in der Regel nach dem Betrage der Forderung des Vermieters, in dem Falle aber, wenn der Wert der dem Pfandrecht unterliegenden Sachen geringer ist, nach diesem Werte.

§ 563

Wird eine dem Pfandrechte des Vermieters unterliegende Sache für einen anderen Gläubiger gepfändet, so kann diesem gegenüber das Pfandrecht nicht wegen des Mietzinses für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung geltend gemacht werden[1]).

E I 521 Abs 5 II 505; M 2 407; P 2 200 ff.

1. **Verhältnis des Vermieterpfandrechts zum Pfändungspfandrechte.** Der Vermieter kann, auch wenn sein Pfandrecht dem später entstandenen eines Pfändungspfandgläubigers vorgeht, der Pfändung nicht widersprechen, da er nicht Besitzer der in den Mieträumen befindlichen Sachen des Mieters ist (ZPO § 805); es kann auch weder vom Vermieter, noch von dem Pfändungspfandgläubiger der Anspruch erhoben werden, daß der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung ohne Einwilligung des Schuldners im Hinblick auf die Forderung des Vermieters weiter ausdehne, als zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers erforderlich ist (vgl. RG 51, 186). Der Vermieter kann vielmehr auf Grund seines fortbestehenden Pfandrechts nur den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse der Pfandstücke geltend machen, jedoch wegen des Mietzinses nicht für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Pfändung, während es im übrigen rücksichtlich des Mietzinses für das laufende und folgende Jahr (von der Geltendmachung des Vorzugsrechts ab) und rücksichtlich der Entschädigungsansprüche bei der Vorschrift des § 559 Satz 2 verbleibt.

Der Vermieter hat eintretendenfalls mit dem Antrage auf Hinterlegung des Erlöses und mit der Klage gegen den Pfändungsgläubiger zwar nicht innerhalb der — hier nicht anwendbaren (OLG 9, 298; 11, 311) — einmonatigen Frist des § 561, aber jedenfalls vor Beendigung der Zwangsvollstreckung, d. h. vor Auszahlung des Erlöses an den Pfändungsgläubiger, vorzugehen, da ihm sonst die Klage bei dem Vollstreckungsgericht oder dem vorgesetzten Landgerichte verloren geht (RG 12, 370). Doch verbleibt in solchem Falle dem Vermieter immer noch die Bereicherungsklage (RG JW 09, 424[30]), bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung seines Pfandrechtes auch ein Anspruch auf Schadensersatz (vgl. § 823). Befindet sich dagegen der Vermieter im Besitze der eingebrachten Sachen des Mieters, so ist

er zum Widerspruch gegen die Pfändung befugt (ZPO §§ 805, 809), auch nicht verpflichtet, die Sachen dem ihm nachstehenden Pfändungsgläubiger herauszugeben (§ 1232).

Erlöschen des Pfandrechts des Vermieters und damit auch seines Anspruchs auf vorzugsweise Befriedigung gegenüber dem Pfandgläubiger, wenn die gepfändeten Sachen vom Grundstück entfernt werden, s. § 560 A 3.

Über das Verhältnis zwischen Vermieterpfandrecht und Pfändungspfandrecht in dem Falle, wenn der beiderseitige Schuldner die dem Vermieter haftenden und für den Gläubiger gepfändeten Sachen zunächst unter einer aufschiebenden Bedingung erworben hatte, und diese Bedingung erst nach der Pfändung eingetreten ist: nachträgliches gleichzeitiges Inkrafttreten beider Pfandrechte und verhältnismäßige Verteilung des Pfanderlöses unter beide Gläubiger, s. **RG** 60, 70ff.

Im Falle der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Mieters werden die Pfandgegenstände durch Besitzergreifung des Konkursverwalters der Einwirkung des Vermieters entzogen (KO § 127). Sein Pfandrecht verwandelt sich in ein Recht auf abgesonderte Befriedigung aus jenen Gegenständen (KO §§ 48, 49 Abs 1 Nr 2). Dieses Absonderungsrecht bedarf keiner besonderen Wahrung nach § 561 Abs 2 (**RG** LZ 1914, 1045[22]). Das Pfandrecht kann aber in Ansehung des Miet- oder Pachtzinses nicht geltend gemacht werden für eine frühere Zeit als das letzte Jahr vor der Eröffnung des Verfahrens (vgl. **RG** 34, 100) und nicht in Ansehung des dem Vermieter oder Verpächter infolge der Kündigung des Verwalters entstehenden Entschädigungsanspruchs (KO § 19; anders nach früherem Rechte **RG** 7, 19), welcher Beschränkung jedoch das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks in Ansehung des Pachtzinses nicht unterliegt (§ 585). Kündigt der unter Geschäftsaufsicht stehende Mieter oder Pächter nach § 10 BRV v. 14. 12. 16 (RGBl 1363), so kann der Vermieter oder Verpächter wegen seines Schadensersatzanspruchs das ihm nach §§ 559, 581, 585 zustehende Pfandrecht nicht geltend machen.

§ 564

Das Mietverhältnis endigt[1]) mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist[2]).

Ist die Mietzeit nicht bestimmt, so kann jeder Teil das Mietverhältnis nach den Vorschriften des § 565 kündigen[3]).

E I 522 Abs 1, 2 II 506 Abs 1, 2; M 2 410, 418; P 2 214 ff.

1. **Das Mietverhältnis endigt** auch dann, wenn der Mieter später Eigentum oder Nießbrauch an der Mietsache erlangt (**RG** 49, 285). Ebenso fällt der Anspruch des Verpächters auf Zahlung des Pachtzinses mit dem Zeitpunkte weg, wo der Pächter das Eigentum am Grundstück (durch Zuschlag im Zwangsversteigerungsverfahren) erwirbt (**RG** 10. 3. 05 III 367/04). — In Mietverträgen, die auf eine bestimmte Zeitdauer lauten, findet sich vielfach die Vereinbarung, daß, wenn nicht ein Teil eine bestimmte Zeit vor dem zunächst vereinbarten Ende der Mietzeit kündige, das Mietverhältnis sich um eine bestimmte Zeitdauer verlängere. Dabei handelt es sich aber nicht um eine Kündigung im gewöhnlichen Sinne, die ein Vertragsverhältnis lösen soll, vielmehr bedeutet die Vereinbarung nur, daß beim Unterbleiben der sog. Kündigung dem alten Mietverhältnisse ein neues unter den Bedingungen des alten folgen solle (**RG** 86, 60; a. M. OLG 38, 92). Da aber die Vertragsteile sich schon im ursprünglichen Mietvertrage dahin gebunden haben, daß ihr Schweigen über einen bestimmten Zeitpunkt vor Ablauf des Mietverhältnisses hinaus als Einverständnis mit der Erneuerung des Mietverhältnisses gelten solle, so tritt diese Erneuerung beim Vorhandensein mehrerer Vermieter oder mehrerer Mieter nur dann nicht ein, wenn alle Vermieter oder alle Mieter die sog. Kündigung erklären (**RG** 97, 79; vgl. SeuffA 74 Nr 132). — Über das Verhältnis zwischen einer befristeten Kündigung und der Berechtigung des Mieters zu mehrjähriger Vertragsverlängerung (Option) s. **RG** 92, 417. — Über Verlängerung eines ohne Kündigung ablaufenden Mietverhältnisses jeweils bis zur Dauer eines Jahres durch das Mieteinigungsamt (eine dazu bestimmte andere Stelle oder das Amtsgericht) auf Anrufen des Mieters s. BRV zum Schutze der Mieter v. 23. 9. 18 (Vorbem 9 vor § 535) § 2 und über die Verlängerung eines solchen Mietverhältnisses für unbestimmte Zeit, wenn der Vermieter nicht vorher die Zustimmung des Einigungsamtes usw. zum Ablauf erwirkt hat (§ 6 ebenda).

2. **Bestimmte Zeit.** Miete für eine genau begrenzte Kalenderzeit, aber nicht nur für eine solche, sondern z. B. auch für eine Messe, einen Jahrmarkt, eine Festlichkeit, oder: bis Ostern, Johannis, Michaelis, Weihnachten, Miete für ein Semester. Auslegung bei widerspruchsvoller Ausfüllung eines Mietvertragsformulars bezüglich der Vertragsdauer SeuffA 71 Nr 137. Das Miet- oder Pachtverhältnis kann auch durch Angabe des Zweckes für eine bestimmte Zeit eingegangen werden, z. B. bei Überlassung eines Grundstücks zur Gewinnung von Quarzitsteinen, „solange brauchbare Steine darin vorhanden sind" (**RG** JW 09, 451[2]).

bei Überlassung eines Grundstücks zur Errichtung eines Anschlußgleises, solange als der Überlassende sein eigenes Anschlußgleis für den eigenen Betrieb benutzt (RG 23. 5. 19 III 510/18). Dauer der Miete von Waggondecken s. OLG 38, 91. Für die Beurteilung der Frage, ob der Mietvertrag auf bestimmte Zeit geschlossen ist, kommt es auf den wirklichen Willen, nicht auf den Buchstaben an (§ 133). Ein Mietvertrag folgenden Inhalts z. B. über eine Familienwohnung: „1. Wohnung vermietet für jährlich x M. vom 1. Oktober 1907 bis 1. Oktober 1908; 2. die Wohnung ist beiderseits für ein Jahr unkündbar, alsdann kann nur auf Zugtermine 1. April, 1. Juli, 1. Oktober gekündigt werden." — muß als auf unbestimmte Zeit geschlossen angesehen werden. Nr 1 enthält nichts als das Mindestmaß der Vertragsdauer, keineswegs die Vereinbarung eines Mietvertrags auf bestimmte Zeit, der mit Ablauf dieser Zeit ohne jedes Zutun der Vertragsteile zu Ende ginge. Und von einer Beschränkung der Mietdauer durch den Vertragszweck kann hier überhaupt keine Rede sein (SeuffA 64 Nr 164). Vgl. auch § 723 A 3.

3. **Die Kündigung** bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Angabe eines Grundes (RG 10. 3. 05 III 367/04) und kann auch alsbald bei Beginn des Mietverhältnisses erklärt werden. Wird ein Zeitpunkt, bis zu dem das Mietverhältnis endigen soll, bei der Kündigung nicht angegeben, so wirkt sie zum nächsten nach Gesetz oder Vertrag zulässigen Termin. Die Verpflichtung des Mieters einer Wohnung, nach der Kündigung die Besichtigung zu gestatten, ist nach Treu und Glauben zu beurteilen (§§ 157, 242); der Vermieter darf sein entsprechendes Recht nicht in schikanöser Weise, namentlich nicht zu unpassender Zeit, geltend machen. — Sind mehrere Vermieter oder Mieter vorhanden, so muß die Kündigung, von allen und an alle erklärt werden. Zur Kündigung einer von beiden Ehegatten gemieteten Wohnung gilt aber im Zweifel der Ehemann als für die Ehefrau mitbefugt (KG 15, 95ff.).

Über die rechtliche Natur der Kündigung s. § 542 A 2, über ihre Wirkung § 553 A 4, über bedingte und verspätete Kündigung § 565 A 4. Unterschied zwischen der vorzeitigen Kündigung mit gesetzlicher Kündigungsfrist (§ 565 Abs 4 und A 2c) und der außerordentlichen Kündigung mit sofortigen Wirksamkeit (§§ 542, 544, 553, 554).

Über die Anrufung des Mieteinigungsamtes (einer anderen dazu bestimmten Stelle oder des Amtsgerichts) durch den Mieter bei einer Kündigung des Vermieters und über das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung des Einigungsamts zu einer solchen Kündigung bei Miete von Wohnräumen, Läden und Werkstätten s. BRV zum Schutze der Mieter vom 23. 9. 18 und oben § 553 A 1. Für Kleingärten und Kleinpachtland s. das Ges. v. 31. 7. 19 (RGBl 1371) und unten § 581 A 1. Ebenda über Pachteinigungsämter.

§ 565

[1]) Bei Grundstücken ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs zulässig; sie hat spätestens am dritten Werktage des Vierteljahrs zu erfolgen. Ist der Mietzins nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen. Ist der Mietzins nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen[2]).

Bei beweglichen Sachen hat die Kündigung spätestens am dritten Tage vor dem Tage zu erfolgen, an welchem das Mietverhältnis endigen soll[3]).

Ist der Mietzins für ein Grundstück oder für eine bewegliche Sache nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Die Vorschriften des Abs 1 Satz 1, Abs 2 gelten auch für die Fälle, in denen das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann[4])[5]).

E I 522 Abs 3—7 II 506 Abs 3—6; M 2 411—413; P 2 214 ff.

1. **Gesetzliche Kündigungsfristen.** Sie sind nur anwendbar, wenn die Kündigungsfristen, d. h. die Fristen, die zwischen der Erklärung der Kündigung und dem damit beabsichtigten Schlusse des Vertragsverhältnisses eingehalten werden müssen, nicht vertragsmäßig bestimmt sind.

2. Bei **Grundstücken, Wohnräumen** und **anderen Räumen** in Gebäuden (§ 580) ist die Kündigung zulässig: a) im Falle der Bemessung des Mietzinses nach Tagen an jedem Tage, also auch (abweichend von § 193) an einem Sonntag oder allgemeinen Feiertag, und zwar für den folgenden Tag, d. h. für den Schluß des folgenden Tages (§ 188 Abs 1; vgl. auch oben: „für den Schluß eines Kalendermonats, einer Kalenderwoche". A. M. Planck § 565

Anm 1 a α); b) im Falle der Bemessung des Mietzinses nach Wochen spätestens am 1. Werttage (Montag, unter Umständen Dienstag), und zwar für den Schluß einer Kalenderwoche, also Sonnabend, ferner im Falle der Bemessung des Mietzinses nach Monaten spätestens am fünfzehnten des Monats (mit Beachtung von § 193), und zwar für den Schluß eines Kalendermonats. Beide Bestimmungen gelten jedoch dann nicht, wenn der Mietzins nicht nach Wochen oder Monaten, sondern in anderer Weise (z. B. 1000 Mark jährlich) bemessen und nur in Wochen- oder Monatszahlungen zu entrichten ist; vielmehr kommt alsdann § 565 Abs 1 Satz 1 zur Anwendung (RG 64, 270); c) in allen anderen Fällen spätestens am dritten Werktage eines Kalendervierteljahrs, und zwar für den Schluß des letzteren. Diese Kündigungsfrist gilt zugleich, ohne Unterschied der zeitlichen Bemessung des Mietzinses, für alle diejenigen Fälle, in denen das Mietverhältnis unter Einhaltung der „gesetzlichen Frist" vorzeitig gekündigt werden kann (s. § 549 Abs 1 Satz 2, §§ 567, 569, 570; 1056, 1423, 1546 Abs 3, 1550 Abs 2, 1663, 1686, 2135; KO § 19; BRVO über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses vom 14. 12. 16 RGBl 1363 § 10; ZVG § 57). — Keine Entschädigungspflicht des Kündigenden bei Einhaltung der Termine unter a—c (RG 18, 269).

3. Bei **beweglichen Sachen** ist die Kündigung zulässig: a) im Falle der Bemessung des Mietzinses nach Tagen wie bei Grundstücken (s. o. A 2a); b) in allen anderen Fällen (auch bei Bemessung des Mietzinses nach Monaten) spätestens am dritten Tage vor dem Tage, an welchem das Mietverhältnis endigen soll, z. B. am Montage für Donnerstag. Diese Frist gilt für bewegliche Sachen zugleich als gesetzliche bei vorzeitiger Kündigung (vgl. oben A 2c). — Ist die Kündigungsfrist vertragsmäßig festgesetzt, so kann Anfang und Ende der Frist beliebig bestimmt, auch für den Vermieter und den Mieter verschieden festgesetzt sein (vgl. RG JW 07, 705[6]). In jedem Falle liegt dem, der die Vereinbarung einer anderen als der gesetzlichen Kündigungsfrist behauptet, die Beweislast hierfür ob (RG 57, 50).

4. **Besondere Arten der Kündigung.** a) Eine verspätete Kündigung ist an sich unwirksam, kann aber für den nächsten zulässigen Termin — z. B. bei vierteljährlicher Kündigungsfrist, die am 15. April für den 1. Juli erklärte wenigstens für den 1. Oktober — wirksam werden, wenn eine hierauf gerichtete Absicht des Erklärenden aus dem Inhalte seiner Erklärung oder aus den Umständen entnommen werden kann (M 2, 413; RG 9. 5. 08 I 329/07), insbesondere dahin, daß der Kündigende das Vertragsverhältnis auf alle Fälle lösen wolle (OLG 36, 64). Vgl. auch RG JW 08, 270[4]; § 723 A 2. b) Eine bedingte Kündigung ist regelmäßig im vollen Umfang unwirksam, da gerade nach der Natur dieser Willenserklärung der Eintritt ihrer Wirksamkeit von vornherein feststehen muß und nicht von einem „zukünftigen ungewissen Ereignis" abhängig gemacht werden kann (RG Warn 1915 Nr 103). — Dagegen kann das Recht zur Kündigung und damit ihre rechtliche Wirksamkeit von dem Eintritt eines zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht werden, dessen Tatbestand noch nicht bei der (bestimmten, unbedingten) Erklärung der Kündigung, sondern erst zum Kündigungstermin vorzuliegen braucht. So RG 91, 307 für eine Vereinbarung vierteljähriger Kündigung für den Fall der Geschäftsaufgabe durch den Mieter. Vgl. ferner über die Zulässigkeit einer bedingten Kündigung, wenn die Entscheidung über den Eintritt der Bedingung vom bloßen Willen des Kündigungsempfängers abhängig ist, s. SeuffA 57 Nr 60; 62 Nr 248; vgl. auch 74 Nr 4 (Kündigung für den Fall, daß Vermieter nicht einen von der Polizeibehörde verlangten Nachweis erbringe). c) Die Annahme einer bedingten Kündigung führt zu einem bedingten Vertrage über die Beendigung des Mietverhältnisses. Die Annahme einer verspäteten Kündigung macht diese wirksam. Vgl. § 553 A 4.

5. Über die gesetzliche Kündigungsfrist bei der Pacht von Grundstücken und von Rechten s. § 595.

§ 566

Ein Mietvertrag über ein Grundstück, der für längere Zeit als ein Jahr geschlossen wird, bedarf der schriftlichen Form[1]). Wird die Form nicht beobachtet, so gilt der Vertrag als für unbestimmte Zeit geschlossen[2]); die Kündigung ist jedoch nicht für eine frühere Zeit als für den Schluß des ersten Jahres[3]) zulässig[4]).

E II 507 III 559; P 2 147, 159, 178.

1. **Schriftliche Form des Mietvertrags.** Die Vorschrift betrifft nur Mietverträge über Grundstücke, Wohnräume und andere Räume in Gebäuden (§ 580), nicht z. B. Jagdpachtverträge (RG 51, 280; 98, 101) oder andere Pachtverträge über Rechte, die Gebrauch und Fruchtgenuß gestatten (vgl. oben Vorbem 1 vor § 535 und unten § 581 A 1). Sie ist, weil mit Rücksicht auf einen etwaigen späteren Erwerber des Grundstücks aufgenommen, zwingenden Rechtes (Prot 2, 150) und enthält eine Ausnahme von der Regel, wonach mündliche Form beim Mietvertrage genügt, läßt jedoch als Wirkung des Formmangels nicht Nichtigkeit,

sondern nur beschränkte Dauer des Mietvertrags eintreten (s. jedoch A 4). Die Vorschrift bezieht sich nicht nur auf den ursprünglichen Abschluß, sondern auch auf die spätere Abänderung von Mietverträgen (vgl. RG 51, 181). Dagegen braucht die Aufhebung eines solchen Vertrags, auch wenn er schriftlich abgeschlossen worden ist, nicht in schriftlicher Form stattzufinden, da diese Form nur für den Abschluß des Vertrags vorgeschrieben ist. — Jeder wesentliche Punkt des Mietvertrags muß schriftlich vereinbart werden. Mündliche Nebenabreden sind damit nicht ausgeschlossen (RG 1911, 94[15]; RG LZ 1916, 1295[9]; OLG 20 S. 113, 115), unter Umständen sogar dann nicht, wenn nach dem schriftlichen Vertrag Änderungen und Zusätze nur bei schriftlicher Abfassung gelten sollen (RG 95, 175). Werden aber (im Sinne der Vertragsteile) wesentliche Punkte (z. B. die Mietzeit) nur mündlich vereinbart oder wird mündlich etwas anderes vereinbart als schriftlich niedergelegt, dann muß der ganze Mietvertrag als der gesetzlichen Form entbehrend angesehen werden (RG JW 06, 348[5]; 1911, 94[15]). Das gilt auch für spätere mündliche Vereinbarungen (SeuffA 65 Nr 183). Wesentlich ist namentlich auch die Bezeichnung derer, die materiell das Geschäft schließen. Im Falle einer Vollmacht muß also der Vertretene bezeichnet werden. Entscheidend ist dabei aber, ob für die Vertragsparteien, nicht ob auch für Dritte das Geschriebene den gewollten Sinn ausreichend deutlich ergibt. Denn es handelt sich um eine Willenserklärung der Vertragschließenden, bei deren Auslegung gemäß § 133 ihr wirklicher Wille zu erforschen ist. Die Schriftform hat hier nicht den Zweck, alle Beweisschwierigkeiten zu beseitigen und die Urkunde als ein für sich stehendes Gebilde von dem Willen der Parteien, aus dem heraus sie entstanden ist, loszulösen, sondern die Schriftform hilft nur der Führung des Beweises für den wirklichen Willen der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses (RG 80, 400). Sind mehrere gesamtberechtigte Vertreter vorhanden, so genügt die Unterzeichnung der Vertragsurkunde durch einen dieser Vertreter, während alles übrige Sache der formfreien Zustimmung ist (RG 81, 327). Der Schriftform ist ferner genügt, wenn in einem schriftlich abgeschlossenen Mietvertrage der Vermieter gestattet, daß für den Mieter ein Dritter in den Vertrag eintrete und auf Grund dieser Gestattung ein schriftlicher Vertrag des letzteren Inhalts nur zwischen dem Mieter und dem Dritten abgeschlossen wird (RG Gruch 57, 424). Rechtsgültig ist eine mündliche Abrede neben dem schriftlichen Vertrage, wenn es sich dabei nur um die Erläuterung und Auslegung einer Bestimmung des schriftlichen Vertrags handelt (RG 11. 12. 08 III 89/08). — Ein Vorvertrag über die Verpflichtung zum Abschlusse eines Mietvertrags für längere Zeit als ein Jahr bedarf nicht der Schriftform (RG 86, 30) und kann deshalb auch jederzeit durch mündliche Vereinbarungen geändert und ergänzt werden (RG 13. 2. 17 III 386/16). Das gleiche gilt für eine Vereinbarung, wonach sich der Mieter zur Erneuerung eines Mietvertrags verpflichtet (RG Warn 1919 Nr 163). Dagegen kann nicht auf Grund eines mündlichen, auf längere Zeit als ein Jahr geschlossenen Mietvertrags der Abschluß eines schriftlichen Vertrags gefordert werden (RG 97, 219). Über das Wesen der Schriftform s. § 126 und RG 59, 245; 80, 400. Briefwechsel (§ 127) genügt nicht zur Wahrung der Form (RG 95, 83; Warn 1919 Nr 163; s. auch SeuffA 60 Nr 109). Vgl. auch A 2. Die Versäumung einer vor der Wirksamkeit des BGB gesetzlich vorgeschriebenen Form ist auch nach dem 1. 1. 00 noch nach dem früheren Rechte zu beurteilen (s. oben Vorbem 7 vor § 535).

2. Über die Gültigkeit des Vertrags für unbestimmte Zeit s. § 564 Abs 2. Für die alsdann eintretende Kündigung kommt die Kündigungsfrist des für länger als ein Jahr abgeschlossenen mündlichen Vertrags jedenfalls dann nicht zur Anwendung, wenn sie länger als die gesetzliche ist (RG 59, 245). § 566 enthält eine Ausnahme gegenüber §§ 125, 139. Satz 2 des § 566 — nicht § 139 mit der Folge der Nichtigkeit des ganzen Vertrags — ist daher auch dann anzuwenden, wenn die Umstände erkennen lassen, daß die Parteien einen Mietvertrag auf unbestimmte Zeit nicht geschlossen haben würden (RG 86, 30; RG Warn 09 Nr 82, ferner OLG 33, 314; SeuffA 61 Nr 199 II; 65 Nr 183; a. M. SeuffA 61 Nr 199 I und OLG 9, 302 für Fälle steigenden Mietzinses; vgl. auch RG JW 07, 166[3]). Die gesetzliche Folge der Nichtbeobachtung der Form — Geltung des Vertrags für unbestimmte Zeit — kann ferner nicht durch Vereinbarung ausgeschlossen oder inhaltlich abgeändert werden, und es ist auch in der Berufung auf die Formvorschrift in der Regel ein Verstoß gegen Treu und Glauben nicht zu finden (RG Warn 1917 Nr 174), es müßte denn sein, daß derjenige, der sich auf den Mangel der Schriftform beruft, diesen Mangel selbst veranlaßt, z. B. in der Absicht, sich später auf den Formmangel zu berufen, die Abfassung eines formgerechten Vertrags verhindert oder auch nur ohne solche Absicht beim Vertragsschluß die Form für unnötig erklär hat (RG 96, 313, auch RG Gruch 52, 1045).

3. Zulässigkeit der Kündigung nicht für eine frühere Zeit als den Schluß des ersten Jahres, d. h. des ersten nach dem Vertrage laufenden Mietjahrs. Der Vertrag ist also nicht, wie in § 269 ALR I 21 vorgeschrieben war, von Anfang an nur auf ein Jahr gültig, sondern erlangt diese beschränkte Dauer nur, wenn rechtzeitig für den Schluß des ersten Mietjahrs gekündigt wird. Erfolgt solche Kündigung nicht, so bleibt der Vertrag weiter als ein auf unbestimmte Zeit geschlossener, nach § 565 zu kündigender bestehen. Im übrigen kann die

Kündigung auch schon unter Beobachtung der Vorschrift in § 565 Abs 1 Satz 1 vor Ablauf des ersten Jahres für dessen Schluß geschehen (RG 28. 5. 07 III 452/06).

4. War die Schriftform verabredet, so ist § 566 nicht anzuwenden, vielmehr kommt bei deren Unterlassung § 125 Satz 2, § 154 Abs 2 zur Anwendung; es ist also im Zweifel Nichtigkeit oder Nichtvollendung des Vertragsabschlusses anzunehmen (RG JW 08 S. 105[9], 446[6]; 1912, 389[8]; RG Warn 09 Nr 82; RG LZ 1916, 1293[9]; OLG 33, 312, 313; 39, 176). Dies gilt insbesondere auch dann, wenn nach der Vereinbarung eine Partei den schriftlichen Mietvertrag binnen bestimmter Frist unterschreiben sollte, aber erst nach Ablauf dieser Frist unterschrieben hat (RG Gruch 52, 927).

§ 567

Wird ein Mietvertrag für eine längere Zeit als dreißig Jahre geschlossen¹), so kann nach dreißig Jahren jeder Teil das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen²). Die Kündigung ist unzulässig, wenn der Vertrag für die Lebenszeit des Vermieters oder des Mieters geschlossen ist³).

E I 523 II 508; M 2 413; P 2 217.

1. **Für längere Zeit als dreißig Jahre.** Diese Voraussetzung trifft auch dann zu, wenn bei einem auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Mietvertrage für beide Teile oder für einen Teil die Kündigung ausgeschlossen ist. § 567 greift aber nicht Platz, wenn nach dem Vertrage beiden Parteien unbenommen bleibt, mit gesetzlicher Frist zu kündigen und nur die kündigende Partei der andern zu einer Entschädigung verpflichtet ist, die an sich nicht unmöglich ist, auch keine übermäßige wirtschaftliche Erschwerung für den Kündigenden enthält, also nicht auf eine Umgehung des § 567 hinausläuft (RG 73, 341). — Mietverträge, die für mehr als dreißig Jahre oder für unbestimmte Zeit abgeschlossen sind, können (was nach dem Vertragsinhalt und den Umständen des Falles zu prüfen ist) den guten Sitten zuwiderlaufen und deshalb nichtig sein (§ 138). Der Umstand allein, daß die Kündigung des Vermieters dauernd ausgeschlossen sein soll, macht aber den Mietvertrag noch nicht sittenwidrig (RG Gruch 59, 469). Entsprechende Anwendung des § 567 bei einer der Zeitdauer nach nicht bestimmten unentgeltlichen Überlassung des Besitzes und Genusses eines Grundstücks, z. B. zum Zwecke der Ausstattung eines Kindes (RG 13. 12. 16 V 262/16). — Anwendung des § 567 auf Pachtverträge s. RG Warn 1915 Nr 167.

2. **Die Zulässigkeit der Kündigung nach dreißig Jahren** soll im wesentlichen die Erbmiete und ähnliche Verhältnisse ausschließen, enthält mithin **zwingendes Recht,** ist aber auf die vor dem 1. 1. 00 begründeten Miet- und Pachtverhältnisse nicht (auch nicht entsprechend) anzuwenden (RG 66, 216; 95, 108). Kündigungsfrist § 565 Abs 4 in Verb. mit Abs 1 Satz 1, Abs 2.

3. Die Vorschrift des Satz 2 gilt nicht für juristische Personen.

§ 568

Wird nach dem Ablaufe der Mietzeit der Gebrauch der Sache von dem Mieter fortgesetzt, so gilt das Mietverhältnis als auf unbestimmte Zeit verlängert¹), sofern nicht der Vermieter oder der Mieter seinen entgegenstehenden Willen binnen einer Frist von zwei Wochen dem anderen Teile gegenüber erklärt²). Die Frist beginnt für den Mieter mit der Fortsetzung des Gebrauchs, für den Vermieter mit dem Zeitpunkt, in welchem er von der Fortsetzung Kenntnis erlangt³).

E II 509; M 2 413 ff.; P 2 217 ff.

1. **Die stillschweigende Verlängerung** des Mietverhältnisses kann sowohl bei Ablauf der im voraus bestimmten Vertragsdauer, als bei der durch Kündigung herbeigeführten Beendigung des Mietverhältnisses eintreten (M 2, 413; OLG 7, 18). Sie geschieht bei unterbleibendem Widerspruch auf unbestimmte Zeit (§§ 564 Abs 2, 565), setzt aber Geschäftsfähigkeit der Mietparteien voraus. Das ursprüngliche Vertragsverhältnis, insbesondere das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters (OLG 4, 42), bleibt also — abgesehen von der Zeitdauer — fortbestehen.

2. Als eine der Verlängerung des bisherigen Mietverhältnisses **entgegenstehende Willenserklärung** ist auch die Forderung eines höheren Mietzinses durch den Vermieter anzusehen (OLG 36, 65). Für die Entschädigung des Vermieters bei Nichtrückgabe der gemieteten Sache ohne stillschweigende Verlängerung des Mietverhältnisses gilt § 557.

3. Hiernach trifft die sich auf die Verlängerung berufende Partei die **Beweislast** dafür,

daß nach dem Ablaufe der Mietzeit der Gebrauch vom Mieter fortgesetzt worden sei. Gegenbeweis des widersprechenden Mieters dahin, daß er vor Ablauf von zwei Wochen, von der Fortsetzung ab, widersprochen habe, Gegenbeweis des widersprechenden Vermieters dahin, daß er binnen zwei Wochen nach erlangter Kenntnis, deren Zeitpunkt er ebenfalls darzutun hat, widersprochen habe.

§ 569

[1]) Stirbt der Mieter, so ist sowohl der Erbe als der Vermieter berechtigt, das Mietverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist zu kündigen[2]). Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist[3])[4]).

E I 526 II 510; M 2 416; P 2 218 ff., 251.

1. Die §§ 569, 570 behandeln neben den §§ 549, 567 zwei weitere Fälle der **vorzeitigen Kündigung** mit gesetzlicher Frist. Die Vorschriften des § 569 sind nicht zwingend, können vielmehr durch Vereinbarung der den Mietvertrag abschließenden Parteien ausgeschlossen oder inhaltlich geändert werden (**RG** 74, 37). — Über das im voraus nicht verzichtbare Kündigungsrecht, das den Hinterbliebenen von Kriegsteilnehmern auch bei einer vom § 569 abweichenden Vereinbarung zusteht, s. BRV v. 7. 10. 15, RGBl 642 (nicht anwendbar auf Pachtverhältnisse, **RG** 89, 116). — Über die Anrufung des Mieteinigungsamtes (einer anderen dazu bestimmten Stelle oder des Amtsgerichts) durch den Mieter bei Kündigung des Vermieters und über das Erfordernis einer vorherigen Zustimmung des Einigungsamtes zu Kündigungen des Vermieters bei Miete von Wohnräumen, Läden und Werkstätten s. BRV zum Schutze der Mieter v. 23. 9. 18 und oben § 553 A 1.

2. Das Kündigungsrecht beim Tode des Mieters (auch durch Selbstmord) kommt sowohl bei beweglichen als bei unbeweglichen Sachen zur Anwendung (OLG 7, 464) und ist namentlich dann von Bedeutung, wenn die auf einen bestimmten Zeitraum vereinbarte Dauer des Mietverhältnisses oder die vereinbarte Kündigungsfrist länger als die gesetzliche Kündigungsfrist ist, die im Falle des § 569 an deren Stelle tritt. Sind mehrere Miterben vorhanden, so muß die Kündigung von allen oder an alle erfolgen. Gegebenenfalls ist der Testamentsvollstrecker (Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter), nicht der Erbe zur Kündigung berechtigt (§ 2211; **RG** 74, 37). Haben mehrere zusammen gemietet, so die Ehefrau mit dem Ehemann oder mehrere an einem Erwerbsgeschäft beteiligte Personen, so ist aus der Einheit und Unteilbarkeit des Mietverhältnisses nicht zu folgern, daß beim Tode des einen Mieters eine Kündigung nach § 569 ausgeschlossen sei. Vielmehr ist nach den Umständen des Falles unter Beachtung des dem § 569 zugrunde liegenden Rechtsgedankens und der besonderen Natur des unter den Vertragsteilen und vor allem auch des unter den Mietern bestehenden Rechtsverhältnisses zu entscheiden, ob das nur einheitlich zu lösende Mietverhältnis vom Erben des verstorbenen Mieters, vom überlebenden Mieter und vom Vermieter mit Wirkung für alle Beteiligten gekündigt werden kann (**RG** 90, 328, anders herrschende Meinung). Vgl. auch OLG 33, 317 und § 2 BRV v. 7. 10. 15 (A 1). Eines urkundlichen Nachweises der Erbeneigenschaft bedarf es zur wirksamen Ausübung des Kündigungsrechtes nicht (JW. 1918, 517; a. M. OLG 28, 154). Über die Rechtmäßigkeit der Kündigung entscheidet im Streitfalle das Gericht. Über das Widerspruchsverfahren im Falle der BRV v. 7. 10. 15 (A 1) s. dort § 3. — § 569 gilt auch für Pachtverhältnisse; jedoch kann der Verpächter nicht kündigen (§ 596 Abs 2).

3. Kündigungstermin. § 565 Abs 4 in Verbindung mit Abs 1 Satz 1, Abs 2, bei Grundstücken also nur für den Schluß des Kalendervierteljahrs, auch wenn der Mietzins nach Monaten bemessen ist. Der erste zulässige Termin ist aber nicht auf Grund einer abstrakten Berechnung zu ermitteln, vielmehr nach der tatsächlichen Möglichkeit der Kündigung zu bestimmen. Stirbt z. B. der Mieter am 1. Oktober und wird sein Testament, in dem ein Testamentsvollstrecker ernannt ist, erst einige Zeit später eröffnet, so ist als der erste Kündigungstermin nicht der 31. Dezember des laufenden Jahres anzusehen, sondern es kann noch auf den 31. März des nächsten Jahres (§ 565 Abs 1 Satz 1) gekündigt werden (**RG** 74, 35, auch OLG 20, 117). Unter Umständen dürfen die (minderjährigen oder abwesenden und nicht vertretenen) Erben des Mieters bei tatsächlicher Unmöglichkeit einer rechtzeitigen Kündigung das Kündigungsrecht noch zum folgenden Termin ausüben; SeuffA 64 Nr 188 (str.).

4. Der Tod des Vermieters ist auf den Fortbestand des Mietverhältnisses ohne Einfluß.

§ 570

Militärpersonen, Beamte, Geistliche und Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten können im Falle der Versetzung[1]) nach einem anderen Orte das

Mietverhältnis in Ansehung der Räume, welche sie für sich oder ihre Familie an dem bisherigen Garnison- oder Wohnorte gemietet haben, unter Einhaltung der gesetzlichen Frist kündigen²). Die Kündigung kann nur für den ersten Termin erfolgen, für den sie zulässig ist.

E I 527 II 511; M 2 416, 417; P 2 227.

1. **Das den Militärpersonen, Beamten, Geistlichen und Lehrern an öffentlichen Unterrichtsanstalten** (vgl. § 411; auch den akademischen Lehrern) **im Falle der Versetzung zustehende** (übrigens vertragsmäßig ausschließbare) **Kündigungsrecht** steht auch ihren Ehefrauen als Mitmietern für die erwähnten Räume zu, greift aber nicht Platz bei einer Neuanstellung oder bei einer lediglich auf dem freien Willen dieser Personen beruhenden Stellungs- und Wohnortsänderung, auch nicht beim Verluste der Stellung, wie bei Versetzung in den Ruhestand, wohl aber dann, wenn die Versetzung auf Antrag oder mit Zustimmung des Berechtigten geschieht (vgl. RG 21, 283; OLG 11, 316; 36, 114 Note 1). Die Kündigungsbefugnis tritt nur ein bei Versetzung nach einem anderen Orte, für Militärpersonen nur bei Veränderung des Garnisonsortes (JW 1916, 977⁸), besteht aber auch bei Rückversetzungen solcher Art, daß der Beamte schließlich am bisherigen Orte wohnen bleibt, ohne seine Wohnung verlegt zu haben (RG JW 16, 261⁷). Die Kündigungsbefugnis setzt ferner voraus, daß die Versetzung nicht nur in Aussicht genommen (OLG 36, 114 Note 1), sondern schon als amtliche Maßregel beschlossen und dem Beamten mitgeteilt worden ist. Jedoch kann die förmliche Ausfertigung der Versetzungsverfügung und ihre Behändigung an den Beamten nachfolgen (OLG 28, 155; SeuffA 69 Nr 97). — Über vertragsmäßige Kündigung bei „Versetzung" eines kaufmännischen Angestellten s. RG Warn 1915 Nr 282. — Das Kündigungsrecht gilt nicht nur für die Wohnung, sondern für alle Räume, die der Versetzte für seinen oder seiner Familie Bedarf gemietet hat, z. B. auch für eine gemietete Stallung. — Für Pachtverhältnisse gilt § 570 nicht (§ 596 Abs 3).

2. **Gesetzliche Kündigungsfrist nach § 565.** Die Vorschrift beruht nicht auf der Berücksichtigung der mutmaßlichen Willensmeinung der Parteien beim Vertragsabschlusse, sondern auf dem öffentlichen Interesse, welches darauf abzielt, für den Beamten sowohl als für die beteiligte öffentliche Behörde den mit der Versetzung verbundenen Aufwand möglichst zu mindern und die Versetzung überhaupt zu erleichtern. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint die Vorschrift auch dann anwendbar, wenn die — für das Kündigungsrecht maßgebende — Stellung, aus welcher die Versetzung erfolgt, nicht schon zur Zeit des Vertragsabschlusses, sondern erst zur Zeit der Kündigung bestanden hat, eine Auffassung, mit welcher der Wortlaut und die Entstehungsgeschichte des § 570 im Einklange stehen. (So auch JW 06, 615; OLG 12, 373; Planck § 570 A 3c; a. M. Staudinger § 570 V; Mittelstein § 73 Nr 9; RG JW 03 Beil 148³²¹). Die Kündigungsbefugnis wird dem Beamten usw. auch dann zuzugestehen sein, wenn die Versetzung aus dem Dienste eines deutschen Staates in denjenigen eines andern deutschen Staates oder in den Reichsdienst erfolgt, nicht aber dann, wenn ein deutscher Beamter in den Dienst eines auswärtigen Staates übertritt, also z. B. ein deutscher Professor an eine Schweizer Universität berufen wird; denn nur den öffentlichen Dienstverhältnissen des Inlandes soll durch obige Vorschrift eine Erleichterung zuteil werden.

§ 571

¹) **Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert²), so tritt der Erwerber an Stelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Verpflichtungen ein³).**

Erfüllt der Erwerber die Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermieter für den von dem Erwerber zu ersetzenden Schaden wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat⁴). Erlangt der Mieter von dem Übergange des Eigentums durch Mitteilung des Vermieters Kenntnis, so wird der Vermieter von der Haftung befreit, wenn nicht der Mieter das Mietverhältnis für den ersten Termin kündigt, für den die Kündigung zulässig ist⁵)⁶).

E I 509 II 512; M 2 380—390; P 2 134, 137, 169.

1. **Allgemeines.** Die nachstehenden (nicht zwingenden) Vorschriften der §§ 571—579, welche die Regel **„Kauf bricht nicht Miete"** ausgestalten, gelten auch für die Pacht. Sie finden entsprechende Anwendung: a) unbeschränkte, wenn ein Erbbauberechtigter vermietet und darauf sein Recht veräußert hat (§ 1017, jetzt VO über das Erbbaurecht

vom 15. 1. 19 RGBl 72 §§ 11, 38); b) mit Ausnahme von § 573 Satz 2 und § 578, wenn der Nießbraucher (§ 1056) ein seinem Nießbrauch unterworfenes Grundstück, der Ehemann als Verwalter und Nutznießer ein von der Ehefrau eingebrachtes Grundstück (§§ 1423, 1546 Abs 3, § 1550), der Vater das seiner Nutznießung unterworfene Grundstück der Kinder (§ 1663), der Vorerbe ein zur Erbschaft gehöriges und darauf an einen Nacherben fallendes Grundstück (§ 2135) über die Dauer seines Rechtes hinaus vermietet oder verpachtet, mit der Abweichung, daß in allen diesen unter b aufgeführten Fällen der an die Stelle des Vermieters oder Verpächters tretende anderweit Berechtigte das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen, nicht der im Mietvertrag bestimmten Kündigungsfrist kündigen kann (§ 1026 Abs 2 und A 1—3; s. § 541 A 1; § 1059 A 1).

2. **Voraussetzung** für die Anwendung des hier ausgesprochenen Grundsatzes „Kauf bricht nicht Miete" ist: a) **Veräußerung** (Kauf, Tausch, Schenkung, Vermächtnis) **eines Grundstücks**, auf Grund deren das Eigentum vom Vermieter an einen Dritten übergegangen ist (**RG** 59, 188; 68, 12; 78, 36; 84, 411). Die §§ 571 ff. sind entsprechend anzuwenden bei Aufgabe des Eigentums nach § 928 (OLG 27, 160). Auf Wohnräume und andere Räume in Gebäuden finden sie Anwendung, wenn der Vermieter das Grundstück veräußert (§ 580). Der Mieter einer beweglichen Sache, deren Erwerber nicht in das Mietverhältnis eintritt, ist schon dadurch geschützt, daß er als deren Besitzer die zum Eigentumsübergang erforderliche Übergabe hindern und auch einem auf § 931 gestützten Herausgabeanspruche des neuen Erwerbers die ihm gegen den ursprünglichen Vermieter zustehende Einrede entgegensetzen kann (§ 986 Abs 2). b) Weitere Voraussetzung ist, daß **dem Mieter** das vermietete Grundstück zur Zeit der Veräußerung **bereits überlassen**, d. h. zum Besitz übergeben war (sonst nur § 578; vgl. auch BayObLGZ 10, 280, 288), welche Überlassung auch bei einer zwischen Vermieter und Mieter vor der Veräußerung vereinbarten Verlängerung ihres Vertragsverhältnisses fortwirkt (**RG** 19. 5. 03 III 28/03; auch OLG 7, 21; 11, 144). Handlungen des Pächters, die nicht als Ausfluß seines Besitzes (oder Mitbesitzes) an dem gepachteten Grundstück erscheinen, wie z. B. bei Verpachtung zur Ausbeutung eines Braunkohlenlagers nur vorläufige Bohrungen, durch die erst bestimmt werden soll, welche Teile des Grundstücks zum Zwecke der Ausbeutung in Besitz genommen werden sollen, rechtfertigen nicht die Annahme einer Überlassung des Grundstücks im Sinne des § 571 (**RG** JW 1919, 379[6]). Der Umstand, daß der Mieter zur Zeit der Veräußerung nicht mehr im Besitze des Grundstücks ist, steht ihm regelmäßig nur dann entgegen, wenn er den Besitz dem Vermieter überlassen hat. Dagegen ist der Erwerber eines Grundstücks, auf welchem vom Vorbesitzer die Jagd verpachtet war, an diesen Vertrag, der sich nicht auf das Grundstück, sondern auf das Jagdrecht bezieht, nicht gebunden und kann dem Jagdpächter, der sich nicht im Besitze des Grundstücks befindet, die Ausübung der Jagd verbieten (**RG** 70, 70; 98, 101; OLG 12, 382). Ebenso für die Verpachtung der Fischerei in einem öffentlichen Flusse durch den fischereiberechtigten Nichteigentümer SeuffA 60 Nr 29; anders für die Verpachtung der Fischerei in geschlossenen Privatgewässern, OLG 38, 93 (Grundstückspacht; vgl. auch preuß. FischereiGes v. 11. 5. 16 § 29). — Nur der im Besitze des Grundstücks befindliche Mieter oder Pächter hat bei der Enteignung einen Entschädigungsanspruch gegen den Unternehmer nach § 11 des preuß. Enteignungsgesetzes v. 11. 6. 74 (**RG** 74, 367).

3. **Eintritt des Erwerbers in das Mietverhältnis**, insbesondere a) in die von der Zeit seines Erwerbs ab sich ergebenden, mit dem Grundstückseigentum verbundenen **Rechte**, und zwar kraft selbständigen Rechtes, als Zubehör seines Eigentums (Zustandsobligation), nicht als Rechtsnachfolger des Vermieters (**RG** 59, 188; 68, 12), so daß ihm die gegen den Vermieter in der Zeit nach dem Eigentumsübergang begründeten Einreden nicht entgegengesetzt werden können. Er erlangt also, abgesehen von den in §§ 573, 574 aufgeführten Ausnahmen, den Anspruch auf den von der Zeit seines Eigentumserwerbs ab fällig werdenden Mietzins, auf den von der Zeit seines Vorbesitzers her rückständigen aber nur, wenn er ihm abgetreten ist (vgl. **RG** 55, 293). Immerhin kann er den auf die Besitzdauer des Rechtsvorgängers entfallenden, aber erst nach der Veräußerung fällig gewordenen Mietzins vom Mieter mit einfordern und zum entsprechenden Teile an den früheren Vermieter aushändigen. Der Anspruch auf den Miet- oder Pachtzins steht dem Erwerber aber nur nach Maßgabe des Miet- oder Pachtvertrags zu. Ist nach diesem der Zins in einem Betrage voraus zu bezahlen und auch voraus bezahlt worden, so hat der Erwerber keinen Anspruch an den Mieter oder Pächter, ist vielmehr auf den Rückgriff gegen seinen Rechtsvorgänger nach Maßgabe des Veräußerungsvertrags beschränkt (**RG** 94, 279; vgl. § 573 A 1). Die Rechte gehen auf den Erwerber auch dann über, wenn der Mieter von der Veräußerung nichts weiß. Der Vermieter kann daher den Mieter nicht mehr durch Mahnung in Verzug setzen. Der Mieter kann aber wirksam den Mietzins an ihn bezahlen (§ 574). Er muß es sogar tun, wenn die Zahlungszeit nach dem Kalender bestimmt ist, der Verzug also ohne Mahnung eintritt (§ 284 Abs 2 Satz 1); sonst kann der Erwerber die Verzugsfolgen gegen ihn geltend machen (**RG** 98, 88). Der Erwerber erlangt von dem gedachten Zeitpunkt

ab auch das gesetzliche Pfandrecht (§§ 559 ff.) an den eingebrachten Sachen des Mieters. Doch bleibt daneben das Pfandrecht des Vorbesitzers (Vermieters) wegen des aus dessen Zeit rückständigen Mietzinses, und zwar, da jedes Pfandrecht von der Zeit der Einbringung der Sachen ab datiert, zu gleichem Rechte bestehen (Prot 2, 211). Recht an einer Sicherheit s. § 572. Der Erwerber erlangt auch das Recht auf Anfechtung eines über die Art der Rückgewähr des Pachtgrundstücks mit dem Pächter abgeschlossenen Vertrages (RG 29. 4. 18 IV 79/18). Dagegen geht das Recht aus einem von dem ursprünglichen Vermieter dem Mieter auferlegten, aus dem Mietvertrage selbst aber sich nicht unmittelbar ergebenden Wettbewerbsverbot (z. B. bei 5000 Mark Strafe nach Beendigung des Mietverhältnisses kein anderes Weingeschäft zu betreiben) auf den Käufer nicht über (RG JW 06, 58[10]). Wird das Grundstück an mehrere Personen veräußert, so stehen diese in ihrer Gesamtheit an Stelle des Vermieters dem Mieter gegenüber, namentlich in betreff der Kündigung und der Empfangnahme des Mietzinses (vgl. § 535 A 3). b) Eintritt des Erwerbers in die von der Zeit seines Eigentumserwerbs ab aus dem Mietverhältnisse entstehenden **Verpflichtungen,** die gleich einer Reallast als auf dem Grundstücke haftend angesehen werden und ebenso wie die Mietrechte mit dem Grundstücke auf ihn übergehen. Der Erwerber tritt, unbeschadet seines Rückgriffs gegen seinen Rechtsvorgänger nach Maßgabe des Veräußerungsvertrages (RG LZ 1915, 1148[13]; SeuffA 73 Nr 117), in diese Verpflichtungen, auch in die auf nachträglicher Änderung des Mietvertrags aus der Zeit des Vorbesitzers beruhenden (OLG 7, 20), ohne Rücksicht darauf ein, ob er beim Vertragsabschlusse Kenntnis davon hatte, so insbesondere in die Verpflichtung zur Gewährung des Gebrauchs und zur Haftung für Fehler und Mängel, auch für besondere Zusagen des früheren Vermieters. Er haftet dafür nicht nur mit dem Grundstücke, sondern mit seinem ganzen Vermögen. Dagegen hat er nicht für die zur Zeit seines Vorbesitzers bereits begründeten besonderen Verpflichtungen des Vermieters einzustehen, insbesondere nicht für diejenigen zur Leistung von Schadensersatz, mag auch der zu ersetzende Schaden erst später eingetreten sein (RG JW 05, 487[6]). Ist dem Mieter im Mietvertrage oder in einer anderen vor dem Übergang des Grundstücks auf den Erwerber getroffenen Vereinbarung das Recht eingeräumt worden, durch einseitige Erklärung das Mietverhältnis über seine ursprüngliche Dauer hinaus zu verlängern, so muß der Erwerber die Verlängerungserklärung auch dann gegen sich gelten lassen, wenn sie erst nach dem Erwerb des Grundstücks stattgefunden hat (RG Gruch 58, 945).

4. Haftung des früheren Vermieters. Er steht nach dem Eigentumsübergange dem Mieter nicht mehr als Vertragspartei gegenüber. Erfüllt aber der Erwerber die ihm obliegenden Verpflichtungen nicht, so haftet für den deshalb dem Mieter zu ersetzenden Schaden neben dem Erwerber auch der Vermieter **wie ein Bürge,** der auf die Einrede der Vorausklage verzichtet hat (§§ 767ff., 773 Nr 1). Da aber nach Abs 1 der Erwerber nur in die während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnisse sich ergebenden Rechte und Pflichten eintritt, so scheidet auch der Vermieter nur für diese Dauer aus der unmittelbaren Haftung gegenüber dem Mieter aus. Die Verpflichtung, den Mietvertrag darüber hinaus während der ganzen vereinbarten Vertragsdauer auszuhalten, geht nicht auf den Erwerber über. Unmittelbare Haftung des Vermieters gegenüber dem Mieter tritt daher ein, wenn der infolge einer späteren Zwangsversteigerung des Grundstücks an seine Stelle tretende Ersteher, der an die Einhaltung der vertragsmäßigen Kündigungsfrist nicht gebunden ist, in Ausübung seines gesetzlichen Kündigungsrechts (ZVG §§ 57, 57a), den Mieter vor Ablauf der bedungenen Vertragsdauer zum Auszuge zwingt (RG 63, 66; RG Gruch 60, 853). Das gleiche gilt für eine von dem Konkursverwalter vorgenommene freiwillige Veräußerung des von dem Gemeinschuldner vermieteten oder verpachteten Grundstücks (KO § 21 Abs 3). Anders im Falle der Untermiete s. § 549 A 6c.

5. Befreiung von solcher Mithaftung als Bürge dadurch, daß der Vermieter (nicht der Erwerber) dem Mieter von dem Eigentumsübergange Mitteilung macht. Kündigt dann der Mieter das Mietverhältnis nicht für den ersten Termin, für den die Kündigung zulässig ist, so hört von diesem Termine ab die Haftung des Vermieters auf, so daß er nur für die bis dahin begründeten Schadensersatzansprüche des Mieters einzustehen hat. Der Vermieter wird aber schon vor diesem Termine frei, wenn der Erwerber vorher mit dem Mieter ein neues Vertragsverhältnis eingegangen ist.

6. Für die rechtliche Stellung des Mieters im Falle der **Zwangsvollstreckung** (Zwangsversteigerung) **in das Mietgrundstück** kommen die nachstehenden Vorschriften des ZVG v. 24. 3. 97: § 9 Abs 2, § 21 Abs 2, §§ 24, 57, 57a, 57b, 152, 183, sowie auch § 21 KO in Betracht. Aus diesen sind namentlich die Vorschriften der §§ 57, 57a ZVG hervorzuheben, wonach auf den Ersteher in einer Zwangsversteigerung dann, wenn das Grundstück vorher einem Mieter oder Pächter überlassen worden ist, die Vorschriften in §§ 571, 572, 573 Satz 1, sowie in §§ 574, 575 BGB entsprechende Anwendung finden, der Ersteher aber berechtigt ist, das Miet- oder Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist für den ersten Termin, für den dies zulässig ist, zu kündigen, in welchem Falle der

Vermieter dem Mieter schadensersatzpflichtig wird (A 4; vgl. auch OLG 33, 297: Anfechtung eines Mietvertrags wegen Verschweigens des bevorstehenden Zwangsverkaufs). Als der erste Termin, für den die Kündigung zulässig ist, kann im Sinne des ZVG § 57 nur derjenige erste zulässige Termin angesehen werden, für den der Ersteher die Kündigung nicht ohne Verschulden unterlassen darf. Ob dies zutrifft, ist nicht nach allgemeinen Grundsätzen, sondern nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurteilen (RG 26. 3. 20 III 388/19). Gemäß § 571 erlangt der an die Stelle des ursprünglichen Vermieters tretende Ersteher dem Mieter gegenüber nicht nur den Anspruch des Vermieters auf den eigentlichen Mietzins, sondern auch auf die sonstigen Gegenleistungen, die vom Mieter für den Gebrauch der Mietsache dem Vermieter gegenüber übernommen worden sind, wie z. B. darauf, daß der Mieter eine ihm an dem Mietgrundstück zustehende Hypothek nicht kündige, solange er die Mieträume unter den im Vertrage festgesetzten Bedingungen in Benutzung habe (RG 71, 404). — War dagegen das Grundstück dem Mieter beim Zuschlage noch nicht überlassen, so ist er nicht als Beteiligter nach ZVG § 9 Nr 2 anzusehen. Auch findet in diesem Falle keine entsprechende Anwendung der angeführten Vorschriften statt. Über die Verhältnisse bei freiwilligem und Zwangsverkauf eines bereits vor dem 1. 1. 00 vermieteten oder verpachteten Grundstücks s. o. Vorbem 7b vor § 535. Über die Pfändung von Mietzinsforderungen s. ZPO § 829, sowie über deren Beschlagnahme im Wege der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen ZVG § 21 Abs 2, § 148 Abs 1, § 152 und BGB §§ 1123, 1124.

Im Falle der Enteignung bleiben für das zwischen dem Enteigneten und seinem Mieter zur Zeit der Enteignung bestehende Verhältnis nach Art 109 EG die einschlagenden Landesgesetze maßgebend. Wenn die als ein Fall höherer Gewalt zu betrachtende Enteignung sich auf das ganze vermietete Grundstück erstreckt, so geht von deren Durchführung ab mit dem Eigentum des Vermieters auch das Gebrauchsrecht des Mieters oder Pächters zu Ende; dafür erwächst ihnen ein Entschädigungsanspruch, der, je nach dem Inhalte der betr. Landesgesetze, entweder unmittelbar gegen den Unternehmer im Enteignungsverfahren oder gegen den Vermieter, dem für den Wegfall dieser Rechte zunächst vom Unternehmer Ersatz zu leisten ist, verfolgt werden kann (vgl. RG 29, 273; Gruch 50, 1217).

§ 572

Hat der Mieter des veräußerten Grundstücks dem Vermieter für die Erfüllung seiner Verpflichtungen Sicherheit geleistet, so tritt der Erwerber in die dadurch begründeten Rechte ein[1]). Zur Rückgewähr der Sicherheit ist er nur verpflichtet, wenn sie ihm ausgehändigt wird oder wenn er dem Vermieter gegenüber die Verpflichtung zur Rückgewähr übernimmt[2]).

E II 513 III 565; P 2 260 ff.

1. **Das Recht an der Sicherheit** (§§ 232 ff., 562), das namentlich bei der Pacht Bedeutung gewinnt, gehört mit zu den Rechten aus dem Vertragsverhältnis, in die der Erwerber eintritt. Der letztere kann daher von dem Vermieter die Aushändigung der Sicherheit verlangen, soweit sie diesem nicht für ihm etwa verbliebene Mietzinsforderungen noch haftet. Der Erwerber ist zu diesem Verlangen, von besonderen Ausnahmefällen abgesehen, insbesondere auch dann berechtigt, wenn die Sicherstellung durch Hingabe einer Geldsumme gegen Verzinsung zur freien Verfügung des Verpächters geschehen war (RG Gruch 49, 908). Über die zu bejahende Frage, ob und inwieweit der Mieter (Pächter) vom Vermieter (Verpächter) die Aushändigung der Kaution an den derzeitigen Eigentümer des Miet- oder Pachtgrundstücks verlangen kann, s. RG 53, 251. Als Sicherheitsleistung kommt namentlich auch die Bürgschaftsstellung in Betracht. Dagegen spricht nicht Satz 2 Halbsatz 1; denn hier wird nichts weiter gesagt, als daß, wenn die Sicherheit in zur Aushändigung sich eignenden Werten geleistet wurde, der Erwerber zur Rückgewähr nur verpflichtet ist, falls ihm die Sicherheit ausgehändigt worden ist (RG Warn 1913 Nr 286). Im übrigen vgl. zu § 571, insbesondere für den Fall der Zwangsversteigerung A 6 dort.

2. Zur Bestellung einer neuen Sicherheit ist der Mieter dem Erwerber auch dann nicht verpflichtet, wenn diesem die ursprünglich bestellte Sicherheit vom Vermieter nicht ausgehändigt wurde.

§ 573

[1]) Eine Verfügung, die der Vermieter vor dem Übergange des Eigentums über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers entfallenden Mietzins getroffen hat, ist insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Überganges des Eigentums laufende Kalendervierteljahr bezieht;

erfolgt der Übergang des Eigentums innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so ist die Verfügung auch insoweit wirksam. als sie sich auf den Mietzins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Eine Verfügung über den Mietzins für eine spätere Zeit muß der Erwerber gegen sich gelten lassen, wenn er sie zur Zeit des Überganges des Eigentums kennt²)³).

E II 514 III 566; P 2 144 ff. — Ges. v. 8. 6. 15 (RGBl 327). Entw. m. Begründung (RTB Bd 315 Anlage Nr 71).

1. §§ 573—575 enthalten teils im Interesse des Vermieters, teils zum Schutze des Mieters **Ausnahmen** von dem in § 571 aufgestellten Grundsatze, daß der Erwerber vom Eigentumsübergange ab ein selbständiges Recht auf den Mietzins erhält, und von der damit gegebenen Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungsfreiheit der Vertragsteile. Ihr Anwendungsgebiet muß daher in der nämlichen Weise begrenzt werden wie das der Regelvorschrift und erstreckt sich nicht auf solche Vorauserhebungen und Vorauszahlungen von Mietzins, die in Übereinstimmung mit dem Mietvertrage geschehen. Unter dieser letzteren Voraussetzung muß der Erwerber auch die einmalige Vorauszahlung des Miet- oder Pachtzinses für das ganze Miet- oder Pachtverhältnis gegen sich gelten lassen (**RG** 94, 279). — Die Fassung der §§ 573, 574 beruht auf dem Gesetz vom 8. 6. 15 (RGBl. 327), das im Interesse des Grundkredits die Verfügungen über Miet- und Pachtzinsforderungen gegenüber dem bisherigen Recht durch Änderung von ZVG § 57 (jetzt §§ 57, 57a, 57b), BGB §§ 573, 574, 1123, 1124, KO § 21 einschränkt (Art. 1—3). § 573 Satz 1 lautete bisher: „Eine Verfügung, die der Vermieter vor dem Übergange des Eigentums über den auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbes entfallenden Mietzins getroffen hat, ist insoweit wirksam, als sie sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Überganges des Eigentums laufende und das folgende Kalendervierteljahr bezieht." § 574 Satz 1 lautete bisher: „Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter und dem Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommen wird, insbesondere die Entrichtung des Mietzinses, ist dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr, in welchem der Mieter von dem Übergange des Eigentums Kenntnis erlangt, und das folgende Vierteljahr bezieht." § 573 Satz 2 und § 574 Satz 2 wurden nicht geändert. Nach dem neuen Gesetze beschränkt sich die Wirksamkeit der fraglichen Verfügungen und Rechtsgeschäfte in der Regel auf den Mietzins für das im maßgebenden Zeitpunkt laufende Kalendervierteljahr und erstreckt sich nur ausnahmsweise auf die Mietzinsen des folgenden Vierteljahrs. Das Gesetz trat am 20. Juni 1915 in Kraft (Art. 6). Ausführungsbestimmungen s. PrJMBl 1915, 58; BayJMBl 1915, 116. Für die Übergangszeit sind in Art. 4 u. 5 besondere Bestimmungen getroffen; dazu OLG 34, 209; SeuffA 71 Nr 247; JW 1916, 867⁴, 1037¹, 1292³, 1547⁴.

2. **Verfügungen des Vermieters über den Mietzins,** wie Abtretung, Verpfändung, aber auch ein Geschäft mit dem Mieter, das eine Verfügung über den Mietzins enthält, wie eine Zahlung, Stundung, ein Erlaßvertrag, sind, wenn vor dem Übergange des Eigentums, sei es auch nach dem Abschluß des Veräußerungsvertrags, getroffen, wirksam: a) soweit sie sich auf den Mietzins für das zur Zeit des Eigentumsübergangs laufende Kalendervierteljahr beziehen, und falls der Übergang des Eigentums innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs (d. h. innerhalb der letzten fünfzehn Tage des letzten Vierteljahrsmonats, vgl. § 189 Abs 1 — streitig, a. M. z. B. Enneccerus II 1 § 135 Anm 32) stattfindet, auch bezüglich des Mietzinses für das folgende Kalendervierteljahr, b) bezüglich des Mietzinses für eine spätere Zeit dann, wenn der Erwerber die Verfügung zur Zeit des Eigentumsübergangs kennt. Der Mieter kann sich also vor doppelter Zahlung der über das laufende und gegebenenfalls über das folgende Kalendervierteljahr hinausgehenden Mietzinsraten dadurch schützen, daß er den Erwerber vor dem Erwerbe von der darüber erfolgten Vorausverfügung des Vermieters in Kenntnis setzt. Die Vorschrift unter a gilt nicht nur für die vom Vermieter getroffene rechtsgeschäftliche, sondern auch für die von seinem Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung erwirkte Verfügung, also für die Pfändung der Mietzinsbeträge (vgl. § 1124 Abs 2; **RG** 58, 181; 59, 177; 64, 418). Das Pfandrecht an einer laufenden Mietzinsforderung wird aber gegenstandslos, wenn das vermietete Grundstück nicht an einen Dritten (§ 571), sondern an den Mieter aufgelassen wird und damit (§ 564 A 1) das Mietverhältnis endigt (OLG 13, 378; 17, 20; 33, 318). Für den Fall der Zwangsversteigerung gilt die Vorschrift unter a mit dem Unterschiede, daß an Stelle des Eigentumsüberganges die Beschlagnahme des Grundstücks maßgebend ist, und der Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung gleichsteht, wenn sie bis zum Zuschlag fortgedauert hat (ZVG. §§ 57, 57b Abs 1, 2). Für

die Wirksamkeit von Verfügungen des Zwangsverwalters ist aber nicht der Zeitpunkt der Beschlagnahme, sondern der des Eigentumsübergangs, d. h. des Zuschlags, maßgebend (ZVG § 57b Abs 3). Vgl. auch Belehrung für den Mieter oder Pächter, PrJMBl 1915, 116; BayJMBl 1915, 55). Hat der Erwerber von den Vorausverfügungen des Vermieters zur Zeit des Eigentumsübergangs keine Kenntnis, so kann er in der Regel wegen dieser Verfügungen Schadensansprüche gegen den Vermieter erheben. Ob derjenige, dem der Vermieter Mietzinsforderungen wirksam abgetreten hat, Zahlungen an den Erwerber (Ersteher in der Zwangsversteigerung) gegen sich gelten lassen muß, bemißt sich nach § 407 (OLG 34, 99).

3. Auf Verfügungen, die der Vermieter nach dem Übergange des Eigentums getroffen hat, bezieht sich der § 573 nicht; sie haben regelmäßig keine rechtliche Wirksamkeit dem Erwerber gegenüber.

§ 574

[1]) **Ein Rechtsgeschäft, das zwischen dem Mieter und dem Vermieter in Ansehung der Mietzinsforderung vorgenommen wird, insbesondere die Entrichtung des Mietzinses, ist dem Erwerber gegenüber wirksam, soweit es sich nicht auf den Mietzins für eine spätere Zeit als das Kalendervierteljahr bezieht, in welchem der Mieter von dem Übergange des Eigentums Kenntnis erlangt; erlangt der Mieter die Kenntnis innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs, so ist das Rechtsgeschäft auch insoweit wirksam, als es sich auf den Mietzins für das folgende Kalendervierteljahr bezieht. Ein Rechtsgeschäft, das nach dem Übergange des Eigentums vorgenommen wird, ist jedoch unwirksam, wenn der Mieter bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts von dem Übergange des Eigentums Kenntnis hat[2])[3]).**

E II 515 III 567; P 2 144, 253. — Ges. v. 8. 6. 15 (RGBl 327). Entw. m. Begründung (RTV Bd 316 Anlage Nr 71).

1. § 574 enthält eine weitere **Ausnahme** von dem in § 571 aufgestellten Grundsatze. Seine Fassung beruht auf dem Ges. vom 8. 6. 15 (RGBl. 327). Das Nähere s. in § 573 A 1.

2. **Rechtsgeschäfte zwischen Mieter und Vermieter bezüglich des Mietzinses.** a) Bei Rechtsgeschäften dieser Art, wie Vorauszahlung des Mietzinses, Annahme an Zahlungs Statt, Erlaß, Schuldumwandlung, Aufrechnung, mögen sie vor oder nach dem Eigentumsübergange vorgenommen sein, werden die in Frage kommenden Vierteljahre nicht von dem Eigentumsübergange, sondern erst von der Zeit ab berechnet, wo der Mieter von dem Eigentumsübergange Kenntnis erhält, wobei die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts sich in der Regel auf das im maßgebenden Zeitpunkt laufende Kalendervierteljahr beschränkt und nur ausnahmsweise, wenn der Mieter die entscheidende Kenntnis innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs (d. h. innerhalb der letzten fünfzehn Tage des letzten Vierteljahrsmonats, vgl. § 189 Abs 1 — streitig, s. § 573 A 2) erlangt, auch auf den Mietzins des folgenden Kalendervierteljahrs sich erstreckt. b) Rechtsgeschäfte, die nach dem Eigentumsübergange vorgenommen werden, sind unwirksam, wenn der Mieter bei ihrer Vornahme von dem Eigentumsübergange Kenntnis hat, während im übrigen (bei Unkenntnis des Mieters zu dieser Zeit) auch für solche Rechtsgeschäfte die Vorschrift unter a gilt. Dagegen ist für die Bestimmung unter a in dem Falle kein Raum mehr, wenn schon nach dem Mietvertrage der Mietzins für eine längere Zeit, z. B. für ein Jahr, vorauszubezahlen und die erste Rate schon vor dem Eigentumsübergange fällig war (vgl. §§ 1123, 1124). — Für den Fall der Zwangsversteigerung (vgl. § 573 A 2) gilt die Vorschrift unter a mit dem Unterschiede, daß an Stelle der Kenntnis vom Eigentumsübergange die Kenntnis von der Beschlagnahme des Grundstücks maßgebend ist. Mit der Zustellung des die Zwangsversteigerung anordnenden Beschlusses an den Mieter (Pächter) gilt die Beschlagnahme als diesem bekannt. Der Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsversteigerung steht die Beschlagnahme zum Zwecke der Zwangsverwaltung gleich, wenn sie bis zum Zuschlag fortgedauert hat. In diesem Falle gilt mit der Zustellung des Beschlusses, durch den dem Mieter (Pächter) verboten wird, an den Schuldner zu bezahlen, die Beschlagnahme als dem Mieter (Pächter) bekannt (ZVG §§ 57, 57b Abs 1, 2). Auf Rechtsgeschäfte des Zwangsverwalters finden aber diese besonderen Vorschriften keine Anwendung (ZVG § 57b Abs 3). Vgl. auch Belehrung für den Mieter oder Pächter (PrJMBl 1915, 116; BayJMBl 1915, 55).

3. **Beweislast.** Die Kenntnis des Mieters von dem Eigentumsübergange ist im Streitfalle von dem Erwerber als Grundlage seines noch fortbestehenden Mietzinsanspruchs gegen den Mieter zu erweisen.

§ 575

Soweit die Entrichtung des Mietzinses an den Vermieter nach § 574 dem Erwerber gegenüber wirksam ist[1]), kann der Mieter gegen die Mietzinsforderung des Erwerbers eine ihm gegen den Vermieter zustehende Forderung aufrechnen. Die Aufrechnung ist ausgeschlossen, wenn der Mieter die Gegenforderung erworben hat, nachdem er von dem Übergange des Eigentums Kenntnis erlangt hat, oder wenn die Gegenforderung erst nach der Erlangung der Kenntnis und später als der Mietzins fällig geworden ist[2]).

E II 516 III 568; P 2 147.

1. Also in dem Falle, wenn der Erwerber gegen den Mieter Mietzinsforderungen geltend macht, die auf die Zeit von seinem Erwerb ab bis zu erlangter Kenntnis des Mieters vom Eigentumsübergange sowie auf das alsdann laufende Vierteljahr und, wenn der Mieter die entscheidende Kenntnis innerhalb des letzten halben Monats eines Kalendervierteljahrs (§ 574 A 2) erlangt, auch auf das folgende zu entrichten sind.

2. Vgl. die entsprechende Vorschrift in § 406. — Die aufzurechnende Forderung braucht nicht aus dem Mietverhältnis herzurühren, wie sich aus dem allgemeinen Wortlaute des Gesetzes und aus dem Mangel entgegenstehender innerer Gründe ergibt. — Im Falle der Zwangsversteigerung ist auch hier an Stelle der Kenntnis vom Eigentumsübergange die Kenntnis von der Beschlagnahme maßgebend. Vgl. ZVG §§ 57, 57b und oben § 574 A 2.

§ 576

Zeigt der Vermieter dem Mieter an, daß er das Eigentum an dem vermieteten Grundstück auf einen Dritten übertragen habe, so muß er in Ansehung der Mietzinsforderung die angezeigte Übertragung dem Mieter gegenüber gegen sich gelten lassen, auch wenn sie nicht erfolgt oder nicht wirksam ist[1]).

Die Anzeige kann nur mit Zustimmung desjenigen zurückgenommen werden, welcher als der neue Eigentümer bezeichnet worden ist.

E II 517 III 569; P 2 134.

1. Vgl. die entsprechende Vorschrift in § 409. Nach dieser Anzeige, für welche eine besondere Form nicht erforderlich ist, kann also der Mieter den Mietzins mit Sicherheit (gegenüber dem Vermieter) an den ihm angegebenen Erwerber zahlen, und dies selbst dann, wenn in Wirklichkeit die Abtretung nicht oder nicht in wirksamer Weise erfolgt und dies dem Mieter bekannt geworden sein sollte (M 2, 135). — Der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 893) schützt den Mieter nicht. Er kann sich daher dem Vermieter gegenüber nicht darauf berufen, daß derjenige, an den er den Mietzins zahlte, als Erwerber des Grundstücks im Grundbuch eingetragen sei (bestr.).

§ 577

Wird das vermietete Grundstück nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter mit dem Rechte eines Dritten belastet, so finden die Vorschriften der §§ 571 bis 576 entsprechende Anwendung, wenn durch die Ausübung des Rechtes dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch entzogen wird[1]). Hat die Ausübung des Rechtes nur eine Beschränkung des Mieters in dem vertragsmäßigen Gebrauche zur Folge, so ist der Dritte dem Mieter gegenüber verpflichtet, die Ausübung zu unterlassen, soweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde[2])[3]).

E I 510 II 518 III 570; M 2 386—390; P 2 159.

1. **Belastung des Grundstücks mit dem Rechte eines Dritten,** das dem Mieter den Gebrauch völlig entzieht. So bei Einräumung eines Erbbau-, Nießbrauchs- oder Wohnungsrechts an dem vermieteten Grundstücke (§ 1012, jetzt VO über das Erbbaurecht v. 15. 1. 19, RGBl 72 § 1; ferner §§ 1030, 1093). Hier tritt der Erwerber in das Mietverhältnis ein, hat dem Mieter den vertragsmäßigen Gebrauch zu gewähren, erlangt aber dagegen (und zwar auch als Inhaber eines Wohnungsrechts) von der Zeit seines Rechtserwerbs ab den Anspruch auf den Mietzins, und es gelten in betreff der Gültigkeit von Vorausverfügungen des Vermieters, sowie von Rechtsgeschäften zwischen Vermieter und Mieter die nämlichen Vorschriften wie bei einer Veräußerung des vermieteten Grundstücks. S. insbesondere über die

Bestellung eines Nießbrauchs am Mietgrundstück RG 68, 12ff.; 94, 279; Warn 1911 Nr 19; JW 1912, 870[29], auch OLG 8, 399; 20, 99; 33 304, 320. Eine Ermäßigung des Mietzinses durch den Nießbraucher wirkt nicht über die Dauer des Nießbrauchs (OLG 33, 320). — Entsprechende Anwendung der §§ 577, 573, wonach der Nießbraucher Vorausverfügungen des vermietenden Eigentümers gegen sich gelten lassen muß, auf Vorausverfügungen des Nießbrauchers im Falle der Beendigung des Nießbrauches s. OLG 39, 240.

2. **Beschränkung des Mieters im vertragsmäßigen Gebrauche.** So bei Einräumung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§§ 1018, 1090, für das Wohnungsrecht jedoch A 1). Hier ist der Dritte dem Mieter gegenüber nur verpflichtet, die Ausübung seines Rechtes zu unterlassen, insoweit sie den vertragsmäßigen Gebrauch beeinträchtigen würde; er tritt aber im übrigen in das Vertragsverhältnis zwischen Vermieter und Mieter nicht ein und erlangt insbesondere gegenüber dem Mieter keinen Anspruch auf den Mietzins. Für seine Ansprüche gegenüber dem Vermieter ist das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis maßgebend.

3. War dem Mieter das Grundstück zur Zeit der rechtsgeschäftlichen Belastung durch den Mieter noch nicht überlassen, so kommt § 578 zur Anwendung.

§ 578

Hat vor der Überlassung des vermieteten Grundstücks an den Mieter der Vermieter das Grundstück an einen Dritten veräußert oder mit einem Rechte belastet, durch dessen Ausübung der vertragsmäßige Gebrauch dem Mieter entzogen oder beschränkt wird, so gilt das gleiche wie in den Fällen des § 571 Abs 1 und des § 577, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen hat[1]).

E I 512 II 519; M 2 391—393; P 2 162.

1. Im Falle der Veräußerung oder Belastung eines Mietgrundstücks nach Abschluß des Mietvertrags, aber **vor Überlassung des Grundstücks an den Mieter** fehlt es an einer wesentlichen Voraussetzung der §§ 571, 577. Hier ist der Erwerber an den Mietvertrag, in den er nicht eintritt, nicht gebunden, sondern kann ohne Rücksicht auf diesen Vertrag sein Eigentum oder sonstiges Recht dem Mieter gegenüber ausüben, dem alsdann ein Entschädigungsanspruch nach §§ 325, 538 an seinen Vermieter zusteht. Der Erwerber hat aber in diesem Falle auch keinen Anspruch gegen den Mieter auf Vertragserfüllung, muß also mit diesem zu solchem Zwecke noch einen Vertrag eingehen. Alles dies gilt auch im Falle einer Zwangsversteigerung. Eine Ausnahme greift jedoch dann Platz, wenn der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietvertrag ergebenden Verpflichtungen übernommen hat, und zwar vor dem Übergange des Eigentums oder vor der Belastung (bestr.). Alsdann treten, auch ohne daß die außerdem anwendbaren Bestimmungen über Erfüllungs- und Schuldübernahme beobachtet sind, oder der Mieter seine Zustimmung erteilt (OLG 8, 144), die gleichen Rechtsfolgen ein wie in den in § 571 Abs 1 und in § 577 behandelten Fällen. Es gelten also die §§ 571—576, auch § 571 Abs 2, der die bürgschaftliche Mithaftung des Vermieters bestimmt.

§ 579

Wird das vermietete Grundstück von dem Erwerber weiter veräußert oder belastet, so finden die Vorschriften des § 571 Abs 1 und der §§ 572 bis 578 entsprechende Anwendung[1]). Erfüllt der neue Erwerber die sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen nicht, so haftet der Vermieter dem Mieter nach § 571 Abs 2[2]).

E II 520 III 572; P 2 174.

1. Bei **Weiterveräußerung oder Weiterbelastung des Mietgrundstücks** tritt der neue Erwerber an Stelle des ersten Erwerbers in das Mietverhältnis ein, und die von dem ersten Erwerber vorgenommenen Vorausverfügungen über den Mietzins, sowie die zwischen ihm und dem Mieter abgeschlossenen Rechtsgeschäfte sind dem neuen Erwerber gegenüber nach Maßgabe der §§ 573ff. wirksam.

2. Bei **Nichterfüllung der dem neuen Erwerber obliegenden Verpflichtungen** haftet dem Mieter nicht der erste Erwerber (sofern er nicht etwa einen neuen Vertrag mit dem Mieter abgeschlossen hat und damit ihm gegenüber selbst Vermieter im Sinne des § 571 geworden ist), sondern der ursprüngliche Vermieter gemäß § 571 Abs 2. Auch dessen Haftung hört auf durch Mitteilung des Eigentumsübergangs an den Mieter und Nichtkündigung seitens des Mieters, es fällt also dann für diesen jeder Rückanspruch weg.

§ 580

Die Vorschriften über die Miete von Grundstücken gelten auch für die Miete von Wohnräumen und anderen Räumen¹).

E II 480 III 573; P 2 134.

1. **Wohn- und andere Räume** (vgl. § 865), also Mühlen, Fabriken, Werkstätten, Magazine, Verkaufsläden, Viehställe, Keller, Lager oder Trockenplätze. Gemeint sind, wie sich aus der Zusammenstellung mit den Wohnräumen ergibt, nur Innenräume, nicht z. B. die Außenwände oder die Dachfläche eines Gebäudes, die vielfach zur Anbringung von Geschäftsanzeigen vermietet werden. — In Betracht kommen namentlich die Vorschriften: § 537 Abs 2 Satz 2 (Zusicherung einer bestimmten Größe bei Vermietung eines Grundstücks), § 544 (gesundheitsgefährliche Beschaffenheit der Wohnräume), § 551 Abs 2 (vierteljährliche Entrichtung des nicht nach kürzeren Zeitabschnitten bemessenen Mietzinses), § 556 Abs 2 (Befugnis des Vermieters zur Rückforderung der Sache von einem Dritten — Untermieter), §§ 559—563 (Vermieterpfandrecht und dessen Geltendmachung), § 565 Abs 1, 3, 4 (gesetzliche Kündigungsfristen), § 566 (schriftliche Form des Mietvertrags bei längerer als einjähriger Dauer), §§ 571ff. (Rechtsverhältnisse beim Verkauf eines vermieteten Grundstücks). Vgl. auch § 570 (Kündigungsrecht der Militärpersonen, Beamten usw.).

Auf Räume in beweglichen Sachen, insbesondere auf Kajüten und Schankwirtschaftsräume in einem Schiffe, ist § 580 nicht zu beziehen (SeuffA 61 Nr 78).

Über die Miete eines Schrankfaches in der Stahlkammer eines Bankhauses s. § 535 A 2.

II. Pacht

§ 581

¹) Durch den Pachtvertrag wird der Verpächter verpflichtet²), dem Pächter den Gebrauch des verpachteten Gegenstandes und den Genuß der Früchte, soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, während der Pachtzeit zu gewähren. Der Pächter ist verpflichtet, dem Verpächter den vereinbarten Pachtzins zu entrichten³).

Auf die Pacht finden, soweit sich nicht aus den §§ 582 bis 597 ein anderes ergibt, die Vorschriften über die Miete entsprechende Anwendung⁴)⁵).

E I 531, 532 II 521; M 2 421—423; P 2 232.

1. **Allgemeines.** Über den **Unterschied** zwischen Miete und Pacht und dessen praktische Bedeutung s. Vorbem 1 vor § 535. Die Schriftform (§ 566) ist auch bei der Pacht nur erforderlich, wenn sich der Vertrag auf ein Grundstück bezieht, während der Pachtvertrag über ein Recht, welches Gebrauch und Fruchtgenuß gestattet, wie z. B. über ein Jagdrecht (§ 835 Abs 2), ein Fischereirecht (s. jedoch Vorbem 1 vor § 535), einen gewerblichen Betrieb (§ 1822 Nr 4), ein Handelsgeschäft (HGB § 22 Abs 2) usw. formfrei ist, da § 566 ausdrücklich nur für den Mietvertrag über ein Grundstück gilt, und die Vorschriften über Miete überhaupt nur Sachen, nicht auch Rechte als Gegenstand des Vertragsverhältnisses kennen (RG 51, 279ff.). Anders bei der das Grundstück selbst betreffenden Verpachtung einer Rohrnutzung (RG 56, 83). Über die Schriftform bei Jagdpachtverträgen nach § 22 preuß. Jagdordnung s. RG JW 1915, 993². Wegen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und wegen des Erfordernisses behördlicher Genehmigung bei der Verpachtung von Grundstücken, die der Landwirtschaft, einschließlich der Forstwirtschaft, dienen, s. Vorbem 4 a. E. vor § 535. Über die Nichtigkeit des Pachtvertrags über eine Gastwirtschaft, der dahin geht, daß der Pächter die Wirtschaft für eigene Rechnung, aber ohne im Besitze der nach § 33 GewO erforderlichen Schankerlaubnis zu sein, betreiben solle, sog. Kastellanvertrag, s. Vorbem 5 vor § 535.

Für die Pacht von Kleingärten, wie Arbeiter- und Schrebergärten, Laubenkolonien, und für die Pacht von kleineren landwirtschaftlichen Grundstücken sind die besonderen Vorschriften der **Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung**, Ges. v. 31. 7. 19, RGBl 1371 (Entw. m. Begr. Nat.-Vers. 1919 Drucks Nr 321) zu beachten. Das ernährungs- und sozialpolitischen Zwecken dienende Gesetz, mit dessen Inkrafttreten (11. August 1919) die BRV über die Festsetzung von Pachtpreisen für Kleingärten vom 4. 4. 16/12. 10. 17 außer Kraft getreten ist, gibt für Kleingärten, und zwar ohne Beschränkung auf größere Gemeinden, Bestimmungen über die Festsetzung der Pachtpreise sowie über die Kündigung bestehender und über die Erneuerung der ohne Kündigung ablaufenden Pachtverhältnisse. Nach § 1 dürfen zum Zwecke nichtgewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung Grundstücke nicht zu höheren als den von

der unteren Verwaltungsbehörde festgesetzten Preisen verpachtet werden. Zuwiderhandlungen (s. auch § 4 Abs 2) machen den Vertrag nicht nichtig (BGB § 134), sondern führen nur zur Ermäßigung des Preises auf den Höchstpreis (vgl. RG 88, 250; 89, 196). Die gleiche Ermäßigung tritt ein für die künftig zu zahlenden Preise bei vor dem Inkrafttreten des Gesetzes abgeschlossenen Verträgen (§ 2). Pachtverhältnisse der fraglichen Art sind ferner, abgesehen von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes, wie z. B. der beabsichtigten Verwendung des Grundstücks zu Bauzwecken, für den Verpächter nicht kündbar und, wenn sie ohne Kündigung ablaufen, auf Verlangen des Pächters zu erneuern (§ 3). Leihverhältnisse unterliegen der gleichen Vorschrift, sind aber auf Verlangen des Verleihers in Pachtverhältnisse umzuwandeln. Entscheidung von Streitigkeiten durch die untere Verwaltungsbehörde unter Ausschluß des Rechtswegs s. § 4. Die Befugnisse der unteren Verwaltungsbehörde können den gemeindlichen Einigungsämtern übertragen werden, die hier als Pachteinigungsämter tätig sind. Das Einigungsamt (bei seinem Fehlen auch die untere Verwaltungsbehörde, § 7 Satz 2) kann nach § 6 Abs 1 ermächtigt werden, auf Anrufen des Pächters (Entleihers) über die Wirksamkeit einer Kündigung des Verpächters (Verleihers) und über die Fortsetzung des gekündigten Vertragsverhältnisses jeweils bis zur Dauer von sechs Jahren zu bestimmen und ein ohne Kündigung ablaufendes jeweils bis zur gleichen Dauer zu verlängern, ferner auf Anrufen des Verpächters (Verleihers) ein Pacht- oder Leihverhältnis vor Ablauf der festgesetzten Frist aus wichtigen Gründen aufzuheben, ebenso einen mit einem neuen Pächter (Entleiher) abgeschlossenen Vertrag, dessen Erfüllung von einer auf Anrufen des alten Pächters (Entleihers) erlassenen Entscheidung des Einigungsamts oder von einem vor diesem abgeschlossenen Vergleich betroffen wird, mit rückwirkender Kraft aufzuheben, endlich auf Anrufen des Verleihers das Leihverhältnis in ein Pachtverhältnis umzuwandeln (§ 6 Abs 2). Über die entsprechenden Vorschriften der Mieterschutzverordnung s. Vorbem 9 vor § 535 und § 553 A 1, § 564 A 1. Nach § 5 (Übergangsvorschrift § 9) dürfen Grundstücke zum Zwecke der Weiterverpachtung als Kleingärten nur durch Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts oder ein als gemeinnützig anerkanntes Unternehmen zur Förderung des Kleingartenwesens gepachtet und nur an solche verpachtet werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig. Bei Zuwiderhandlungen kann die untere Verwaltungsbehörde (nicht das Einigungsamt) ein Pachtverhältnis zwangsweise festsetzen. Für Kleinpachtland, d. h. Grundstücke bis zu einem halben Hektar Größe, die zu landwirtschaftlicher Nutzung überlassen sind oder werden sollen, ist im Gesetze zwar eine gleiche Regelung nicht getroffen, aber der Landesgesetzgebung die Ermächtigung dazu erteilt worden (§ 8). — Über die Beschaffung von Pachtland für landwirtschaftliche Arbeiter s. auch Reichssiedelungsgesetz v. 11. 8. 19 (RGBl 1429) §§ 22ff.

Für die Pacht von Grundstücken, die landwirtschaftlicher oder gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung dienen, kommt ferner die als Übergangsvorschrift erlassene **Pachtschutzordnung** vom 9. 6. 20 RGBl 1193 in Betracht. Danach können Pachteinigungsämter errichtet werden mit der Befugnis, für Grundstücke, die zu solcher Nutzung verpachtet oder verliehen sind, oder bei denen sonst die Übertragung des Genusses der Erzeugnisse — gegen Entgelt — erfolgt ist, unter Ausschluß des Rechtswegs zu bestimmen a) für Grundstücke unter 2,5 ha: daß Kündigungen unwirksam werden und gekündigte Verträge bis zur Dauer von zwei Jahren fortzusetzen sind, daß ohne Kündigung ablaufende Verträge bis zur Dauer von zwei Jahren verlängert, endlich daß Verträge vor Ablauf der vereinbarten Zeit aufgehoben werden, b) für Grundstücke jeder Größe: daß Leistungen, die unter den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen nicht oder nicht mehr gerechtfertigt sind, anderweit festgesetzt werden. Näheres s. § 1 a. O., insbesondere Abs 2. Ausdehnung auf Verträge, die gleichzeitig ein Arbeitsverhältnis enthalten, und auf Verträge, die seit dem 1. 1. 20 abgelaufen sind, s. § 2. Auf Grundbesitz des Reiches findet die VO keine Anwendung (§ 4).

2. Verpflichtungen des Verpächters: a) zur Gewährung des Gebrauchs, wie bei der Miete, an dem verpachteten Gegenstande (Sache oder Recht), b) zur Gewährung des Genusses der Früchte (§ 99), soweit sie nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft als Ertrag anzusehen sind, mithin nicht der Vorteile, die zugleich die Substanz vermindern, wie bei einem Walde das infolge Windbruchs im Übermaß geschlagene Holz. Fruchterwerb s. A 4. — Der Verpächter muß Mängel, die er kennt, und von denen er weiß, daß der Pächter ihre Beseitigung verlangt, heben, auch ohne daß der Pächter ihm Anzeige macht und die Beseitigung ausdrücklich verlangt (§ 536). Anderenfalls kann der Pächter sich auf § 320 berufen (RG Warn 1913 Nr 193). — Neben diesen positiven Verpflichtungen liegt aber dem Verpächter auch die negative ob, alles zu unterlassen, was den Pächter in der vertragsmäßigen Nutzung des Pachtgegenstandes stören könnte, insbesondere keine Änderungen an diesem vorzunehmen, wodurch die Nutzung des Pächters ausgeschlossen oder geschmälert werden könnte (RG 10. 4. 08 III 382/07).

3. Verpflichtungen des Pächters: vor allem zur Zahlung des Pachtzinses. Der Zins kann auch in einer Quote der Früchte bestehen. Gänzliche oder teilweise Befreiung vom

Pachtzinse kann der Pächter verlangen, wenn ihm durch Fehler, z. B. mangelhafte Beschaffenheit der Entwässerungsgräben oder der Zugangswege, des Pachtgrundstücks (§ 537), oder durch einen es treffenden und die Nutzungsgewährung des Verpächters unmöglich machenden zufälligen Umstand (wie z. B. eine Überschwemmung des Grundstücks vor Trennung der Früchte), nicht aber durch einen nur die Früchte treffenden Umstand (wie z. B. Hagelschlag) der Fruchtbezug ganz oder teilweise unmöglich gemacht wird (§ 323 Abs 1, § 325 Abs 3; Prot 2, 241). Über die Bedeutung behördlicher Maßnahmen, insbesondere kriegsrechtlicher Verbote, die die Möglichkeit des vertragsmäßigen Fruchtgenusses, nicht nur den tatsächlichen Umfang des Fruchtbezugs beeinträchtigen, für den Bestand des Pachtverhältnisses, für die Verpflichtung des Pächters zur Entrichtung des Pachtzinses und für seine Befugnis zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist s. § 537 A 2, § 542 A 1. — Eine besondere Vorschrift über die Zahlung des Pachtzinses für ein landwirtschaftliches Grundstück enthält § 584. Der Pächter ist auch zur ordnungsmäßigen Behandlung des Pachtgegenstandes und zur Obhut darüber verpflichtet (SeuffA 56 Nr 174, vgl. auch § 535 A 4). Insbesondere ist in dem Falle, wenn der Nießbraucher eines Grundstücks dasselbe verpachtet, der Pächter hinsichtlich der Ausübung seines Nutzungsrechts den gleichen Beschränkungen wie der Nießbraucher unterworfen. § 1036 A 2. — Anerkannt ist auch in der Rechtsprechung die Verpflichtung des Pächters zur Ausbesserung einer mangelhaften Einrichtung (Dampfkessel), die er mit Kenntnis des Mangels übernommen hatte (RG 9. 3. 06 III 265/05). — Das durch die Verpachtung einer Jagd begründete Rechtsverhältnis regelt sich nach den Grundsätzen über die Pacht, soweit nicht das durch Art 69 EG vorbehaltene Landesrecht eingreift. Nach BGB erfordert die Weiterverpachtung die Zustimmung des Verpächters (§§ 549 Abs 1, 596 Abs 1). RG 51, 280; Warn 1910 Nr 381.

4. Fruchterwerb des Pächters. Er erwirbt nach § 956 (vgl § 957) das Eigentum an den Früchten regelmäßig mit deren Trennung. Hiernach und nach seiner sonstigen rechtlichen Stellung bestimmen sich auch seine Rechte gegenüber den Zwangsvollstreckungsmaßregeln seitens der Gläubiger des Verpächters dahin, daß a) bei der Zwangsvollstreckung in das verpachtete Grundstück die bereits durch die Trennung in das Eigentum des Pächters übergegangenen Früchte der Beschlagnahme so wenig, als dem Rechte des Hypothekengläubigers unterliegen (§ 1120, ZVG § 20), daß das Fruchtbezugsrecht des Pächters, dem das verpachtete Grundstück bereits überlassen ist, auch bezüglich der ungetrennten Früchte durch die Beschlagnahme nicht berührt wird (ZVG § 21 Abs 3), daß es ebenso im Falle der Zwangsverwaltung dem Verwalter gegenüber wirksam ist (ZVG § 152 Abs 2), und daß der im Besitze des Pachtgrundstücks befindliche Pächter sich dem Ersteher gegenüber auf §§ 571, 572, 573 Satz 1, §§ 574, 575 berufen kann (ZVG § 57, 57a, 57b; vgl. auch oben A 3 zu § 571); b) daß ferner im Falle der gegen den Verpächter ergehenden Mobiliar-Zwangsvollstreckung (ZPO §§ 810, 813, 824) der im Besitze des Grundstücks befindliche Pächter nicht bloß nach der Trennung der von ihm gezogenen und damit in sein Eigentum übergegangenen Früchte, sondern auch schon vor der Trennung die Pfändung der Früchte, die sich zu dieser Zeit in seinem Gewahrsam befinden, verbieten und, wenn sie gleichwohl erfolgt, hiergegen einen Einwand aus § 766 ZPO, sowie unter Umständen gegen den pfändenden Gläubiger auf Grund des ihm an den Früchten zustehenden Besitz- und Bezugsrechts die Widerspruchsklage nach § 771 ZPO erheben kann (RG 34, 422; JW 93, 350[32]; Gruch 38, 179; OLG 4, 340; vgl. auch RG 18, 368 und Sydow-Busch, ZPO § 771 A 3). Anderseits kann der Verpächter eine seitens der Gläubiger des Pächters in Angriff genommene Pfändung der Früchte weder vor der Trennung (§ 581; RG 18, 368), noch nach ihr hindern; er hat aber Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse (§ 805 ZPO; vgl. § 563 A 1, § 585 A 1).

Für die Verteilung der Früchte und auch der Lasten des Pachtgrundstücks zwischen dem Verpächter und dem an- oder abtretenden Pächter gelten §§ 101, 103.

5. Abgeändert oder **ergänzt** sind: § 536 durch §§ 582, 586; § 549 Abs 1 durch § 596 Abs 1; § 551 Abs 2 durch § 584; § 556 Abs 1 durch §§ 591—594; § 557 durch § 597; §§ 559, 563 durch § 585; § 565 durch § 595; §§ 569, 570 durch § 596 Abs 2, 3. Die übrigen Vorschriften (auch § 580) sind mit den durch das Wesen des Pachtvertrags gebotenen Änderungen (vgl. z. B. § 537 A 2) anwendbar.

§ 582

Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks[1]) hat die gewöhnlichen Ausbesserungen[2]), insbesondere die der Wohn- und Wirtschaftsgebäude, der Wege, Gräben und Einfriedigungen, auf seine Kosten zu bewirken.

E I 540 II 522; M 2 429, 430; P 2 252 ff.

1. Die §§ 582—585 beziehen sich nur auf **landwirtschaftliche Grundstücke**, d. i. Wiesen, Felder, Nutzgärten usw., die in der Hauptsache einem landwirtschaftlichen Betriebe —

Ackerbau, Viehzucht, Baumzucht, Waldwirtschaft — dienen. Beim Vorliegen dieser Voraussetzung ist es für die Begriffsbestimmung ohne weiteren Einfluß, daß auf dem Grundstück auch Gebäude stehen oder sog. landwirtschaftliche Nebengewerbe — Brauerei, Branntweinbrennerei, Ziegelbrennerei — betrieben werden.

2. Diese **Ausbesserungspflicht** ist infolge des Zusammenhangs mit dem Fruchtbezugsrecht, abweichend von § 536, der im übrigen (ebenso wie § 547 für den Ersatz von Verwendungen) in betreff der außergewöhnlichen Ausbesserungen auch für die landwirtschaftlichen Grundstücke gilt, dem Pächter auferlegt; das dazu erforderliche Material darf er in der Regel nicht dem Grundstücke entnehmen. Neben der Ausbesserungspflicht wird sich aus der Natur des Pachtverhältnisses regelmäßig auch die Verpflichtung zur ununterbrochenen Bewirtschaftung, insbesondere zur Bestellung der Äcker, ergeben, insofern ohne diese Bewirtschaftung das Grundstück nicht gemäß § 591 zurückgegeben werden kann.

§ 583

Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks darf nicht ohne die Erlaubnis des Verpächters Änderungen in der wirtschaftlichen Bestimmung des Grundstücks vornehmen, die auf die Art der Bewirtschaftung über die Pachtzeit hinaus von Einfluß sind[1]).

E I 541 II 523; M 2 430; P 2 253.

1. **Keine Befugnis des Pächters** zur eigenmächtigen Vornahme von **nachhaltigen Änderungen** in der wirtschaftlichen Bestimmung des Pachtgrundstücks (z. B. Abholzung eines Waldes, um die Fläche in Ackerland zu verwandeln; in der Regel auch keine Befugnis zur dauernden Unterlassung der Bewirtschaftung des Grundstücks (§ 582 A 2). Vgl. § 1036 A 2. Die Umwandlung von Ackerland in Wiese wird regelmäßig gestattet sein, sofern sich der frühere Zustand bis zum Ende der Pachtzeit wieder herstellen läßt. Im Falle der Zuwiderhandlung ist Klage auf Unterlassung nach § 550 und Kündigungsbefugnis des Verpächters nach § 553, nach den Umständen auch ein Schadensanspruch gegeben (§ 550 A 3, § 553 A 2). — Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks s. § 582 A 1.

§ 584

Ist bei der Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks der Pachtzins nach Jahren bemessen, so ist er nach dem Ablaufe je eines Pachtjahrs am ersten Werktage des folgenden Jahres[1]) zu entrichten.

E I 539 II 524; M 2 429; P 2 251 ff.

1. Auch hier bildet, wie nach § 551 **Nachzahlung** des Pächters, und zwar am Ende des Pachtjahrs d. h. des mit dem Beginn der Pacht anfangenden beweglichen Jahres (RG Lz 1914, 1615[4]), nicht des Kalenderjahrs, auch nicht des Wirtschaftsjahrs, nach dem Gesetze die Regel. Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks s. § 582 A 1. Für die Pacht von nicht landwirtschaftlichen Grundstücken verbleibt es durchweg bei § 551.

§ 585

Das Pfandrecht des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks kann für den gesamten Pachtzins geltend gemacht werden und unterliegt nicht der im § 563 bestimmten Beschränkung. Es erstreckt sich auf die Früchte des Grundstücks sowie auf die nach § 715 Nr 5 der Zivilprozeßordnung der Pfändung nicht unterworfenen Sachen[1]).

E I 543 II 525; M 2 432, 433; P 2 258 ff.

1. **Abweichungen in bezug auf die Geltendmachung des gesetzlichen Pfandrechts des Verpächters eines landwirtschaftlichen Grundstücks** von den — im übrigen auch für die Pacht anwendbaren — Vorschriften der §§ 559—563. Die Geltendmachung kann erfolgen: a) unbeschränkt nicht nur für den rückständigen, sondern auch für den künftigen Pachtzins (jedoch nicht auch für künftige Entschädigungsforderungen, § 559 A 3), sowie einem dritten Pfändungsgläubiger gegenüber wegen des gesamten rückständigen Pachtzinses; b) auch an den Früchten des Grundstücks (§ 99) — auch am Pachtzinsanspruch des Pächters gegen einen Unterpächter § 99 Abs 3, nicht an den dem Unterpächter zufallenden natürlichen Früchten (vgl. § 559 A 2) — sowie an den nach § 715 Nr 5, jetzt nach § 811 Nr 4 ZPO der Pfändung entzogenen Sachen: dem zum Wirtschaftsbetrieb erforderlichen Gerät und Vieh nebst dem nötigen Dünger, sowie an den voraussichtlich zur Fortführung der Wirtschaft bis zur nächsten

Ernte erforderlichen landwirtschaftlichen Erzeugnissen. Gutserzeugnisse, welche nicht unmittelbar in dem Wirtschaftsbetriebe Verwendung finden sollen, gehören überhaupt nicht zu den unpfändbaren Gegenständen, auch wenn ihr Erlös zur Fortführung der Wirtschaft nötig ist (RG Gruch 44, 188). — Das Pfandrecht an den Früchten besteht, wie der allgemeine Wortlaut („es erstreckt sich auf die Früchte des Grundstücks") ergibt, seinem Grunde nach schon vor ihrer Trennung vom Grundstück, sobald im natürlichen Wortsinne von Früchten gesprochen werden kann, jedenfalls früher als einen Monat vor der Reife, und geht deshalb dem später von einem anderen Gläubiger des Pächters durch Pfändung nach § 810 ZPO an den ungetrennten Früchten erlangten Pfandrechte vor. Denn wenn auch das Pfandrecht an den Früchten nach dem Grundsatze des § 93 erst mit ihrer Trennung vom Grundstück vollwirksam entsteht, so muß doch nach dem Zwecke der Sondervorschrift, die den Verpächter vor anderen Gläubigern des Pächters sicherstellen soll, angenommen werden, daß schon vorher eine rechtliche Gebundenheit zugunsten des Verpächters gegeben ist, die als zur Zeit der Pfändung bereits vorhanden der Pfändungsgläubiger ebenso gegen sich gelten lassen muß, wie er selbst anderen Gläubigern gegenüber trotz des § 93 das nach § 810 ZPO vor der Trennung begründete Pfandrecht für sich in Anspruch nehmen kann. Dies entspricht auch dem Sinne der Pfändung, die die Früchte als Pfandgegenstand nur so ergreifen kann, wie sie in das Vermögen des Pfändungsschuldners, des Pächters, übergehen, also mit der zugunsten des Verpächters bestehenden Belastung. Für den Vorrang des Verpächters (mit verschiedener Begründung) OLG 19, 6, Planck § 585 Erl 2a α, Oertmann § 585 A 1d, Dernburg II 2 § 229 IIIa A 34, Seuffert ZPO § 810 Erl 3, Petersen-Anger ZPO § 810 Bem 3, jetzt auch Stein (Gaupp) ZPO (10. A.) § 810 II a. E. und Jaeger KO (5. A.) § 49 A 51; a. M. OLG 13, 202; Staudinger § 585 A II 1c.

Hat ein Pächter Grundstücke von verschiedenen Personen gepachtet und schafft er die Früchte von einem Pachtgrundstück auf das Grundstück eines anderen Verpächters, so erlischt das gesetzliche Pfandrecht gemäß den Vorschriften des § 560; z. B. in dem Falle, wo der Pächter den Rübsamen vom Grundstücke des Verpächters A mit dessen Wissen in den Speicher des Verpächters B bringt, weil dort die Reinigung des Samens stattzufinden hat. Der Verpächter, welcher nur Acker ohne Wirtschaftsgebäude verpachtet, wird danach tatsächlich weniger günstig gestellt sein als der Verpächter eines Landguts. Vgl. RG 74, 247; § 560 A 3.

Über die Wirksamkeit dieses Pfandrechts gegenüber der Konkursmasse des Pächters und gegenüber einem unter Geschäftsaufsicht stehenden Pächter s. § 563 A 1 a. E. Das dem Verpächter eines Landguts im Konkurse des Pächters zustehende Absonderungsrecht an den Früchten und eingebrachten Sachen kann auch wegen des vom Pächter für die Überlassung des Inventars zum Eigentume zu zahlenden Übernahmepreises geltend gemacht werden, da auch die Vereinbarung hierüber einen Bestandteil des Pachtvertrags bildet (RG 38, 66), nicht aber wegen eines dem Pächter vom Verpächter gewährten Darlehns (RG 37, 88).

Begriff des landwirtschaftlichen Grundstücks § 582 A 1. Auf die Pacht anderer Grundstücke, z. B. eines Gast- oder Schankwirtschaftsanwesens, sind die §§ 559ff. unverändert anzuwenden.

§ 586

[1]) **Wird ein Grundstück samt Inventar[2]) verpachtet, so liegt dem Pächter die Erhaltung der einzelnen Inventarstücke ob[3]).**

Der Verpächter ist verpflichtet, Inventarstücke, die infolge eines von dem Pächter nicht zu vertretenden Umstandes in Abgang kommen, zu ergänzen. Der Pächter hat jedoch den gewöhnlichen Abgang der zu dem Inventar gehörenden Tiere aus den Jungen[4]) insoweit zu ersetzen, als dies einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entspricht.

E I 535 II 526; M 2 425, 426; P 2 243.

1. Die §§ 586—590 beziehen sich auf die Pacht von landwirtschaftlichen und von nicht landwirtschaftlichen **Grundstücken** (Theater, Mühle, Gasthof, Fabrik) mit **Inventar.** Vgl. Vorbem 1 vor § 535

2. **Begriff des Inventars:** Inbegriff aller beweglichen Sachen, welche dem wirtschaftlichen Zwecke des Grundstücks zu dienen bestimmt sind (vgl. § 98). Das Inventar eines Grundstücks kann dem Pächter überlassen werden durch Eigentumsübertragung vom Verpächter oder vom dritten Eigentümer oder durch Mitverpachtung nach § 586 oder durch pachtweise Übernahme zum Schätzungswerte nach § 587. Werden die Sachen dem Pächter bei Eingehung des Pachtvertrags vollständig zu Eigentum übertragen, so gelten die Vorschriften über den Kauf, unter Umständen auch diejenigen über den Wiederkauf, nicht aber die des § 586. Übernimmt der Pächter das Inventar zum Schätzungswerte, so gelten die besonderen

Vorschriften der §§ 587ff. Bedeutung des Inventarverzeichnisses: nicht Anerkennungsvertrag, sondern nur Beweisurkunde (RG Warn 1910 Nr 147).

3. Die abweichend vom § 536 dem Pächter auferlegte **Erhaltungspflicht** geht über die Ausbesserungspflicht des § 582 hinaus, da sie auch Neuanschaffungen nötig macht, wenn der Abgang vom Pächter zu vertreten ist.

4. Die **Jungen** werden als Nutzungen nach § 956 zunächst Eigentum des Pächters, der daraus den gewöhnlichen Abgang zu ersetzen hat. Der Verpächter wird Eigentümer, sobald der Pächter ein Junges zum Ersatz für ein aus dem Viehbestand abgegangenes Tier bestimmt. Vgl. auch § 1048. — Im übrigen hat der Pächter auch sonstige Inventarstücke zu ersetzen, wenn ihr Abgang auf ein von ihm zu vertretendes Verschulden (§§ 276, 278) zurückzuführen ist.

§ 587

Übernimmt der Pächter eines Grundstücks das Inventar zum Schätzungswerte mit der Verpflichtung, es bei der Beendigung der Pacht zum Schätzungswerte zurückzugewähren, so gelten die Vorschriften der §§ 588, 589[1]).

E I 544 Abs 1 II 527; M 2 433—439; P 2 259, 516.

1. Die §§ 587—589 setzen voraus, daß das **Inventar** eines Grundstücks (nicht nur eines landwirtschaftlichen, vgl. § 586 A 1) pachtweise (§ 586 A 2) zum **Schätzungswerte** nicht nur übernommen, sondern auch zurückgegeben werden soll. Soll das Inventar in das Eigentum des Pächters übergehen, so liegt Kauf vor (§ 586 A 2). Der gemeinrechtliche Eisernvieh-Vertrag ist im BGB nicht besonders geregelt. Die §§ 588, 589 können jedoch bei der selbständigen Verpachtung einer Viehherde entsprechende Anwendung finden (M 2, 439, 443). — Entsprechende Anwendung der §§ 588, 589 beim Nießbrauch s. § 1048.

§ 588

Der Pächter trägt die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung des Inventars[1]). Er kann über die einzelnen Stücke innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft verfügen[2]).

Der Pächter hat das Inventar nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft in dem Zustande zu erhalten, in welchem es ihm übergeben wird[3]). Die von ihm angeschafften Stücke werden mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters[4]).

E I 544 Abs 2—5 II 528; M 2 434—436; P 2 259.

1. **Gefahrübergang auf den Pächter.** Durch zufälligen Untergang der Inventarstücke wird hiernach (entgegen § 323) der Pächter von der Verpflichtung zur Entrichtung des Pachtzinses nicht befreit.

2. **Verfügungsrecht** des Pächters, obwohl er nicht Eigentümer der Inventarstücke ist. Vgl. § 1048 Abs 1 Satz 1.

3. **Ordnungsmäßige Wirtschaft.** Hieraus ergibt sich seine Verpflichtung, an Stelle unbrauchbar gewordener Stücke andere anzuschaffen, bei deren Nichterfüllung er sich dem Schadensanspruche sowie dem Vorgehen des Verpächters nach §§ 550, 553 aussetzt. Ebenso liegt dem Pächter die Sorge für die Ausbesserung schadhaft gewordener Stücke ob.

4. **Mit der Einverleibung.** Nach dieser zur Sicherung des Verpächters und des Hypothekengläubigers dienenden Bestimmung ist eine besondere Übergabe an den Verpächter (§ 929) nicht erforderlich, dessen Eigentumserwerb sich vielmehr schon kraft Gesetzes vollzieht (vgl. § 589 Abs 2; M 2, 436; RGSt 7, 44).

§ 589

Der Pächter hat das bei der Beendigung der Pacht vorhandene Inventar dem Verpächter zurückzugewähren[1]).

Der Verpächter kann die Übernahme derjenigen von dem Pächter angeschafften Inventarstücke ablehnen, welche nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Grundstück überflüssig oder zu wertvoll sind; mit der Ablehnung geht das Eigentum an den abgelehnten Stücken auf den Pächter über[2]).

Ist der Gesamtschätzungswert der übernommenen Stücke höher oder niedriger als der Gesamtschätzungswert der zurückzugewährenden Stücke, so

hat im ersteren Falle der Pächter dem Verpächter, im letzteren Falle der Verpächter dem Pächter den Mehrbetrag zu ersetzen[3]).

E I 544 Abs 6—8 II 529; M 2 436—438; P 2 259.

1. **Rückgewähr des Inventars.** Nach Abs 1 hat der Pächter das bei Beendigung des Pachtverhältnisses vorhandene Inventar zurückzugeben, und nach Abs 3 findet die Ausgleichung bezüglich des Inventars dadurch statt, daß der Gesamtschätzungswert der übernommenen und der der zurückzugewährenden, d. h. vorhandenen Stücke verglichen wird. Der Verpächter bleibt bei dieser Art der Inventarbehandlung Eigentümer. Das Ergebnis aber ist das gleiche, wie wenn der Verpächter bei Beginn der Pachtzeit das damals vorhandene Inventar dem Pächter zum Schätzungswerte verkauft hätte und bei Beendigung der Pacht das jetzt vorhandene Inventar dem Pächter zum jetzigen Schätzungswerte wieder abkaufen würde. Veränderungen in der Zwischenzeit gehen daher, unbeschadet besonderer Schadensersatzansprüche wegen schuldhaft vertragswidrigen Verhaltens, ebenso zugunsten wie zum Nachteil des Pächters. Die Rückgewähr erstreckt sich auch auf die vom Pächter während der Pachtzeit angeschafften Stücke — selbst wenn ihre Anschaffung nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft (§ 588 Abs 2 Satz 1) nicht erforderlich war — und erfordert zunächst eine Abschätzung der sämtlichen zurückzugebenden Stücke, s. Abs 3. — Erfüllungsort für die Verpflichtung aus Abs 1 ist der Ort, wo das Pachtgut liegt, und wo infolgedessen im Zweifel auch die beiderseitigen Hauptverpflichtungen zu erfüllen sind (RG Recht 05, 107[410]).

2. Auch hier **Eigentumsübergang kraft Gesetzes** (vgl. § 588 A 4.) — Die Voraussetzungen seines Ablehnungsrechts hat der Verpächter nachzuweisen.

3. **Ausgleich des Wertunterschieds** zwischen dem bei der Übernahme festgestellten und dem bei der Rücknahme festzustellenden Schätzungswerte. Es ist dabei sowohl die Zahl als der Wert der zurückzugewährenden Stücke in Betracht zu ziehen, wobei ein inzwischen eingetretener Preisrückgang dem Verpächter, eine Werterhöhung dem Pächter zustatten kommt (M 2, 437). Für die Schätzung des Wertes der zurückzugewährenden Stücke sind die Preise zur Zeit der Beendigung des Pachtverhältnisses maßgebend, und zwar auch dann, wenn sie durch den Krieg beeinflußt worden sind, es müßte denn sein, daß es sich um eine durch besondere Preistreiberei hervorgerufene, nur vorübergehende Steigerung der Preise handelt (RG Gruch 62, 108). Verjährung des Ersatzanspruchs s. § 558 A 2. Über eine vertragsmäßige Verpflichtung des Pächters zum Ersatz fehlender Inventarstücke (Vieh) neben der Rückgewähr des Inventars zum Schätzungswerte s. RG 14. 10. 19 III 119/19. — Anwendung der Abs 2, 3 auf die Pacht eines Landguts und auf Vorräte eines solchen s. § 594.

§ 590

Dem Pächter eines Grundstücks steht für die Forderungen gegen den Verpächter, die sich auf das mitgepachtete Inventar beziehen[1]), ein Pfandrecht an den in seinen Besitz gelangten Inventarstücken zu[2]). Auf das Pfandrecht findet die Vorschrift des § 562 Anwendung.

E I 536 II 530; M 2 426; P 2 244, 248; 4 487, 490.

1. Solche **Forderungen** können sowohl nach § 586 (Aufwendungen für Ergänzung von Inventarstücken) als nach § 589 Abs 3 (Ersatzansprüche für den vom Pächter zurückgegebenen Mehrwert von Inventar) erhoben werden. Die Vorschrift gilt nicht nur für landwirtschaftliche Grundstücke (vgl. § 586 A 1).

2. Auf Grund dieses gesetzlichen **Pfandrechts,** auf das nach § 1257 die Vorschriften über das durch Rechtsgeschäft bestellte Pfandrecht Anwendung finden (vgl. § 559 A 1), steht dem Pächter bei Beendigung der Pacht auch ein Zurückbehaltungsrecht, jedoch ebenfalls nur an den Inventarstücken (§ 586 A 2), nicht am Grundstück (§ 556 Abs 2, § 581 Abs 2) zu (vgl. auch KO § 49 Abs 1 Nr 2). — Eigentum des Verpächters an den Inventarstücken wird hier (anders für den umgekehrten Fall des Verpächterpfandrechts nach § 559, s. dort A 2) nicht vorausgesetzt. Der Pächter ist vielmehr auf diese Weise sowohl gegen die Eigentumsansprüche Dritter als gegen die von einem Gläubiger des Verpächters beabsichtigte Pfändung geschützt.

§ 591

Der Pächter eines landwirtschaftlichen Grundstücks ist verpflichtet, das Grundstück nach der Beendigung der Pacht in dem Zustande zurückzugewähren, der sich bei einer während der Pachtzeit bis zur Rückgewähr fortgesetzten ordnungsmäßigen Bewirtschaftung ergibt[1]). Dies gilt insbesondere auch für die Bestellung.

E I 545 II 531; M 2 439, 440; P 2 253.

1. Diese Verpflichtung geht weiter als die dem Mieter nach § 548 obliegende, ist aber in der Natur der Pachtsache begründet. **Ordnungsmäßige Bewirtschaftung** bildet den objektiven Maßstab für den Zustand, in dem das Grundstück zurückzugeben ist, daher kein Anspruch des Pächters **wegen Verbesserungen**, welche lediglich durch diese ordnungsmäßige Bewirtschaftung erzielt sind, während er bezüglich anderer Verbesserungen, wie z. B. für Auslagen, die er zur Beseitigung des durch eine Überschwemmung am Grundstücke verursachten Schadens gehabt hat, nach §§ 547, 581 Abs 2 Ersatz verlangen kann (vgl. auch § 592). Aus dieser Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Rückgewähr wird sich auch in der Regel die zur ununterbrochenen Bewirtschaftung ergeben (s. § 582 A 2 a. E.), nicht minder diejenige zur unveränderten Zurücklassung von Anpflanzungen, die zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung gehören; der Pächter hat dafür gesetzlich keinen besonderen Ersatzanspruch. — Bei Nichterfüllung der Pflicht zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung entsteht Schadensersatzpflicht des Pächters oder seiner Konkursmasse. Absonderungsrecht des Verpächters nach KO § 49 Nr 2 (SeuffA 64 Nr 189). Dem Verpächter stehen bei ordnungswidriger Bewirtschaftung auch die Rechte aus §§ 550, 553 zu. Er hat aber anderseits bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung keinen Ersatzanspruch wegen gleichwohl eingetretener Verschlechterungen. — Entsprechende Anwendung der §§ 591 bis 593 beim Nießbrauch s. § 1055 Abs 2.

§ 592

Endigt die Pacht eines landwirtschaftlichen Grundstücks im Laufe eines Pachtjahrs, so hat der Verpächter die Kosten, die der Pächter auf die noch nicht getrennten, jedoch nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vor dem Ende des Pachtjahrs zu trennenden Früchte verwendet hat, insoweit zu ersetzen, als sie einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen und den Wert dieser Früchte nicht übersteigen[1]).

E II 532 III 585; P 2 264.

1. **Ersatz von Kosten der Fruchtgewinnung an den Pächter.** Die Vorschrift des § 592 wird namentlich in den Fällen Anwendung finden, wo die Pacht entweder nach besonderer Bestimmung des Pachtvertrags vor Ablauf eines Pachtjahrs (§ 584 A 1) endigt oder wo sie nach §§ 542, 581 Abs 2 vom Pächter ohne Beobachtung der gesetzlichen Frist im Laufe des Pachtjahrs gekündigt wird. Auf die Früchte, welche in diesen Fällen bei der Beendigung der Pacht bereits hervorgebracht, aber noch nicht getrennt sind, hat der Pächter nach § 101 keinen Anspruch: er muß sie vielmehr, insoweit sie den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft entsprechen, nach § 591 mit dem Pachtgrundstück herausgeben. Zu seiner Schadloshaltung für die auf die Hervorbringung der Früchte verwendeten Kosten ist ihm daher, insoweit diese Früchte noch vor dem Ende des Pachtjahrs zu trennen sind — aber nur unter dieser Voraussetzung (RG LZ 1914, 1615[4]) —, ein nach Einerntung der Früchte geltend zu machender Ersatzanspruch gegeben. Entsprechende Anwendung des § 592 in den Fällen der §§ 1055 Abs 2, 1421, 1663 Abs 2, 2130 Abs 1 Satz 2. Vgl. auch § 998.

§ 593

Der Pächter eines Landguts hat von den bei der Beendigung der Pacht vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnissen ohne Rücksicht darauf, ob er bei dem Antritte der Pacht solche Erzeugnisse übernommen hat, so viel zurückzulassen, als zur Fortführung der Wirtschaft bis zu der Zeit erforderlich ist, zu welcher gleiche oder ähnliche Erzeugnisse voraussichtlich gewonnen werden[1]).

Soweit der Pächter landwirtschaftliche Erzeugnisse in größerer Menge oder besserer Beschaffenheit zurückzulassen verpflichtet ist, als er bei dem Antritte der Pacht übernommen hat, kann er von dem Verpächter Ersatz des Wertes verlangen[2]).

Den vorhandenen auf dem Gute gewonnenen Dünger hat der Pächter zurückzulassen, ohne daß er Ersatz des Wertes verlangen kann[3]).

E I 547 II 533; M 2 441; P 2 265.

1. **Rückgewähr eines Landguts,** d. i. eines zum selbständigen Betriebe der Landwirtschaft bestimmten Grundstücks oder einer Grundstücksgesamtheit (M 2, 441; vgl. auch SeuffA 60 Nr 50). Für diese Rückgewähr gilt in betreff der bei Beendigung der Pacht vorhandenen landwirtschaftlichen Erzeugnisse (§ 98 Nr 2) die Besonderheit, daß der Pächter von diesen ohne

Rücksicht darauf, ob und wieviel er bei Antritt der Pacht übernommen hatte, so viel zurückzulassen hat, als voraussichtlich zur Fortführung der Wirtschaft bis zur nächsten Ernte erforderlich ist. Inwieweit der Pächter für das Vorhandensein solcher Erzeugnisse zu sorgen hat, ist nach § 591 zu beurteilen. Im übrigen ist für die Frage, was der Pächter eines Landguts, der bei Beginn der Pacht Vorräte übernommen hat, an solchen bei Beendigung der Pacht zurückzulassen hat, der Vertrag entscheidend. — Entsprechende Anwendung des § 593 in den Fällen der §§ 1055 Abs 2, 1421, 1663 Abs 2, 2130 Abs 1 Satz 2.

2. Den **Beweis** dafür, daß die nach Abs 1 zurückzulassenden Erzeugnisse zur vorläufigen Fortführung der Wirtschaft erforderlich seien, hat der Verpächter, den Beweis dafür, daß der Pächter mehr Erzeugnisse zurückgelassen habe, als er bei Antritt der Pacht übernommen, hat der Pächter zu führen.

3. Durch besondere Bestimmungen des Pachtvertrags wird dem Pächter vielfach auch die Entfernung von Dünger, Stroh und Futter während der Pachtdauer schlechthin untersagt.

§ 594

Übernimmt der Pächter eines Landguts das Gut auf Grund einer Schätzung des wirtschaftlichen Zustandes mit der Bestimmung, daß nach der Beendigung der Pacht die Rückgewähr gleichfalls auf Grund einer solchen Schätzung zu erfolgen hat, so finden auf die Rückgewähr des Gutes die Vorschriften des § 589 Abs 2, 3 entsprechende Anwendung[1]).

Das gleiche gilt, wenn der Pächter Vorräte auf Grund einer Schätzung mit einer solchen Bestimmung übernimmt, für die Rückgewähr der Vorräte, die er zurückzulassen verpflichtet ist[2]).

E I 548 II 534; M 2 441; P 2 269.

1. **Rückgewähr eines Landguts auf Grund einer Schätzung.** Hiernach ist im Falle des Abs 1 nicht nur der Wert des Inventars, sondern auch derjenige des Landguts abzuschätzen und mit dem Übernahmewert zu vergleichen. Der Verpächter kann dann die Übernahme derjenigen Inventarstücke, die nach den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft für das Landgut überflüssig oder zu wertvoll sind, ablehnen. Begriff des Landguts § 593 A 1.

2. Die Bestimmung des § 589, welche nur für das Inventar gegeben ist, wird hier auf den gesamten wirtschaftlichen Zustand sowie auf die sonstigen **Vorräte eines Landguts** ausgedehnt. Demgemäß geht das Eigentum an denjenigen Vorräten, deren Übernahme der Verpächter gemäß § 589 Abs 2 ablehnt, schon kraft Gesetzes auf den Pächter über.

§ 595

Ist bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes[1]) die Pachtzeit nicht bestimmt, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Pachtjahrs[2]) zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage des halben Jahres zu erfolgen, mit dessen Ablaufe die Pacht endigen soll.

Diese Vorschriften gelten bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes auch für die Fälle, in denen das Pachtverhältnis unter Einhaltung der gesetzlichen Frist vorzeitig gekündigt werden kann[3]).

E I 537 II 535; M 2 426—428; P 2 246, 515.

1. **Abweichung von § 565** bei der Pacht eines Grundstücks oder eines Rechtes, während es für die Pacht beweglicher Sachen und ebenso für die Pacht eines Rechtes an beweglichen Sachen (M 2, 428) bei jener Vorschrift verbleibt. — Von der gesetzlichen Vorschrift abweichende Vereinbarungen muß der beweisen, der sich darauf beruft (SeuffA 61 Nr 242 und § 565 A 3). — Für die Kündigung durch den Verpächter von Kleingärten und von kleineren landwirtschaftlichen Grundstücken (bis zu einem halben Hektar) gelten die besonderen Vorschriften der **Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung,** Ges. v. 31. 7. 19 (RGBl 1371). Für das Eingreifen der Pachteinigungsämter bei Grundstücken, die zu landwirtschaftlicher oder gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung verpachtet sind, s. die **Pachtschutzordnung** vom 9. 6. 20 RGBl 1193. Zu beiden VO vgl. § 581 A 1.

2. **Pachtjahrs,** nicht Wirtschaftsjahrs (M 2, 428). Vgl. § 584 A 1. Berechnung der Frist §§ 188, 189.

3. Vgl. § 565 Abs 4. Fälle der vorzeitigen Kündigung mit gesetzlicher Frist: §§ 567, 569; KO §§ 19, 21 Abs 3; ZVG § 57. Die Fälle der fristlosen Kündigung (§§ 542, 552, 554) werden durch obige Vorschrift nicht getroffen.

§ 596

[1]) **Dem Pächter steht das im § 549 Abs 1 bestimmte Kündigungsrecht nicht zu[2]).**

Der Verpächter ist nicht berechtigt, das Pachtverhältnis nach § 569 zu kündigen[3]).

Eine Kündigung des Pachtverhältnisses nach § 570 findet nicht statt[4]).

E I 533, 538 II 536; M 2 428, 428, 429; P 2 233, 249.

1. Durch vertragsmäßige Übereinkunft können sämtliche Bestimmungen dieses Paragraphen abgeändert werden.

2. Hiermit ist gesetzlich die **Unzulässigkeit der Afterverpachtung** bestimmt (vgl. § 581 A 3). Sie kann aber im Pachtvertrage gestattet sein, und es ist dann auch eine Pfändung des Pachtrechts durch einen Gläubiger des Pächters möglich. Vgl. § 549 A 1.

3. Also **keine Kündigungsbefugnis des Verpächters** beim Tode des Pächters, während den Erben des Pächters die Kündigungsbefugnis zusteht (§§ 569, 581 Abs 2). Kündigungstermin, Kündigungsfrist s. §§ 565, 595. Die in § 569 A 1 erwähnte BRV v. 7. 10. 15 (RGBl 642) über das Kündigungsrecht der Hinterbliebenen von Kriegsteilnehmern ist auf Pachtverhältnisse nicht anwendbar (RG 89, 116).

4. Also **kein Kündigungsrecht von Militärpersonen, Beamten** usw. im Falle der Versetzung.

§ 597

Gibt der Pächter den gepachteten Gegenstand nach der Beendigung der Pacht nicht zurück[1]), so kann der Verpächter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung den vereinbarten Pachtzins nach dem Verhältnisse verlangen, in welchem die Nutzungen, die der Pächter während dieser Zeit gezogen hat oder hätte ziehen können, zu den Nutzungen des ganzen Pachtjahrs stehen[2]). Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.

E I 542 II 537; M 2 431, 432; P 2 256 ff.

1. **Schadensersatz bei verzögerter Rückgabe des Pachtgegenstandes,** sei es Grundstück oder bewegliche Sache oder Recht. Vgl. § 557.

2. **Abweichung von § 557** dahin, daß die Entschädigung nicht nur nach der Dauer der Vorenthaltung, sondern auch nach dem Betrage der in die Vorenthaltungszeit fallenden, vom Pächter bezogenen oder bei ordnungsmäßiger Wirtschaftsführung zu ziehen gewesenen Nutzungen zu bestimmen ist, da diese Nutzungen vom Pächter (anders wie beim Mieter) nicht während der ganzen Pachtzeit gleichmäßig bezogen werden. — Bei stillschweigender Verlängerung des Pachtvertrags gilt § 568.

Vierter Titel

Leihe

1. **Rechtliche Natur.** Die Leihe besteht in der Überlassung des Gebrauchs einer (körperlichen) Sache, und zwar unentgeltlich — hierin liegt der hauptsächliche Unterschied von der Miete, wenn auch bei dieser vielfach der Ausdruck „Leihe" gebraucht wird — und nicht zum Verbrauch — hierin der wesentliche Unterschied vom Darlehn. Die jederzeit widerrufliche Gebrauchsgestattung (das precarium des römischen Rechtes) ist daneben nicht besonders ausgebildet worden; sie wird sich meist als (frei widerrufliche) Leihe darstellen (Prot 2, 276), kann aber auch, sofern nur aus Gefälligkeit der vorübergehende Gebrauch gestattet ist, außerhalb eines den Gestattenden verpflichtenden Vertragsverhältnisses liegen und wird hier in der Regel nur dann zu rechtlichen Folgen führen, wenn der Gebrauch ein widerrechtlicher ist. In der Vereinbarung einer „Leihe" kann unter Umständen der Abschluß eines Verwahrungsvertrags oder eines ähnlichen Rechtsverhältnisses gefunden werden (RG JW 1910, 706[7]). Unentgeltliche Überlassung des Gebrauchs ist auch als Schenkung möglich (RG 19. 2. 00 VI 934/99).

Die Leihe gehört nicht, wie die Miete (§ 535 Satz 2), zu den gegenseitigen, sondern zu den **unvollkommen zweiseitigen Verträgen.** Die allgemeinen Bestimmungen über gegenseitige Verträge § 320 ff. finden daher keine Anwendung. Zunächst liegt nach § 598 nur eine einseitige Verpflichtung des Verleihers und eine entsprechende Berechtigung des Entleihers vor.

Auf Grund der Überlassung der Sache entstehen dann auch für den Entleiher die in §§ 601, 603, 604 aufgeführten Verpflichtungen, die aber nicht (wie der Mietzins für die Gebrauchsgewährung) als Gegenleistung für die Gebrauchsgestattung erscheinen.

2. Für das **Zustandekommen des Vertragsverhältnisses** gelten, wie eine Vergleichung von § 535 und § 598 ergibt, bis auf das bereits hervorgehobene Unterscheidungsmerkmal der Unentgeltlichkeit, die gleichen Grundsätze wie bei der Miete; der Vertragsabschluß vollzieht sich mit der Abrede der Parteien über die unentgeltliche Gebrauchsgestattung. Zu dieser gehört außer der Gestattung des Sachgebrauchs während der Leihezeit schon die Überlassung der Sache zum Gebrauche (wie bei der Miete). Daß dies der Standpunkt des § 598 in seiner jetzigen Fassung ist, geht auch aus den Beratungen der zweiten Kommission Prot 2, 269 hervor, wonach zwischen demjenigen, der die Verleihung einer Sache zugesagt hat und dem Verleiher nicht unterschieden, vielmehr der Leihvertrag einheitlich behandelt werden soll. Die dem Verleiher obliegende Überlassung des Besitzes der verliehenen Sache an den Entleiher stellt sich daher, entsprechend der Rechtslage bei der Miete, nicht als eine für die Entstehung des Vertrags erforderliche Voraussetzung, sondern als Erfüllung der auf die Gebrauchsgestattung gerichteten Abrede dar, ohne die selbstverständlich von einer Verpflichtung des Entleihers zur Rückgabe der entliehenen Sache (§ 604 Abs 1) nicht die Rede sein kann. Vgl. auch die vom § 598 wesentlich verschiedene Fassung der §§ 607, 610, sowie des § 688, wo ausdrücklich eine als Darlehn hingegebene Geldsumme oder eine von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache vorausgesetzt wird. — Zur Annahme eines besonderen Realkontrakts, wie sie von der herrschenden Meinung, insbesondere von Enneccerus I § 360 Nr 2, Oertmann Vorbem 2 vor § 598, im Anschluß an die frühere Rechtslage aufrechterhalten wird, und eines davon getrennten Vorvertrags (pactum de commodando) wird daher kein Anlaß vorliegen. Anderseits darf nicht übersehen werden, daß die Leihe in sehr vielen Fällen die kleinen Gefälligkeiten des täglichen Lebens zum Gegenstande hat und hierbei der schlüssige Wille, sich rechtlich zu binden, oft nicht eher feststellbar ist, als die Sache zum Gebrauche wirklich hingegeben wird. Es kommt aber auch selbstverständlich eine frühere Bindung vor. Für den Charakter des Leihvertrags kann aus dem einen oder anderen überhaupt nichts hergeleitet werden.

3. Für die Leihe von Kleingärten und von kleineren landwirtschaftlichen Grundstücken sind die besonderen Vorschriften der **Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung**, Ges. v. 31. 7. 19, RGBl 1371 (Entw. m. Begr. Nat.-Vers. 1919 Drucks Nr 321) zu beachten. Danach können Leihverhältnisse in bezug auf Grundstücke, die zum Zwecke nichtgewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung überlassen worden sind, abgesehen vom Vorliegen eines wichtigen Grundes, wie z. B. der beabsichtigten Verwendung des Grundstücks zu Bauzwecken, vom Verleiher nicht gekündigt werden und sind, wenn sie ohne Kündigung ablaufen, auf Verlangen des Entleihers zu erneuern (§ 3). Im näheren, insbesondere bezüglich der Befugnisse der unteren Verwaltungsbehörden und der gemeindlichen Einigungsämter s. § 581 A 1. Vorbehalt landesgesetzlicher Regelung für landwirtschaftliche Grundstücke bis zu einem halben Hektar s. § 8 des Ges. — Für die Leihe von Grundstücken zu Zwecken der Heeres- oder Marineverwaltung s. auch die Vertragsablösungsverordnung v. 8. 8. 19 (RGBl 1375).

Für Grundstücke, die zu landwirtschaftlicher oder gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung verliehen sind, kommt ferner die **Pachtschutzordnung** vom 9. 6. 20 RGBl 1193 in Betracht. Darüber § 581 A 1.

§ 598

Durch den Leihvertrag wird der Verleiher einer Sache[1]) verpflichtet, dem Entleiher den Gebrauch der Sache[2]) unentgeltlich zu gestatten[3]).

E I 549 II 538; M 2 443—446; P 2 269.

1. **Gegenstand** des Leihvertrags: eine bewegliche oder eine unbewegliche **Sache.** Leihvertrag ist z. B. das Rechtsverhältnis zwischen dem Unternehmer einer elektrischen Anlage und den Grundbesitzern, welche die Anbringung der Leitung auf ihren Dächern gestatten (OLG 9, 304). Um einen Leihvertrag, der nach §§ 930, 868 den Eigentumsübergang vermittelt, handelt es sich ferner, wenn der Eigentümer eines mit einem Elektrizitätswerk versehenen Grundstücks Zubehörstücke dieses Werks veräußert und mit dem Erwerber vereinbart, die Stücke bis zur vereinbarungsgemäßen Übernahme des Werks durch den Erwerber unentgeltlich benützen zu dürfen (**RG** 13. 3. 18 V 147/17). Leihe eines Hypothekenbriefs **RG** 91, 155. Auch eine verbrauchbare Sache kann — z. B. zum Zweck der Schaustellung — Gegenstand des Leihvertrags sein; nicht minder eine dem Entleiher gehörige, in welchem Falle die gleichen Grundsätze wie bei der Miete einer im Eigentume des Mieters stehenden Sache gelten (s. § 535 A 2). Ein leiheähnliches Verhältnis liegt vor, wenn demjenigen, der eine Lieferung zu vergeben hat, mit einem Angebot wirtschaftlich wertvolle Muster vorgelegt werden; unbefugte Veröffentlichung der Muster macht den Vergeber der Lieferung haftbar

(RG 83, 37; vgl. § 603 A 1). — Auf den unentgeltlichen Gebrauch eines Rechtes finden die Bestimmungen über den Leihvertrag nicht unmittelbare, sondern nur entsprechende Anwendung (RG JW 04, 228).

2. Zweck der Leihe: **Gebrauch der Sache**, nicht Verbrauch, ebensowenig, von besonderer Vereinbarung abgesehen, Fruchtziehung. Die Gestattung des Verbrauchs oder der Veräußerung im Geschäftsbetriebe schließt die Annahme eines Leihverhältnisses regelmäßig aus (SeuffA 70 Nr 58). Ist dem Entleiher die Verpfändung gestattet, so wird dadurch die Annahme eines Leihvertrags noch nicht ohne weiteres ausgeschlossen (RG 13, 128; 36, 164; SeuffA 37, 100). Gestattet der Verkäufer dem Käufer, die von ihm gekaufte und ihm schon übereignete Ware einstweilen, d. h. bis zur Abholung in vereinbarter oder angemessener Frist, in einem Raume des Verkäufers liegen zu lassen, so handelt es sich um eine (in der Regel) unentgeltliche Nebenleistung des Verkäufers, und seine Haftung für Mängel des Aufbewahrungsortes bemißt sich nach den Grundsätzen der Leihe (§§ 599, 600), nicht der Verwahrung (§ 690; RG Gruch 58, 1067).

3. Das **Gestatten** umfaßt die Verpflichtung des Verleihers: einerseits bei Beginn des Vertragsverhältnisses dem Entleiher die Sache zum Besitze zu überlassen und anderseits während der Dauer des Vertragsverhältnisses dem Gebrauche des Entleihers kein Hindernis in den Weg zu legen. Eine Pflicht zur fortdauernden „Gewährung" in dem Sinne, daß sie auch die Instandhaltung der Sache während der Vertragszeit einschlösse, wie bei dem Vermieter (§§ 535, 536), liegt dagegen dem Verleiher nicht ob. Er trägt freilich die Gefahr. — Der Entleiher wird (unmittelbarer) Besitzer der Sache wie Mieter. Vgl. § 535 A 1.

§ 599

Der Verleiher hat nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten[1]).

E I 550 II 539; M 2 446; P 2 269.

1. **Haftpflicht des Verleihers.** Ausnahme von der Regel des § 276. Vorsatz § 276 A 2, grobe Fahrlässigkeit § 277 A 1. Vgl. die für den Schenker gegebenen Vorschriften §§ 521 ff. Mit der gleichen Beschränkung haftet der Verleiher nach § 278 für Verschulden seiner gesetzlichen Vertreter und Erfüllungsgehilfen. Der Entleiher haftet dagegen nach § 276 (§ 278) für jedes Verschulden (RG LZ 1918, 496[5]). — Über eine entsprechende Anwendung des § 599 auf andere unentgeltliche Gefälligkeitsverträge s. RG 65, 17; RG LZ 1918, 496[5].

§ 600

Verschweigt der Verleiher arglistig einen Mangel im Rechte oder einen Fehler der verliehenen Sache, so ist er verpflichtet, dem Entleiher den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[1]).

E I 551 II 540; M 2 447; P 2 270.

1. **Schadenspflicht des Verleihers im Falle arglistigen Verschweigens** eines Mangels der Sache, namentlich bei Überlassung der Sache. Vgl. §§ 523, 524. — Wegen dieses Anspruchs, sowie wegen der in den folgenden Paragraphen aufgeführten steht außer der Klage dem Entleiher nach § 273 ein Zurückbehaltungsrecht zu (RG 65, 277). Neben der vertragsmäßigen kann auch eine Haftung aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 ff. begründet sein.

§ 601

Der Entleiher hat die gewöhnlichen Kosten der Erhaltung der geliehenen Sache, bei der Leihe eines Tieres insbesondere die Fütterungskosten, zu tragen[1]).

Die Verpflichtung des Verleihers zum Ersatz anderer Verwendungen bestimmt sich nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag[2]). Der Entleiher ist berechtigt, eine Einrichtung, mit der er die Sache versehen hat, wegzunehmen[3]).

E I 553 II 541; M 2 447; P 2 273.

1. Aus der **Verpflichtung des Entleihers zur Tragung der gewöhnlichen Kosten der Erhaltung** ergibt sich auch die Erhaltungspflicht selbst und bei deren Vernachlässigung die Pflicht zum Schadensersatz.

2. Zur Vornahme solcher **anderen Verwendungen**, auch der notwendigen, ist der Entleiher an sich nicht verpflichtet (RG 65, 277); doch kann ihm nach Treu und Glauben wenigstens die Verbindlichkeit obliegen, den Verleiher auf die Notwendigkeit von Verwendungen behufs

Erhaltung der Sache aufmerksam zu machen. — Anderseits auch keine Verpflichtung des Verleihers zur Instandhaltung (s. oben § 598 A 3). — Verjährung der Ansprüche des Entleihers auf Ersatz von Verwendungen und auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung (A 3) s. § 606.

3. **Wegnahmerecht.** Vgl. oben § 547 A 3.

§ 602

Veränderungen oder Verschlechterungen der geliehenen Sache, die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführt werden[1]), hat der Entleiher nicht zu vertreten[2]).

E I 554 II 542; M 2 448 ff.; P 2 275.

1. **Keine Haftpflicht des Entleihers** für die durch den vertragsmäßigen Gebrauch herbeigeführten Veränderungen oder Verschlechterungen. Vgl. § 548 A 2. Bei vertragswidrigem Gebrauch, z. B. Überanstrengung eines geliehenen Pferdes (OLG 39, 149), kommt § 276 zur Anwendung. Eine verschärfte Haftung ist dem Entleiher im Gesetze nicht auferlegt (LZ 1919, 496[8]). Er hat aber wie der Mieter (§ 535 A 4) auch die Pflicht der Obhut und muß die geliehene Sache vor Nachteilen schützen (RG JW 1910, 706[7]). Eine Verletzung der Pflichten des Entleihers begründet die in § 603 A 1 angegebenen Folgen. Als eine Vertragswidrigkeit kann unter Umständen, infolge stillschweigender Abrede der Parteien, auch die Unterlassung jeden Gebrauchs, wie z. B. die Nichtbenutzung eines geliehenen Reitpferdes, angesehen werden. — Verjährung der Ansprüche des Verleihers s. § 606.

2. **Beweislast** a) des Verleihers: dafür, daß während der Gebrauchszeit die geliehene Sache in bestimmter Weise beschädigt worden sei; b) des Entleihers dafür, daß dieser Schaden nicht durch einen von ihm zu vertretenden Umstand herbeigeführt worden sei.

§ 603

Der Entleiher darf von der geliehenen Sache keinen anderen als den vertragsmäßigen Gebrauch machen[1]). Er ist ohne die Erlaubnis des Verleihers nicht berechtigt, den Gebrauch der Sache einem Dritten zu überlassen[2]).

E I 549 II 543; M 2 444, 447; P 2 270.

1. **Folgen des vertragswidrigen Gebrauchs:** a) Klage des Verleihers auf Unterlassung, nach vorgängiger, erfolgloser Abmahnung, wie dies für die Miete in § 550 ausdrücklich bestimmt ist. Dieses Klagerecht ist aus dem Wesen der Sache zu entnehmen, obschon es wegen der Kündigungsbefugnis des Verleihers ohne erhebliche praktische Bedeutung ist; b) Kündigungsrecht nach § 605; c) Schadensanspruch des Verleihers bei Verschulden des Entleihers (RG 1. 11. 04 III 153/04). Vgl. auch §§ 548, 598 A 1 und 602 A 1.

2. **Gebrauchsüberlassung an Dritte.** Geschieht sie ohne Erlaubnis des Verleihers, so haftet der Entleiher für jedes dem Dritten beim Gebrauche zur Last fallende Verschulden sowie auch für den Zufall, insofern der Schaden ohne die Gebrauchsüberlassung nicht eingetreten sein würde (vgl. § 549 A 6). Hat der Verleiher die Erlaubnis erteilt, so haftet der Entleiher immerhin für das Verschulden des Dritten. Wenn auch eine solche Haftpflicht (abweichend von § 549 Abs 2) im § 603 nicht ausdrücklich erwähnt ist, so wird sie doch regelmäßig nach § 278 aus der Stellung des Dritten, als Erfüllungsgehilfen des Entleihers, herzuleiten sein (a. M. Planck § 603 A 2; abweichend auch Enneccerus I § 361 A 3).

§ 604

Der Entleiher ist verpflichtet, die geliehene Sache nach dem Ablaufe der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben[1]).

Ist eine Zeit nicht bestimmt, so ist die Sache zurückzugeben, nachdem der Entleiher den sich aus dem Zwecke der Leihe ergebenden Gebrauch gemacht hat[2]). Der Verleiher kann die Sache schon vorher zurückfordern, wenn so viel Zeit verstrichen ist, daß der Entleiher den Gebrauch hätte machen können.

Ist die Dauer der Leihe weder bestimmt noch aus dem Zwecke zu entnehmen, so kann der Verleiher die Sache jederzeit zurückfordern[3]).

Überläßt der Entleiher den Gebrauch der Sache einem Dritten, so kann

der Verleiher sie nach der Beendigung der Leihe auch von dem Dritten zurückfordern[4].

E I 549 II 544; M 2 454; P 2 275.

1. **Verpflichtung des Entleihers zur Rückgabe** der geliehenen Sache, und zwar in demjenigen Zustande, welcher sich bei vertragsmäßigem Gebrauche (§ 602) ergibt, in der Regel mit Zuwachs, Zubehör und den während der Zeit des Gebrauchs gezogenen Früchten, sofern der Vertrag nicht ein anderes ergibt (vgl. § 598 A 2). Die Rückgabepflicht mehrerer Entleiher ist Gesamtschuld (§ 431; vgl. § 535 A 3). — Der Entleiher, der in der Regel allein einen Vorteil aus dem Vertragsverhältnisse zieht, kann die Sache, wenn ihn deren Erhaltung beschwert, auch vor Ablauf der Zeit zurückgeben, sofern nicht der Verleiher dadurch erheblich beeinträchtigt wird (vgl. § 271 Abs 2). — Die Rückgabe stellt sich als eine Bringschuld dar und ist am Wohnsitze des Gläubigers oder an dem früheren Standorte der verliehenen Sache zu erfüllen (SeuffA 63 Nr 222). — Dem Entleiher steht, auch wenn der Gegenstand der Leihe ein Grundstück ist, ein Zurückbehaltungsrecht wegen Verwendungen nach Maßgabe des § 273 zu (**RG** 65, 276). Anders für die Miete § 556 Abs 2. — Bei Kleingärten und kleineren landwirtschaftlichen Grundstücken (bis zu einem halben Hektar) gelten für die Kündigung durch den Verleiher und für die Erneuerung ohne Kündigung ablaufender Leihverhältnisse die besonderen Vorschriften der **Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung,** Ges. v. 31. 7. 19 (RGBl. 1371). Für die Kündigung bei Grundstücken, die zu landwirtschaftlicher oder gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung verliehen sind, kommt ferner die **Pachtschutzordnung** vom 9. 6. 20 RGBl 1193 in Betracht. Zu beiden VO vgl. § 581 A 1.

2. **Rückgabe nach gemachtem Gebrauche.** Wird ein Hypothekenbrief behufs Sicherheitsleistung durch den Entleiher gegenüber einem Dritten verliehen, so kann der Verleiher den Hypothekenbrief nicht schon deshalb zurückfordern, weil sein Interesse (z. B. Aussicht auf Anstellung im Geschäft des Entleihers) weggefallen ist, sondern, abgesehen von den Fällen des § 605, erst dann, wenn der Entleiher den vertragsmäßigen Gebrauch gemacht hat (**RG** 91, 155).

3. **Zulässigkeit jederzeitiger Rückforderung,** auch zu einer dem Entleiher ungelegenen Zeit. Ist ein fernerer Gebrauch der geliehenen Sache, aber auch deren Rückgabe infolge eines vom Entleiher zu vertretenden Umstandes ausgeschlossen (z. B. Verkauf der entliehenen Wertpapiere), so geht der Anspruch des Verleihers auf Erstattung des Wertes der geliehenen Sache (**RG** 1. 11. 04 III 153/04). Der Entleiher haftet aber auf Erstattung des Wertes nur, wenn er die Unmöglichkeit der Rückgabe (z. B. bei Untergang oder Abhandenkommen der geliehenen Sache) zu vertreten hat. Daher kann mit der Klage auf Rückgabe nicht ohne weiteres der Antrag verbunden werden, den Beklagten zum Wertersatz zu verurteilen, falls er zur Rückgabe nicht imstande sei (OLG 36, 74).

4. Vgl. § 556 Abs 3. — **Zur Geltendmachung** dieser Rückgabepflicht hat der Verleiher auch dem Dritten gegenüber sowohl die auf besonderer gesetzlicher Anordnung beruhende Vertrags- als auch beim Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen die Eigentumsklage.

§ 605

Der Verleiher kann die Leihe kündigen[1]):

1. **wenn er infolge eines nicht vorhergesehenen Umstandes der verliehenen Sache bedarf[2]);**
2. **wenn der Entleiher einen vertragswidrigen Gebrauch von der Sache macht, insbesondere unbefugt den Gebrauch einem Dritten überläßt[3]), oder die Sache durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Sorgfalt erheblich gefährdet;**
3. **wenn der Entleiher stirbt[4]).**

E I 557 II 545; M 2 452; P 2 275.

1. **Die vorzeitige Kündigung des Verleihers** ist an irgendwelche Fristen nicht gebunden. Für den Entleiher ist eine solche Kündigung überhaupt nicht erforderlich (vgl. § 604 A 1). — Bei Kleingärten und kleineren landwirtschaftlichen Grundstücken (bis zu einem halben Hektar) gelten für die Kündigung durch den Verleiher die besonderen Vorschriften der **Kleingarten- und Kleinpachtlandordnung,** Ges. v. 31. 7. 19 (RGBl 1371). Für die Kündigung bei Grundstücken, die zu landwirtschaftlicher oder gewerbsmäßiger gärtnerischer Nutzung verliehen sind, kommt ferner die **Pachtschutzordnung** vom 9. 6. 20 RGBl 1193 in Betracht. Zu beiden VO vgl. § 581 A 1.

2. Dieser Kündigungsgrund ist auch dann gegeben, wenn das Nichtvorhersehen auf einem

Verschulden des Verleihers beruht. Ein Schadensersatzanspruch steht dem Entleiher im Falle der Nr 1 nicht zu. Damit die Kündigung gerechtfertigt ist, muß aber allerdings ein wirkliches Bedürfnis im Sinne der Nr 1 (nicht eine bloße Laune des Verleihers) vorliegen, und es muß dem Entleiher auch erkennbar sein, daß es sich um eine Kündigung auf Grund eines solchen Bedürfnisses handelt. Auch müssen die Kündigung und das Vorliegen ihrer Voraussetzungen im allgemeinen zeitlich zusammenfallen. Es genügt nicht, daß ein Bedürfnisfall zu irgendeiner früheren Zeit einmal vorhanden gewesen oder zu irgendeiner späteren Zeit eingetreten ist (RG Warn 1920 Nr 40).

3. S. § 603. Einer vorgängigen Abmachung, wie bei der Miete nach § 553, bedarf es hier nicht (M 2, 452).

4. Wird vom Verleiher beim **Tode des Entleihers** nicht gekündigt, so können dessen Erben das Vertragsverhältnis fortsetzen. Der Tod des Verleihers ist kein Kündigungsgrund, soweit nicht etwa für seine Erben Nr 1 Platz greift.

§ 606

Die Ersatzansprüche des Verleihers wegen Veränderungen oder Verschlechterungen der verliehenen Sache sowie die Ansprüche des Entleihers auf Ersatz von Verwendungen oder auf Gestattung der Wegnahme einer Einrichtung verjähren in sechs Monaten[1]). Die Vorschriften des § 558 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

E II 546 III 599; M 2 448; P 2 272.

1. **Verjährungsvorschriften,** übereinstimmend mit denen der Miete in § 558. Sie gelten für alle Ersatzansprüche des Verleihers wegen der durch vertragswidriges Verhalten des Entleihers entstandenen Veränderungen und Verschlechterungen, also auch für die auf das Eigentum oder auf eine unerlaubte Handlung gegründeten Ansprüche dieser Art (RG 66, 363; OLG 22, 311). Die im § 606 nicht erwähnten Ansprüche (z. B. des Verleihers auf Rückgabe § 604, des Entleihers nach §§ 599, 600) aus dem Leihvertrag unterliegen der gewöhnlichen Verjährung.

Fünfter Titel

Darlehen

1. Das **Darlehen,** die Hingabe von Sachen zum wirtschaftlichen Verbrauche gegen das Versprechen der Rückerstattung anderer Sachen derselben Gattung in gleicher Zahl oder Menge, ist innerlich verwandt mit den Geschäften der Leihe, der Miete und der Pacht, die die Hingabe zum wirtschaftlichen Gebrauche und die Rückgabe der besonderen Sache zum Gegenstande haben (§§ 535, 581, 598 BGB). Und zwar entspricht der Leihe das zinslose, der Miete und Pacht das verzinsliche Darlehn, mit dem Unterschiede jedoch, daß dort der Miet- und Pachtzins das Entgelt des Empfängers für den gestatteten Gebrauch, der Darlehnszins dagegen eine Entschädigung an den Darlehnsgeber für die ihm entgehende Nutzung darstellt. Äußere Berührungspunkte zeigt das Darlehn mit der uneigentlichen Verwahrung (offenes Depot, § 700 BGB), von der es sich bei äußerlich gleichem Tatbestande durch den wesentlich verschiedenen Zweck unterscheidet. Die Darlehnshingabe erfolgt im Interesse des Empfängers zu dessen Verfügung über die Sachen, die Hingabe bei der uneigentlichen Verwahrung erfolgt dagegen zur Obsorge des Empfängers wesentlich im Interesse des Gebers (RG 1, 204; 11, 319), woran die Gewährung eines geringen Bankzinses nichts ändert. Für die Gesellschaftseinlage, die sich von beiden unterscheidet, ist eine Gemeinsamkeit des verfolgten Zweckes maßgebend; hauptsächliches Merkmal ist die Beteiligung des Geldgebers an Gewinn und Verlust aus dem Unternehmen, zu welchem die Hingabe des Geldes erfolgte (RG 20, 165; 31, 33; 57, 175; 74, 11; 77, 223; JW 1912, 462[9]; 1918 304[7]; Warn 1913 Nr 211; 1916 Nr 98; LZ 1917, 174[12], 802[6]).

2. **Das eigentliche Darlehn** (§ 607 Abs 1) ist Realvertrag; durch die Hingabe der Sachen erst wird die einseitige Verpflichtung zur Rückgewähr begründet („wer ... als Darlehn empfangen hat"; RG 71, 113; 74, 11; Warn 09 Nr 481; 1910 Nr 191; 1912 Nr 49); Hingabe und Empfang des Darlehns sind nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern tatsächliche Grundlage der Rückerstattungspflicht (RG 74, 11; 86 S. 305, 309, 323); eine Gesamtschuld auf Rückerstattung des Darlehns kann nur entstehen, wenn es mehreren Personen gemeinschaftlich gegeben worden ist (RG 71, 113). Darlehnsschuldner nach Abs 1 ist also immer nur derjenige, der das Darlehn empfangen hat; diese Rechtstatsache kann durch einen auf einen andern Namen ausgestellten Schuldschein nicht geändert werden (RG Warn 09 Nr 481). Die Gültigkeit des abgeschlossenen Darlehnsvertrags wird nicht durch die Nichtigkeit einer

zur Sicherheit des Darlehnsgebers daneben abgeschlossenen Pfandbestellung in Frage gestellt (RG 86, 323). Dem eigentlichen Darlehn tritt ein Vereinbarungsdarlehn in § 607 Abs 2 an die Seite, bei dem die Verpflichtung zur Rückgewähr auf dieser Vereinbarung beruht (s. darüber A 6 zu § 607). Das Darlehnsversprechen nach § 610 ist dagegen ein Vorvertrag; es begründet die Verpflichtung zur Hingabe des Darlehns, während die Rückerstattungspflicht erst durch die Hingabe selbst entsteht (s. § 610 A 1). Vorschüsse auf künftige oder künftig fällig werdende Forderungen des Empfängers können Darlehnscharakter haben, wenn sie in der Absicht der Kreditgewährung (credendi causa) gegen die Verpflichtung der Rückerstattung gegeben sind, die auch durch Aufrechnung mit jenen Forderungen geschehen kann. Sind sie aber als Vorausleistung in Erwartung einer vertraglichen Gegenleistung, in Erfüllungs-, nicht in Verpflichtungsabsicht gegeben, so sind sie keine Darlehen und können, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt ist, nur auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung zurückverlangt werden (RG 3, 87; JW 07, 363[10]; 1912, 684[8]; 16. 9. 13 III 154/13). Über die rechtliche Natur der Vorauszahlungsprämien bei Lebensversicherungen s. RG 89, 305 (dazu Dörstling LZ 1917, 897).

3. Besondere Erscheinungsformen des Darlehns sind: a) das Baugelddarlehn, das in Teilbeträgen entsprechend dem Fortschreiten eines Baues zu dem bestimmten Zwecke der Förderung des Baues und mit der Verpflichtung zur Verwendung des Geldes in diesem gegeben wird. Ein Baugeldvertrag liegt nur vor, wenn die Hingabe von Geld als Darlehn für einen Bau versprochen wird. Der Baugeldvertrag ist soweit eine Unterart des Darlehnsvorvertrags nach § 610; ein Darlehn nach § 607 Abs 2 kann deshalb kein Baugelddarlehn sein. Der Bau darf zur Zeit des Abschlusses des Darlehnsvertrags noch nicht vollendet sein; ein erst nachher zur Befriedigung der Baugläubiger aufgenommenes Darlehn ist kein Baugelddarlehn (BauFG v. 1. 6. 09, RGBl 449; RG 37, 336; 38, 308; 84, 188; 91, 72; Warn 08 Nr 550; 1911 Nr 15 u. 320); b) das mit dem Bierlieferungsvertrage verbundene Darlehn der Brauereien an Wirte, bei dem die Rückzahlung durch Aufschlag auf den Bierpreis erfolgt (RG 63, 390; 67, 101; JW 06, 419[3]). c) Über die Darlehen der öffentlichen Pfandleiher (§§ 34, 38 RGewO) vgl. RG 58, 71; 79, 361; 87, 156.

4. Der wirtschaftliche Zweck des Darlehns ist rechtlich ohne Bedeutung. Doch ist ein zu unsittlichen Zwecken gegebenes Darlehn nach § 138 BGB nichtig und erzeugt keine Verpflichtung (RG JW 06, 331[5]), sofern der Darlehnsgeber an der Unsittlichkeit Teil hat. Ein Darlehn, mit dessen Gelde der Empfänger ein Bordell ankaufen will, ist nicht schon darum nichtig, weil der Darleiher diese Absicht gekannt hat, wenn er selbst keinen Vorteil aus dem Bordellbetriebe gesucht hat (RG a. a. O.). Auch das zum Spiel von einem Dritten, der nicht mitspielt, gegebene Darlehn ist nicht ohne weiteres nichtig (RG 67, 355); wohl aber das von einem Mitspieler dem andern zu dem Zwecke gegebene, diesem das Weiterspielen zu ermöglichen (RG 70, 1). Auch wenn ein an dem Spiel unbeteiligter Dritter einen Mitspieler durch Darlehn in die Lage versetzt, weiter zu spielen, um einen erlittenen Verlust wettzumachen, kann ein unsittliches Geschäft vorliegen; so wenn der Spielklub selbst oder dessen Kassierer, der an dem Fortbestehen des Klubs Interesse hat, das Darlehn gewähren (RG Warn 1914 Nr 74). Über wucherische Darlehnsgeschäfte s. § 138 Abs 2 und die A 3 ff dazu.

5. Der Darlehnsvertrag nach § 607 wie das Darlehnsversprechen nach § 610 begründen nur **einseitige Verpflichtungen.** Das Darlehnsversprechen kann indessen Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags sein, so bei dem mit einem Bier- oder sonstigen Lieferungsvertrage verbundenen Darlehnsversprechen (RG 67, 101; JW 06, 735[2]; Gruch 53, 945). Das Darlehnsversprechen wird aber nicht schon dadurch zu einem gegenseitigen Vertrage, daß der Darlehnsnehmer dem Darlehnsgeber eine Hypothek bestellt oder zu bestellen sich verpflichtet oder eine sonstige Sicherheit gewährt; diese Leistungen sind der Regel nach nicht Gegenleistungen der Darlehnshingabe, sondern sie erfüllen die Bedingungen, unter denen dieses gewährt oder versprochen wird (RG Warn 1912 Nr 207; 1914 Nr 7). Ein gegenseitiger Vertrag nach §§ 320 ff. liegt dagegen dann vor, wenn die Darlehnshingabe als Kapitalanlagegeschäft erscheint, wie regelmäßig die Beleihung von Grundstücken durch Bankhäuser (RG JW 09, 309[4]; 1912, 462[9]; Gruch 53, 945). Die Frage, an welcher Stelle beim Darlehnsversprechen gegen Bestellung einer Hypothek die letztere zu gewähren ist, ist auf Grund tatsächlicher Würdigung im Einzelfalle nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte zu entscheiden (vgl. RG 55, 128; dazu Kuhlenbeck JW 04 377 ff.).

§ 607

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen[1]) als Darlehen[2]) empfangen hat[3]), ist verpflichtet, dem Darleiher das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge[4]) zurückzuerstatten[5]).

Wer Geld oder andere vertretbare Sachen aus einem anderen Grunde schuldet, kann mit dem Gläubiger vereinbaren, daß das Geld oder die Sachen als Darlehen geschuldet werden sollen[6])[7]).

E I 453, 454 II 547; M 2 305—312; P 2 42—43.

1. Gegenstand des Darlehns, sowohl desjenigen nach Abs 1 wie des uneigentlichen Darlehns nach Abs 2 des § 607, sind **vertretbare Sachen** (§ 91), die verbrauchbare (§ 92) oder nicht verbrauchbare sein können. Der bei weitem vorwiegende Darlehnsgegenstand ist das Geld (s. zu §§ 244, 245). Ein versprochenes Darlehn ist im Zweifel in barem Gelde zu gewähren (RG 56, 236). Andere als vertretbare Sachen können nur darlehnshalber gegeben werden, sie stellen auch nicht das Darlehn selbst dar, erst ihr Erlös ist Gegenstand des Darlehens. Erfolgt hier also die Hingabe des Darlehns erst durch Empfang des Erlöses, so ist die Hingabe einer nicht vertretbaren Sache zum Darlehnszwecke nach Schätzung ein Kaufgeschäft, bei welchem die Kaufschuld durch eine Darlehnsschuld ersetzt wird; es liegt mithin ein Fall des § 607 Abs 2 vor; mit der Kaufschuld entsteht die Darlehnsschuld.

2. **Als Darlehen:** zu Eigentum, und zwar, um dem Empfänger den Gebrauch und Verbrauch zu verschaffen und zugleich ihn zur Rückerstattung zu verpflichten. Erwirbt der Empfänger kein Eigentum (§§ 929 ff.), so entsteht auch kein Darlehn. Wenn der Empfänger bestreitet, eine Summe als Darlehn erhalten zu haben, und etwa Schenkung oder Ausstattung (§ 1624) seinerseits behauptet, so ist der Geber für die Hingabe als Darlehn beweispflichtig; durch den Rechtssatz, daß Schenkungen nicht vermutet werden, wird der Beweis des Darlehns nicht erbracht (RG JW 06, 462[18]; Warn 1917 Nr 58). Es ist Tatfrage, ob mit Rücksicht auf ein verwandtschaftliches Verhältnis der Beweis nach der einen oder nach der andern Seite für geführt zu erachten ist (RG Warn 1912 Nr 336; 1919 Nr 27).

3. Die **Hingabe** kann nicht nur durch Zuzählen oder Zusenden, sondern durch jede Art der Übermachung erfolgen; die Darlehnsverpflichtung entsteht aber erst mit der vollendeten Zuführung, nicht schon mit der Absendung; ebenso verhält es sich mit dem Übergange der Gefahr (§ 279). Die Hingabe kann abredegemäß durch einen Dritten oder an einen Dritten geschehen: durch Zahlungsanweisung an das Bankhaus des Gebers, durch Gutschrift bei dem Bankhause des Empfängers, durch Hingabe an einen Gläubiger des Entleihenden (RG JW 1913, 264[3]; 1914, 76[8]). Die unmittelbare Auszahlung an den Dritten auf Weisung des Darlehnsnehmers macht den Dritten nicht zum Darlehnsempfänger (RG Warn 1911 Nr 429). Soweit der Darlehnsgeber selbst bereits Gläubiger des Darlehnsempfängers ist und als solcher abredegemäß die Darlehnssumme einbehält, kommt Abs 2 in Frage (RG 8. 1. 06 VI 139/05; 10. 6. 07 VI 388/05). Ein Provisionsabzug stellt sich als Aufrechnung des vereinbarten Provisionsanspruchs gegen den Anspruch auf Hingabe des Darlehns dar (RG 26. 10. 04 V 158/04). Die Frage, wer bei der Einzahlung von Geldbeträgen auf ein Sparkassenbuch als der Darlehnsgeber der Kasse gegenüber zu betrachten ist, entscheidet sich danach, wer nach dem erkennbaren Willen des Einzahlenden Darlehnsgeber sein und Gläubiger werden soll (RG 73, 220; Warn 1910 Nr 99; 1912 Nr 197; 1916 Nr 75). Das gleiche gilt bei der Hingabe von Darlehen mit fremdem Gelde (RG Gruch 51, 959). Über die Hingabe an mehrere Darlehnsempfänger s. Vorbem 2. Über die Möglichkeit eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO für das Darlehn nach § 607 Abs 1 vgl. RG 86, 308.

4. Die Rückerstattung **in gleicher Art, Güte oder Menge** ist nur Regel; zulässig ist auch die Vereinbarung, daß in geringerer oder größerer Summe oder Menge zurückzuleisten sei. Amortisationsdarlehn RG 85, 244. Die Vereinbarung, daß die Rückerstattung in vertretbaren Sachen anderer Art erfolgen soll läßt die letzteren als Darlehnsgegenstand erscheinen. Bei Hingabe von Inhaberpapieren wird regelmäßig ein Darlehn auf den Geldbetrag in Höhe des Verkaufspreises oder Kurswerts anzunehmen sein (RG Warn 1914 Nr 7). Sind aber Inhaberpapiere selbst als vertretbare Sachen der Gegenstand des Darlehns, dann wird, wenn durch Einziehung oder durch Verschwinden dieser Papiere aus dem Verkehre die gleichartige Rückleistung unmöglich wird, der Empfänger von der Darlehnsschuld befreit (§ 275) und ist dem Darleiher ferner nur aus der Bereicherung (§ 812) haftbar, sofern deren Voraussetzungen vorliegen.

5. Anrechnung der zur **Rückerstattung** geleisteten Zahlung auf Kapital, Zinsen und Kosten § 367, Ansprüche des Darlehnsschuldners auf Quittung und Rückgabe des Schuldscheins §§ 368—371. Dem Darlehnsgläubiger, der in der Zwangsversteigerung des dafür verpfändeten Grundstücks mit seiner Hypothek ausgefallen ist und nun den ausgefallenen Betrag gegen den Darlehnsschuldner einklagt, kann nicht entgegengehalten werden, daß er das Grundstück selbst erstanden habe und durch dessen Mehrwert wegen seiner Forderung gedeckt sei; die Darlehnsschuld ist nicht getilgt (RG 80 S. 153 u. 155; JW 1919, 571[5]).

6. Das **Vereinbarungsdarlehn** des Abs 2 kann einen dreifachen Inhalt haben: a) Eine frühere Schuld soll fortbestehen und nur hinsichtlich der Verzinsung, Kündigung usw. wie

ein Darlehn behandelt werden. Hier bleiben die Einwendungen aus dem früheren Schuldverhältnis, ebenso Pfänder und Bürgen; der Gläubiger hat die Beweislast für das Bestehen der Schuld (RG JW 03 Beil 96[219]). b) In der Regel ist die Umwandlung einer alten Schuld in eine Darlehnsschuld beabsichtigt; der Umwandlungswille bedarf jedoch der Feststellung. Der frühere Schuldgrund erlischt, mit ihm erlöschen Pfänder und Bürgschaften; die Einwendungen aus dem früheren Schuldverhältnisse sind ausgeschlossen, nicht aber die, daß eine Schuld überhaupt nicht bestand; denn ohne solche ist auch keine Umwandlung in ein Darlehn zustande gekommen (RG 95, 9; Warn 1911 Nr 232; 1914 Nr 79; 1919 Nr 115). § 364 Abs 2 gilt für das Umwandlungsdarlehn mit Rücksicht auf den Umschaffungscharakter nicht (RG 57, 320; 62, 51; JW 03 Beil Nr 219; 05, 318[4]; 06 S. 11[8], 550[18]; 07, 363[10]; 09, 460[17]; Warn 09 Nr 358; SeuffA 64 Nr 190; 10. 6. 07 VI 388/06). War das Schuldverhältnis durch Erlaßvertrag oder sonst erloschen, so kann es nur durch Neubegründung wieder ins Leben treten, nicht aber nach Abs 2 in ein Darlehn umgewandelt werden (RG 76, 59). Das vertragsmäßige Anerkenntnis der verjährten Forderung (§ 222) bedarf der Schriftform nach § 781; also ist auch die Umwandlung der verjährten Forderung in ein Darlehn nichtig, wenn sie der Schriftform ermangelt (RG 78 S. 130 u. 163). Inwiefern eine Bürgschaftsschuld in ein Darlehn nach § 607 Abs 2 umgewandelt werden kann, s. RG Warn 08 Nr 506; 1917 Nr 241; 1918 Nr 7; Baulohnforderungen RG Warn 1919 Nr 59; Maklervergütung Warn 1919, 115. Ein wegen mangelnder Form ungültiges Schenkungsversprechen kann nicht nach § 607 Abs 2 in ein Darlehn umgewandelt werden (RG 6. 12. 13 V 304/13); ebenso wenig eine nach dem Gesetz unwirksame Spielschuld (RG Warn 1915 Nr 177). c) Es kann verbunden mit der Umwandlung die Schaffung einer selbständigen Schuldverbindlichkeit nach § 781, oder ohne bestehende Schuld nach § 780 beabsichtigt sein (RG JW 1910, 704[3]; Gruch 49, 916). Hier wird die Abgabe eines schriftlichen Schuldbekenntnisses erfordert, s. A 7. Auch für **erst künftig zu begründende Forderungen** kann ein Darlehnsverhältnis nach § 607 Abs 2 geschaffen werden (RG JW 06, 550[19]; 1911, 151[6]; Warn 1918 Nr 7; 26. 2. 06 VI 224/05; 17. 6. 07 V 550/06; 29. 6. 07 V 114/07; 6. 10. 17 V 149/07). Da nach § 700 die Vorschriften über das Darlehn auch für den sog. **uneigentlichen Verwahrungsvertrag** (s. Vorbem 1) Anwendung finden, so kann eine bestehende Schuld auch in ein solches Verhältnis umgewandelt werden (RG 67, 262).

7. Der im Verkehr übliche **Darlehnsschuldschein** ist im Hinblick auf das Vereinbarungsdarlehn des Abs 2 mehr als eine bloße Beweisurkunde für die Darlehnshingabe. Er überhebt den Gläubiger jedes weiteren Beweises, auch wenn feststeht, daß ein bares Darlehn nicht gegeben war, während der Schuldschein auf ein solches lautet. Der Schuldner, der ein Schuldbekenntnis ausgestellt hat, ist in vollem Umfange beweispflichtig, daß weder ein Darlehn nach § 607 Abs 1 noch ein solches nach Abs 2 vorliegt; er muß also das Nichtbestehen einer Schuld überhaupt beweisen, auf die der Schuldschein sich beziehen könnte. Dies auch dann, wenn eine selbständige (abstrakte) Verbindlichkeit nach §§ 780, 781 nicht anzunehmen ist (RG 56, 235; 57, 320; JW 05, 138[15]; 1910, 576[8]; Warn 09 Nr 358; 1910 Nr 428; 1912 Nr 161; 1913 Nr 90; 1914 Nr 155; Gruch 51, 939; 6. 3. 05 IV 452/04; 26 2. 06 VI 226/05; 13. 12. 06 VI 156/06; 6. 12. 13 V 304/13). Der Aussteller des Schuldbekenntnisses muß demnach die Umstände darlegen, die zur Ausstellung der Schuldurkunde geführt haben, und dartun, daß daraus eine Verpflichtung für ihn sich nicht ergibt. Behauptet der Gegner selbst einen bestimmten Schuldgrund, so bedarf es selbstverständlich auch für den Schuldner nur des Eingehens auf diesen (RG Warn 08 Nr 506; 26. 10. 11 VI 143/11). Das gilt auch, wenn der Gläubiger selbst ausdrücklich bares Darlehen behauptet. Über die Klage auf Herausgabe eines Schuldscheins, wenn das Darlehn nicht gegeben wurde, vgl. RG JW 09, 415[10].

§ 608

Sind für ein Darlehen Zinsen bedungen¹), so sind sie, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, nach dem Ablaufe je eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung zu entrichten²).

E I 456 II 548; M 2 312—313; P 2 43; 6 187.

1. **Zinsen.** Das zinslose Darlehn ist die juristische Grundform des Geschäfts. Zinsen sind nur zu zahlen, wenn sie bedungen sind. Die Zinspflicht (§§ 246—248) ist eine Nebenverpflichtung des Darlehnsnehmers und ist vom Bestand und der Höhe der Hauptschuld abhängig (RG 53, 294; Warn 1910 Nr 417). Die Zinsen laufen von der Hingabe oder vertragsmäßigen Bereitstellung an, womit auch das Zinsjahr des § 608 beginnt, bis zur Rückzahlung. Verjährung § 197. Über anders geartete Vergütungen s. RG Warn 1910 Nr 417. Darlehn gegen Dividende RG 31, 33.

2. Anwendung des § 608 auf das Rechtsverhältnis der **uneigentlichen Verwahrung** nach § 700 RG 67, 264.

§ 609

Ist für die Rückerstattung eines Darlehens eine Zeit nicht bestimmt[1]), so hängt die Fälligkeit davon ab, daß der Gläubiger oder der Schuldner kündigt[2])[3]).

Die Kündigungsfrist beträgt bei Darlehen von mehr als dreihundert Mark drei Monate, bei Darlehen von geringerem Betrag einen Monat.

Sind Zinsen nicht bedungen, so ist der Schuldner auch ohne Kündigung zur Rückerstattung berechtigt[4]).

E I 457 II 549; M 2 313, 314; P 2 43—46.

1. Ist eine **Zeit zur Rückerstattung** bestimmt, so kann nach deren Ablauf das Darlehn unmittelbar zurückgefordert werden. Die Abmachung, der Empfänger solle zurückzahlen, wenn er dazu ohne Gefährdung seines wirtschaftlichen Bestehens imstande sei, macht das Darlehen fällig, sobald der Schuldner in die bessere Vermögenslage gelangt ist; eine Wiederverschlechterung ist bedeutungslos (RG 17. 11. 02 VI 232/02). Über die Behauptungs- und Beweislast in diesem Falle s. RG 28, 176 und SeuffA 33 Nr 90. Nach Ablauf der Zeit oder der Kündigungsfrist entsteht keine stillschweigende Verlängerung des Schuldverhältnisses; diese muß besonders vereinbart werden. Ist eine Rückzahlungszeit bestimmt und ohne weitere Zeitbestimmung vereinbart, daß das Darlehn gegen höhere Zinsen über die Rückzahlungszeit hinaus behalten werden kann, so tritt nunmehr Kündigung nach § 609 ein (RG 28. 5. 07 VII 331/06). § 609 enthält nicht zwingendes Recht und gilt nur als Ergänzung des Parteiwillens (RG 20. 12. 18 VII 191/18).

2. Die **Kündigung** ist die formlose einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, daß das zwischen dem Kündigenden und dem Empfänger der Kündigungserklärung bestehende Rechtsverhältnis beendet werden solle. Die Bezeichnung des Zeitpunkts der Beendigung gehört nicht zum notwendigen Inhalt der Erklärung, da dieser Zeitpunkt sich aus dem Gesetz oder Vertrag ergibt (RG Warn 08 Nr 336; anders früher RG 26, 191). Die für einen bestimmten Endtermin erfolgte, für diesen aber verspätete Kündigung gilt deshalb für den nächsten zulässigen Endtermin (RG a. a. O.). Wer sich auf die gesetzliche Kündigungsfrist stützt, braucht nicht zu beweisen, daß keine andere vereinbart worden sei; Sache des Gegners ist es, eine solche darzutun (RG 57, 46; 68, 305; Warn 1910 Nr 54 u. 191; a. M. Stölzel in BuschsZ 35, 4 ff). Denn, wo das Gesetz selbst einen regelmäßigen Vertragsinhalt angenommen wissen will, ist eine abweichende Vereinbarung etwas, wogegen die gesetzliche Vermutung spricht (RG 68, 308). Die Kündigung, die auch — s. jedoch Abs 3 — gegen den Kündigenden wirksam und deshalb unwiderruflich ist (RG JW 1911, 39[21]), kann auch durch Klageerhebung erfolgen; die Prozeßvollmacht des Rechtsanwalts ermächtigt hierzu (RG 53, 212; 13. 5. 03 V 474/02). Für den Gläubiger kann die Kündigung dauernd oder wenigstens auf die Lebenszeit des Darlehnsgebers (so RG 19. 12. 12 VI 462/12) ausgeschlossen werden, für den Schuldner dagegen unter entsprechender Anwendung der §§ 567, 1202 höchstens auf 30 Jahre (persönliche Freiheit). War ein Darlehn zur geschäftlichen Selbständigmachung des Darlehnsnehmers gegeben, so ist als Vertragsabsicht anzusehen, daß nicht sofort gekündigt werden kann; die Erreichung des Zweckes muß durch Gewährung angemessener Zeit ermöglicht werden (RG Gruch 52, 429) An die Stelle der einseitigen Kündigung kann selbstverständlich auch eine gegenseitige Fälligkeitsabrede treten (RG JW 1911, 364[14]). Die Vereinbarung „jederzeitiger" Rückforderung schließt nicht die Beibehaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist aus (RG 12. 12. 16 VII 266/16); ein Darlehn ist immer als ein Schuldverhältnis von gewisser Dauer gedacht; eine sofortige Rückerstattung nach Hingabe steht mit dem Wesen des Darlehnsgeschäfts in Widerspruch.

3. Die im Verkehr häufige **Klausel**, daß bei unpünktlicher Zinszahlung die **sofortige Fälligkeit** des Kapitals oder ein fristloses Kündigungsrecht des Gläubigers eintrete, steht unter den Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 und ist dahin zu verstehen, daß der Gläubiger von seinem Rechte auf Zahlung oder Kündigung innerhalb eines angemessenen Zeitraums nach Eintritt des Zinsverzugs Gebrauch machen muß, widrigenfalls das Recht für diesen Verzugsfall erlischt und der Vertrag in der alten Weise sich fortsetzt (RG JW 08, 550[11]; 1912 385[4]). Die Annahme der nachträglichen Zinszahlung allein ändert an der Fälligkeit oder Kündigungsbefugnis nichts (RG JW 03 Beil Nr 47; Warn 1911 Nr 11; SeuffA 63 Nr 245). Der Gläubiger muß den Verzugs- und Kündigungsfall abwarten; es kann nicht etwa vorher bedingt gekündigt werden (RG SeuffA 59 Nr 55). Die sofortige Fälligkeit auf Grund der Verwirkungsklausel tritt nach RG JW 1919, 570[4] nicht ein, wenn den Schuldner an der Nichterfüllung kein Verschulden trifft. Jedenfalls gilt dies, wenn der Gläubiger die Nichteinhaltung der Bedingung selbst verschuldet hat.

4. **Rückerstattung ohne Kündigung.** Das verzinsliche Darlehen kann der Schuldner

nicht ohne Kündigung zurückzahlen, auch nicht nach Kündigung, wenn eine Fälligkeitszeit bestimmt ist. Ob das unverzinsliche Darlehen auch vor der festbestimmten Zeit zurückgezahlt werden kann (§ 271 Abs 2), ist streitig, aber anzunehmen. Für den Gläubiger gilt Abs 3 nicht. Im Kleinverkehr — Entleihung von Wirtschaftsbedürfnissen — wird die Anwendung des § 609 als durch stillschweigende Vereinbarung ausgeschlossen und jederzeitige Rückforderung regelmäßig als Vertragswille zu gelten haben. Ist der Darlehnsvertrag mit einem Lieferungsvertrage (Bierlieferung) verbunden, so ist das Darlehn zurückzuerstatten, wenn der Warenbezug eingestellt wird (RG 67, 101; Gruch 53, 945).

§ 610

Wer die Hingabe eines Darlehens verspricht[1])[2]), kann im Zweifel das Versprechen widerrufen[3]), wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf die Rückerstattung gefährdet wird[4]).

E I 458 II 550; M 2 314—316; P 2 47—50.

1. **Das Darlehnsversprechen,** das § 610 behandelt, schafft die Verpflichtung des Versprechenden zur Zahlung einer Geldsumme, die nicht der Höhe nach bestimmt zu sein braucht, wenn sie nur bestimmbar ist (RG Warn 09 Nr 446), zum Zwecke der Begründung eines Darlehnsschuldverhältnisses (RG 52, 306; 66, 359; früheres Recht 32, 364); erst die Zahlung der Summe macht den Empfänger zum Darlehnsschuldner. Das Darlehnsversprechen begründet mithin noch keine Darlehnsschuld, sondern nur eine Verpflichtung zum Abschlusse eines diese begründenden Vertrages durch Hingabe der Darlehnssumme. A. M. insbes. Kohler, Lehrb. d. BR 2, 337 ff. und ArchBürgR 33, 1 ff., der in dem Vertrage einen gegenseitigen Vereinbarungsvertrag auf Gewährung und Rückgewähr als Vor- und Nachleistung erblickt. Zahlungsort für die Hingabe des Darlehns ist also nicht nach § 270 der Wohnsitz des Darlehnsgebers als des Schuldners für die Gewährung des Darlehns; der Darlehnsnehmer hat sich das Geld zu holen und die Zusendung geschieht auf seine Gefahr und Kosten. Der innere Zusammenhang, in welchem der Vorvertrag und die Darlehnshingabe miteinander stehen, muß aber dahin führen, daß die bei beiden getroffenen Beredungen im Zweifel einheitlich und als einander ergänzend auszulegen sind (RG Warn 1910 Nr 191). Das gegebene Darlehn ist nicht nichtig, weil der Vorvertrag nichtig ist (RG 86, 323). Über ein aufschiebend bedingtes Darlehnsversprechen s. RG Warn 1910 Nr 307. Aus dem Zwecke des Geschäfts ergibt sich, daß gegen die Forderung auf Hingabe der Darlehnssumme nicht mit Gegenforderungen aufgerechnet werden kann (RG 56, 235). Dagegen kann der Darlehnsnehmer gegen eine Forderung des Darlehnsgebers aufrechnen, womit er erklärt, durch Gegenrechnung das Darlehn empfangen zu haben. Von der Verpflichtung zur Gewährung eines Darlehns, die einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung und auf Schadensersatz im Falle des Verzugs erzeugt, ist die bloße Inaussichtstellung, die vielfach nur als gewollt anzunehmen ist, selbst wenn der Darlehnsgeber den Darlehnsschuldschein bereits entgegengenommen oder Teilzahlungen auf das Darlehn geleistet hätte, wohl zu unterscheiden. Der Darlehnsvorvertrag ist im übrigen auch in der Weise möglich, daß er auf die Verpflichtung zur Annahme eines Darlehns gerichtet ist; ebenso können die Verpflichtungen zur Hingabe und zur Annahme verbunden sein. Die letztere begründet im Zweifel nach der Absicht der Vertragsparteien jedoch nur einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nach § 286 Abs 2 (s. PrALR I 11 § 659). Häufige Anwendungsformen des Vorvertrags auf Darlehnshingabe sind der nicht auf ein einzelnes Darlehn, sondern auf einen laufenden Kredit in bestimmter Zeit und bestimmter Höhe gerichtete Kreditvertrag (s. RG 52 S. 303, 306) und der Vorbem 3 vor § 607 erwähnte Baugeldervertrag, ein auf wechselseitigem Vertrauen beruhender und regelmäßig gegenseitige Verpflichtungen erzeugender Vertrag, auf den daher die sonst für die Darlehnsverträge, auch den Darlehnsvorvertrag, nicht anwendbaren §§ 320—327 Anwendung finden. Über den Darlehnsvorvertrag als gegenseitigen Vertrag s. Bem 5 vor § 607.

2. **Übertragbarkeit.** Der Anspruch auf die Darlehnshingabe ist regelmäßig nicht abtretbar (§ 399; dazu vgl. RG 66, 359) und daher auch nicht pfändbar (§ 851 ZPO), weil es nicht in der Macht des Darlehnsempfängers liegt, dem Gläubiger ohne dessen Willen einen andern Schuldner unterzuschieben; doch kann auch das Gegenteil ausgemacht sein oder aus dem Vertrage als gewollt sich ergeben (RG 66, 359). Die Unübertragbarkeit des Anspruchs aus dem Darlehnsvorvertrage entfällt, wenn die Zahlung an den Nachgläubiger (Zessionar) nicht diesen, sondern den Vorgläubiger (Zedenten) und Versprechensempfänger zum Schuldner des Darlehns machen soll (RG 68, 355; 77, 407; JW 08, 676[6]; 09, 309[4]; Warn 1910 Nr 307). Hier liegt im Grunde nur eine Anweisung an den Darlehnsgeber vor, für Rechnung des Darlehnsnehmers dem Dritten eine gleiche Summe auszuzahlen

(§ 787 Abs 1), deshalb ist beim Baugelderdarlehen die Übertragbarkeit der einzelnen Baugelderraten in diesem Sinne an sich anzunehmen (RG 66, 359; 38, 308). Maßgebend ist hier jedoch, daß durch die Abtretung die Baugelder dem Zwecke des Baugelddarlehns entsprechend der Förderung des Baues zugewendet werden; außerhalb dieses Zweck s ist jede Abtretung und Anweisung auch hinsichtlich der einzelnen Darlehnsraten unzulässig (RG JW 09, 309[4]; Gruch 53, 837; Warn 1911 Nr 15 u. 320; s. auch § 1 Abs 1 des BauFG). Da der Abtretende derjenige bleibt, dem das Recht auf Gewährung des Darlehns zusteht, ist er auch zu dem Anspruche berechtigt, daß ihm durch Zahlung an den Abtretungsempfänger das Darlehn gewährt werde (RG 77, 407).

3. Da § 321 auf den Darlehnsvorvertrag bei dessen einseitig verpflichtender Natur nicht anwendbar ist, gibt § 610 eine entsprechende Vorschrift, die indessen („im Zweifel") nur als Auslegungsregel zu gelten hat. Der **Widerruf** ist kein Rücktritt im Sinne des § 346 (RG 52, 5). Wenn mehrere Personen gemeinschaftlich sich zur Darlehnshingabe verpflichtet haben, steht auch der Widerruf nur allen, nicht den einzelnen zu (RG 28. 9. 17 II 104/17). Er ist im übrigen wie die Kündigung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung nach §§ 130ff. und kann auch im Prozesse erfolgen. Eine verallgemeinernde Anwendung auf andere Rechtsverhältnisse duldet § 610 nicht (RG 50, 255).

4. Das Widerrufsrecht setzt eine **wesentliche Verschlechterung** der Vermögensverhältnisse des Entleihers seit der Abgabe des Darlehnsversprechens voraus. Bei der Vergleichung sind nicht nur die Vermögensstücke und Schulden, sondern auch die Kreditverhältnisse in Rechnung zu ziehen (RG 12. 7. 06 VI 589/05, zu § 775). Der Ausfall einer dem Darlehnssucher gehörenden Hypothek bedeutet nicht ohne weiteres eine wesentliche Verschlechterung der Vermögensverhältnisse (RG 2. 12. 14 V 270/14). Auf die allgemeine Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage infolge des Kriegsausbruches kann der Versprechende einen Widerruf nicht gründen, wenn nicht gerade die Verhältnisse des Darlehnssuchers davon besonders betroffen sind und gefährdet erscheinen (RG Warn 1916 Nr 5 u. 217). Ist die Verschlechterung gerade erst durch Vorenthaltung des versprochenen Darlehns eingetreten, so kann sich der Darleiher auf § 610 nicht berufen (replica doli; RG 7. 10. 07 VI 541/06). Die Rückerstattung ist nicht gefährdet, wenn der Darlehnsgläubiger durch Pfänder oder Bürgschaft hinlänglich gesichert ist, und die Gefährdung wird durch Anbietung solcher Sicherung beseitigt, die nach Treu und Glauben nicht abgelehnt werden darf (vgl. § 321). Ist das Recht auf die Darlehnshingabe einem Dritten abgetreten, der die Rolle des Empfängers übernommen hat und durch den die Rückzahlung des Darlehns erfolgen soll, so ist der Widerruf nur wegen Verschlechterung in dessen Vermögensverhältnissen seit seinem Eintritt in den Vertrag zulässig (RG Gruch 53, 837). Das Widerrufsrecht wird durch den Verzug des Darlehnsversprechers nicht aufgehoben (RG ebenda). Auf das Versprechen, ein bereits gewährtes Darlehn zu verlängern, ist die Bestimmung über den Widerruf des Darlehnsversprechens nicht auszudehnen (str.); ob hier ein Rücktritt wegen veränderter Umstände etwa gegeben sein soll, ist durch Auslegung aus dem Vertrage zu entnehmen (RG JW 05 168[5]).

Sechster Titel

Dienstvertrag

1. Begriff und rechtliche Natur: Gegenseitiger Vertrag, nach dem der eine Teil zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist. Er unterscheidet sich vom Werkvertrage dadurch, daß dieser nicht auf die Dienste an sich, sondern auf ihren Erfolg gerichtet ist (RG 72, 179; 81, 8; 86, 75; auch LZ 1918, 949[8]), von dem Auftrage vor allem durch dessen Unentgeltlichkeit. Dienstvertrag, nicht Werkvertrag ist es z. B., wenn der Unternehmer eines Gleisbaus einen Ingenieur mit der Leitung und Beaufsichtigung des herzustellenden Werkes beauftragt (RG 81, 8), wenn eine Musikkapelle zu abendlichen Vorträgen in einer Wirtschaft angenommen wird (SeuffA 71 Nr 38), wenn jemand die Ausbildung eines Sängers übernimmt (OLG 28, 179), wenn jemand zu dem Zwecke angestellt wird, Versuche zur Erfindung eines Mittels zur Beseitigung oder Verhütung übler Geruchswirkungen vorzunehmen (OLG 36, 114). Vertrag über Mitbewirtschaftung und Instandhaltung eines Anwesens als Dienst-, nicht Werkvertrag s. BayObLGZ 19, 29. Dienstvertrag ist, abgesehen von besonderen Verhältnissen (RG 72, 281; vgl. Vorbem 1 vor § 631), regelmäßig auch die Anstellung als Ziegelmeister (OLG 29, 4). Aufstellung eines Bauplans durch den bauleitenden Architekten als Gegenstand eines Dienst-, nicht Werkvertrags s. RG 86, 75. Vgl. noch § 611 A 4 und Vorbem 1 vor § 631. Die Tätigkeit des Dienstpflichtigen gleicht vielfach äußerlich der des Unternehmers eines Werkvertrags. Das darf aber nicht dazu führen, sie auch rechtlich gleich zu behandeln. Denn rechtlich (und auch wirtschaftlich) ist die Stellung des Dienstpflichtigen eine völlig andere. Die für den Werkvertrag gegebenen Vorschriften lassen sich daher nicht auf Dienstverhältnisse

übertragen, so insbesondere nicht § 638, der in engem Zusammenhange mit den §§ 633ff. steht (RG JW 1911, 537[9]; auch LZ 1916, 1188[11]; 1918, 949[8]), nicht die Vorschrift des § 647 über das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers (RG 72, 281) und die Vorschrift des § 648 über den Anspruch auf Einräumung einer Sicherungshypothek (§ 648 A 1). Eigentümlich ist dem Dienstvertrage, daß bei ihm besondere sozialpolitische Rücksichten auf den Dienstpflichtigen, als den wirtschaftlich Schwächeren, hervortreten, worauf namentlich die zwingenden Vorschriften in §§ 617, 618, 619, 624, 629, 630 zurückzuführen sind. — Da der Dienstvertrag ein gegenseitiger Vertrag ist, so gelten, soweit sich nicht aus den besonderen Vorschriften dieses Titels (oder aus dem Vertrag selbst) etwas anderes ergibt, für ihn auch die allgemeinen Bestimmungen der §§ 320ff., so § 323 (RG 92, 176, auch JW 1918, 274), dazu § 616, dagegen nicht §§ 325, 326 neben §§ 626—628 (RG 92, 158 und §§ 626 A 3, 628 A 1). — Bei einem Dienstverschaffungsvertrage, der oft in Verbindung mit einem Mietvertrage auftritt (Vermietung eines Hafenfahrzeugs mit Schiffer, eines Kraftwagens mit Führer, einer Schreibmaschine mit Maschinenschreiberin) haftet der eine Vertragsteil, der Vermieter, im Zweifel nicht gemäß § 278 für ein Verschulden der dem anderen Teile gestellten dienstverpflichteten Person bei Leistung der einzelnen Dienste. Denn insoweit bedient er sich des Dienstverpflichteten nicht zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit gegenüber dem Mieter. Die Verbindlichkeit des Vermieters erschöpft sich vielmehr — abgesehen von der Gewährung der Sache — darin, daß er dem Mieter eine an sich geeignete Persönlichkeit stellt und (als deren Dienstherr) sie dauernd veranlaßt, den Anweisungen des Mieters Folge zu leisten. Die einzelnen Dienstleistungen berühren nur den Mieter und liegen nicht innerhalb des Pflichtenkreises des Vermieters (RG 56, 361; 82, 427; 98, 327; OLG 28, 152; 36, 49; auch JW 1919, 940[6]). Anders in der Regel bei Überlassung einer Dampfdreschmaschine mit Maschinisten (RG Gruch 61, 633; RG LZ 1916, 235). S. auch RG JW 1920, 284[5]. — Von der auf Vertrag beruhenden Dienstpflicht ist zu unterscheiden die gesetzliche Dienstpflicht der Ehefrau, § 1356 Abs 2, und der Kinder, § 1617 (RG 25. 2. 10 III 148/09), gegenüber dem Ehemann und den Eltern.

2. **Geltungsbereich der Vorschriften des BGB.** Diese werden ausgeschlossen oder beschränkt:

a) durch eine Reihe von **Sonderbestimmungen** der Reichs- und Landesgesetze, insbes. des HGB §§ 59—83 in der Fassung des Gesetzes v. 10. 6. 14 (RGBl 209) über die Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge, §§ 84—92 über die Handlungsagenten, §§ 511—555 über die Schiffer, §§ 740—753 über die Bergung und Hilfeleistung in Seenot — zu welchen Vorschriften noch diejenigen des Abänderungsgesetzes v. 2. 6. 02, §§ 547, 548, 549, 553, 553a, 553b, 749 treten —; ferner der Seemannsordnung v. 2. 6. 02, insbes. §§ 27—83; der Strandungsordnung v. 17. 5. 74, insbes. §§ 4—25, §§ 36—41; des Gesetzes über die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt v. 20. 5. 98, insbes. §§ 7—20 über den Schiffer, §§ 21—25 über die Schiffsmannschaft, §§ 92—101 über Bergung und Hilfeleistung; des Ges., betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Flößerei v. 15. 6. 95, insbes. §§ 1—16 über den Floßführer, §§ 17—21 über die Floßmannschaft, §§ 24—29 über Berge- und Hilfslohn; ferner der GewO in der Fassung v. 26. 7. 00 nebst Abänderung im EG.BGB Art 36 und späteren Zusatzbestimmungen, insbes. §§ 105—139m über die gewerblichen Arbeiter, d. h. Gesellen, Gehilfen, Lehrlinge, Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker, Fabrikarbeiter; vgl. auch das Abänderungsgesetz v. 28. 12. 08, RGBl 667, namentlich in betreff der Beschäftigung von Arbeiterinnen und jugendlichen Arbeitern; ferner VO v. 23. 11. 18 (RGBl 1329,) VO v. 5. 2. 19 (RGBl 176) und für die Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung VO über die Regelung der Arbeitszeit gewerblicher Arbeiter v. 23. 11. 18 (RGBl 1334), ergänzt durch VO v. 17. 12. 18 (RGBl 1438), und VO über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten v. 18. 3. 19 (RGBl 315); ingleichen der Landesgesetze über die Dienstverhältnisse im Bergrecht EG Art 67 Abs 1. Alle diese Vorschriften gehen auf dem Gebiete des Dienstvertrags denjenigen in §§ 611ff. vor; doch ist, wo sie nicht ausreichen, eine entsprechende Anwendung der letzteren nicht ausgeschlossen. Die Gesindeordnungen (EG Art 95), ebenso die Ausnahmegesetze gegen die Landarbeiter, sind aufgehoben (Aufruf des Rates der Volksbeauftragten v. 12. 11. 18 Nr 8, RGBl 1303). Vorläufige Landarbeitsordnung v. 24. 1. 19 (RGBl 111). Über Betriebsvertretungen (Betriebs-, Arbeiter- und Angestelltenräte usw.) s. Betriebsrätegesetz v. 4. 2. 20 (RGBl 147), insbesondere über Mitbestimmung der Arbeiter- und Angestelltenräte bei der Einstellung und Entlassung von Arbeitnehmern, §§ 78 Nr 8, 9, 81ff., über Notwendigkeit der Zustimmung der Betriebsvertretung zur Kündigung des Dienstverhältnisses eines Mitglieds einer Betriebsvertretung oder zu seiner Versetzung in einen anderen Betrieb §§ 96—98. Vgl. ferner das Gesetz über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 6. 4. 20 (RGBl 458), dazu VO v. 21. 4. 20 (RGBl 591).

b) Die Dienstverhältnisse der **Staats- und Gemeindebeamten** mit den ihnen eigentümlichen Besonderheiten, dem Zwangs- und Gewaltverhältnis des Staates und der Gemeinde und der Gehorsams- und Dienstpflicht der Beamten (RG 28, 85), sowie die Dienstverhältnisse der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Schulen, ingleichen die Versorgungsverhält-

nisse der Hinterbliebenen aller dieser Personen sind öffentlichrechtlicher Natur und unterstehen daher, auch soweit es sich um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, nicht den Vorschriften des bürgerlichen, sondern denen des öffentlichen Reichs- oder Landesrechts. Es bleiben daher namentlich auch die landesgesetzlichen Vorschriften über die vermögensrechtlichen Ansprüche und Verbindlichkeiten der Beamten, der Geistlichen und der Lehrer an öffentlichen Unterrichtsanstalten aus dem Amts- oder Dienstverhältnisse mit Einschluß der Ansprüche der Hinterbliebenen sowie die landesgesetzlichen Vorschriften über die Übertragbarkeit aller dieser Ansprüche und über die Zulässigkeit der Aufrechnung gegen sie fortdauernd in Geltung (EG Artt 80, 81). Nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes (vgl. Reichsbeamtengesetz v. 31. 3. 73 §§ 149ff.) bestimmt sich auch, ob und unter welchen Voraussetzungen der Rechtsweg eröffnet ist für die vermögensrechtlichen Ansprüche der angeführten Personen auf Gehalt (Ruhegehalt), Reisekostenentschädigung und sonstige Dienstbezüge, ingleichen auf Beschaffung geeigneter Arbeitsräume und Arbeitsgeräte, soweit sie sich auf ein bestehendes Dienstverhältnis stützen (kein Rechtsweg für Ansprüche auf Gewährung einer dienstlichen Stellung, **RG** 12, 70; 49, 1; 53, 429). Die öffentlichrechtliche Natur der fraglichen Dienstverhältnisse schließt aber nicht aus, daß Grundsätze, wie sie z. B. die Schutzvorschrift des § 618 für den bürgerlichen Dienstvertrag aufstellt, auch für das Gebiet des Beamtenrechts als geltendes Recht anerkannt werden (so schon **RG** 18, 173). Nur darf nicht übersehen werden, daß, was in der Rechtsprechung nicht immer zum Ausdruck gekommen ist, es sich hierbei weder um eine unmittelbare noch um eine im gewöhnlichen Sinne entsprechende Anwendung von Rechtsnormen des bürgerlichen Rechtes handelt, sondern um öffentlichrechtliche Grundsätze (vgl. die Entscheidungen in § 618 A 1). Ihre Verletzung kann daher auch die Revision nur dann begründen, wenn das öffentliche Recht, dem das Beamtenverhältnis untersteht, revisibel ist, also z. B. nicht bei Beamtenverhältnissen des badischen oder des hamburgischen Rechtes (**RG** 95, 144; Gruch 61, 663). Vermögensrechtliche Haftung des Beamten gegenüber dem Staate usw. für einen bei Ausübung seines Amtes angerichteten Vermögensschaden s. z. B. **RG** 82, 278; 92, 236; 95, 344; **RG** JW 06, 551[20]. Vermögensrechtliche Haftung der Militärpersonen gegenüber dem Reiche s. **RG** 97 S. 243, 263. — Über Werfthilfstechniker als Beamte vgl. **RG** 78, 1.

Ein öffentlicher Beamter ist der **Gerichtsvollzieher,** der nach § 155 GVG zur Vornahme von Zustellungen, Ladungen und Vollstreckungen berufen ist (vgl. auch das Ges. v. 1. 6. 09 betr. Änderungen des GVG). Da er — abgesehen von den von Amts wegen angeordneten Geschäften — auf Veranlassung und im Interesse einer Partei tätig wird und in der Regel von dieser auch die Gebühren für seine Tätigkeit erhält (vgl. ZPO §§ 753, 754, 755, 826, 827; GVollzGebO §§ 19, 20), so scheint er eine Doppelstellung einzunehmen. Im Anschlusse an den Beschluß der vereinigten Zivilsenate des Reichsgerichts v. 10. 6. 86 (**RG** 16, 396) war denn auch früher angenommen worden: Dem Dritten, insbesondere dem zu pfändenden Schuldner gegenüber habe der Gerichtsvollzieher die Stellung des Beamten, hafte also bei Verletzung seiner Amtspflicht nach § 839. Auch der ihn angehenden Partei gegenüber komme zunächst ebenfalls seine Beamtenstellung insoweit in Betracht, als seine Tätigkeit durch allgemeine Gesetze oder durch die Gerichtsvollzieherordnungen und Geschäftsanweisungen geregelt sei (**RG** 51, 258). Im übrigen aber stehe sein Verhältnis und seine Haftpflicht dem Auftraggeber gegenüber, dessen gesetzmäßigen Weisungen er nachzukommen habe, allgemein unter den privatrechtlichen Grundsätzen des eine Geschäftsbesorgung betreffenden Dienstvertrags (§§ 611, 675; **RG** 16, 396; 17, 332; 18, 389; 56, 90; **RG** 18. 2. 08 III 385/07; **RG** JW 01, 783; 07, 192[33]; **RG** Gruch 44 S. 1199, 1204), wobei der gänzliche oder teilweise Ausschluß der Haftpflicht durch mitwirkendes Verschulden der Partei nach § 254 zu beurteilen sei (**RG** 6. 4. 09 III 326/08). So wurde in Entscheidungen des Reichsgerichts die Haftpflicht des Gerichtsvollziehers seinem Auftraggeber gegenüber, und zwar nicht nur die aushilfsweise des § 839, sondern die unmittelbare, anerkannt bei unterlassener Beglaubigung der Berufungsschrift und der auf deren Abschrift befindlichen Terminsbestimmung, **RG** 26. 3. 09 III 551/08 (hier jedoch mitwirkendes Verschulden des Anwalts der Partei beachtlich); bei mangelhafter Protesterhebung (**RG** 5. 2. 07 III 273/06), bei verzögerter Versteigerung von Pfandstücken und bei Unterlassung einer zulässigen weiteren Pfändung (**RG** 14. 12. 06 III 189/06); bei Pfändung von gesetzlich (ZPO § 811 Nr 1) unpfändbaren und Nichtheranziehung von noch vorhandenen pfändbaren Sachen des Schuldners (**RG** 19. 11. 09 III 566/08); anderseits wurde auch eine nach den angeführten privatrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Verbindlichkeit der beauftragenden Partei zur Erstattung von Lagerkosten dem Gerichtsvollzieher gegenüber angenommen (**RG** 30. 1. 06 III 303/05). Diese ganze Rechtsprechung hat durch den Beschluß der vereinigten Zivilsenate v. 2. 6. 13 (**RG** 82, 85) eine grundsätzliche Änderung erfahren. In diesem Beschlusse wurde die Frage verneint: „Haftet der Gerichtsvollzieher dem Gläubiger für den Schaden, den er ihm bei Ausführung einer Zwangsvollstreckung schuldhaft verursacht, aus einem bürgerlichrechtlichen Vertragsverhältnisse?" Zu der neuen Prüfung dieser Frage hatte namentlich das preuß. Ges. v. 1. 8. 09

über die Haftung des Staates und anderer Verbände für Amtspflichtverletzungen von Beamten bei Ausübung der öffentlichen Gewalt Anlaß gegeben. Der Beschluß beruht im wesentlichen auf folgenden Erwägungen: In der Zwangsvollstreckung betätige sich die staatliche Zwangsgewalt durch die eigenen Organe des Staates. Ob die Zwangsgewalt den Gerichten oder den Gerichtsvollziehern zugewiesen sei, und wie auch die landesrechtliche Regelung des Gerichtsvollzieherwesens gestaltet sein möge, stets erfolge die Zwangsvollstreckung — zwar nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag oder im Auftrage und im Interesse der Partei, aber — als Ausübung staatlicher Zwangsgewalt, kraft der der Behörde oder dem Einzelbeamten vom Staate verliehenen Gewalt. Der Antrag oder der Auftrag der Partei sei nicht die Quelle der Zwangsbefugnis, sondern nur der äußere Anlaß, der die Betätigung der Amtsgewalt auslöse. Deshalb gehöre die Tätigkeit der Organe der Zwangsvollstreckung, der Gerichtsvollzieher nicht minder wie der Gerichte, dem öffentlichen Rechte an, und zwar in ihrer Gesamtheit. Das öffentliche Recht beherrsche somit auch das Verhältnis des Gerichtsvollziehers zu dem Gläubiger, der ihn mit der Zwangsvollstreckung beauftrage. Die Stellung des Gerichtsvollziehers sei hiernach völlig verschieden von der öffentlich angestellter und besonders bevorrechtigter Gewerbetreibender. Die Anwendung des bürgerlichen Vertragsrechts auf das Verhältnis zwischen Gerichtsvollzieher (als Vollstreckungsorgan) und Gläubiger könnte nur gerechtfertigt werden, wenn und insoweit eine klare und bestimmte Vorschrift des Gesetzes sie geböte. An einer solchen Vorschrift fehle es. Die Grundsätze des eine Geschäftsbesorgung betreffenden Dienstvertrags (§§ 611, 675) sind also nicht anzuwenden, vielmehr bestimmt sich die Haftung des Gerichtsvollziehers für die Verletzung der ihm obliegenden Pflichten auch der Partei gegenüber, die seine Tätigkeit in Anspruch nimmt, nach § 839, die Haftung des Staates an Stelle des Gerichtsvollziehers nach den gemäß Art 77 EG vorbehaltenen landesgesetzlichen Vorschriften. Der Gerichtsvollzieher wird nur als Beamter tätig und ist auch nicht Vertreter des ihn mit der Pfändung beauftragenden Gläubigers (**RG** 90, 193). Der Beschluß v. 2. 6. 13 betrifft, wie der frühere vom 10. 6. 86, nur die Haftung des Gerichtsvollziehers für seine Tätigkeit in der Zwangsvollstreckung und befaßt sich, was in seiner Begründung ausdrücklich hervorgehoben wird, nicht mit der Frage, nach welchen Grundsätzen die Schadensersatzpflicht des Gerichtsvollziehers für ein Verschulden bei der Zustellung, bei der Vornahme einer Versteigerung in den Fällen der §§ 383, 1235ff. BGB oder bei der Vornahme von freiwilligen Versteigerungen zu beurteilen ist. Die gleiche Beurteilung — nur Beamten- oder Staatshaftung — muß aber überall da Platz greifen, wo es sich um die Erfüllung von Aufgaben handelt, die dem Gerichtsvollzieher in seiner Eigenschaft als Beamter durch Gesetz oder Dienstanweisung auferlegt sind (vgl. für die Ausführung von Zustellungen **RG** 87, 412; 91, 179). Vgl. noch **RG** 83, 336 (vorzeitige Pfändung), **RG** Warn 1919 Nr 134 (verspätete und ordnungswidrige Versteigerung). Wahrung der Rechte Dritter bei der Zwangsvollstreckung als Amtspflicht des Gerichtsvollziehers s. **RG** 87, 294. Vgl. noch zu § 839.

Der **Notar** ist zunächst ein Beamter, und zwar ein Staatsbeamter, dem die öffentliche Beurkundung (vgl. **RG** Warn 09 Nr 206) im Interesse von Privatpersonen obliegt (BGB §§ 126—129, 518, 2231ff.; FGG v. 17. 5. 98, zehnter Abschnitt: gerichtliche und notarielle Urkunden; WO Art 87ff.; RStGB § 359). Da er aber regelmäßig nur auf Ersuchen einer Partei tätig wird, so wurde früher angenommen, daß der Notar zwar Dritten (**RG** 78, 246), daher auch dem Wechselprotestaten gegenüber, nur als Beamter mit Haftung nach § 839 zu betrachten sei, so z. B. im Falle unrichtiger Beurkundung eines Vertrags (**RG** 23. 1. 06 III 400/06), daß aber im Verhältnisse zu der Partei, die seine Tätigkeit in Anspruch nimmt, neben den öffentlichrechtlichen, durch Gesetz und Dienstanweisung gegebenen Vorschriften die Grundsätze des bürgerlichen Rechtes über Dienstvertrag und Geschäftsbesorgung mit unmittelbarer Haftung für etwaige Versehen anzuwenden seien, so z. B. in betreff seiner Schadenspflicht bei versäumter oder ungültiger Protesterhebung (**RG** 49, 26; **RG** 6. 2. 06 III 275/05; 29. 5. 06 III 334/05; Warn 1912 Nr 102); bei der Aufnahme eines formell ungültigen Testaments (**RG** 21. 12. 09 III 38/09); bei der Abfassung einer zu weitgehenden Löschungsbewilligung (**RG** 4. 1. 10 III 65/09). Als wesentlich oder doch als Regel wurde danach für das Verhältnis zwischen dem Notar und den Beurkundungsbeteiligten angesehen, daß beide Teile durch einen Vertrag gebunden seien, der die dem Notar schon amtlich obliegende Tätigkeit als seine vertragliche Pflicht umfasse. Diese der amtlichen Stellung des Notars nicht gerecht werdende Auffassung ist aber unter der Einwirkung des die Haftung des Gerichtsvollziehers betreffenden Beschlusses der vereinigten Zivilsenate v. 2. 6. 13 (s. oben) vom Reichsgericht aufgegeben, und es ist in **RG** 85, 409 (413) ausgesprochen worden, daß grundsätzlich, wenigstens beim preußischen Notar, auf den allein sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts bezieht, die Erfüllung einer Amtspflicht nicht Gegenstand vertraglicher Bindung sein könne. Ebenso spätere Entscheidungen (vgl. **RG** 95, 214). Neben den Amtspflichten des Notars gibt es keine besonderen „Berufspflichten" (**RG** JW 1915, 119[3]), sondern nur Vertragspflichten, die er als Rechtskundiger durch Dienstvertrag, der eine Geschäfts-

besorgung zum Gegenstand hat (§§ 611, 675), — im Falle der Unentgeltlichkeit durch Auftrag (§ 662) —, unter Umständen auch durch Werkvertrag (§ 631 Abs 2) übernimmt. Solche Vertragspflichten können aber nur da begründet sein, wo eine Amtspflicht nicht mehr in Frage kommt. Amtspflicht (nicht Vertragspflicht) des beurkundenden Notars ist es, den erklärten Willen der Beteiligten in klarer, gültiger Fassung und Form urkundlich festzulegen, der Urkunde den Inhalt zu geben, der dem Willen der Beteiligten und dem Zwecke der Urkundenerrichtung entspricht (RG 85, 413; 87, 232; 93, 68; RG LZ 1919, 46[12]; 1917, 742[5]; vgl. auch LZ 1919, 60[1]). Dabei darf sich aber der Notar nicht immer und ohne weiteres mit äußerlich einwandfreien Erklärungen der Beteiligten begnügen, er muß vielmehr, wie in der Rechtsprechung ebenfalls anerkannt ist, ihren wirklichen Willen erforschen und danach die Beurkundung vornehmen (RG 95, 301). Soweit es diese Aufgabe mit sich bringt, ist der Notar kraft seines Amtes auch zur Aufklärung und zur Belehrung der Beteiligten verpflichtet, so z. B. wenn zweifelhaft ist, ob sie sich der Bedeutung und Tragweite ihrer (äußerlich vielleicht nicht zu beanstandenden) Erklärungen völlig bewußt sind, oder wenn die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts, dessen Beurkundung verlangt wird, Bedenken unterliegt (vgl. preuß. AG.FGG v. 21. 9. 99 Art 40). Der Notar muß die Beteiligten insbesondere auch darüber belehren, wie sie den mit der Beurkundung erstrebten Zweck erreichen können, und ihnen das dazu taugliche Rechtsgeschäft vorschlagen (RG 95, 214). Darüber hinaus kann eine solche Pflicht durch Vertrag begründet werden (RG JW 1915, 1007[15], auch Warn 1911 Nr 233), so z. B. die Pflicht zur Auskunft über die Verhältnisse eines Darlehnsschuldners und über den Wert einer Sicherheit (RG 8. 7. 18 III 13/18). Amtspflicht zur Belehrung über die Gefahren der Auszahlung eines Darlehns vor Eintragung einer Hypothek s. RG 85, 337. Über die Grenzen amtlicher Belehrungspflicht s. ferner RG JW 1915, 513[11]; 1917, 600[9]; Warn 1914 Nr 120; 1916 Nr 276; RG LZ 1911, 468; 1916, 1372[5]; 1919, 477[9]; auch SeuffA 72 Nr 56, 179. Zur amtlichen Tätigkeit des Notars gehört auch die Vorbereitung einer künftigen Beurkundung oder Beglaubigung, so das Entwerfen von Erklärungen, wenn es zu dem Zwecke geschieht, daß er sie später beurkunden oder auch nur beglaubigen soll (RG JW 1917, 538; 1919, 995[4]; RG SeuffA 71 Nr 254). Dagegen verletzt er nicht eine Amtspflicht, sondern höchstens eine etwa von ihm als Rechtskundigen übernommene Vertragspflicht, wenn er die Ausführung eines von ihm beurkundeten Vertrags nachträglich vereitelt (RG 3. 3. 16 III 374/15). Amtspflicht des Notars, die Beglaubigung einer Urkunde zu verweigern, wenn er die Strafbarkeit oder die Ungültigkeit ihres Inhalts kennt, s. RG 87, 232; vgl. auch 85, 225 und RG JW 1910, 1004[14]. Zur Einsicht des Grundbuchs ist der preußische Notar nur im Falle eines dahingehenden Vertrags verpflichtet (RG JW 1915, 1193[4]; 1919, 241[8]). Dagegen hat er die Amtspflicht, sich vor der Beurkundung eines Kaufvertrags über Grundstücke davon zu überzeugen, ob die Beteiligten, insbesondere der Käufer, zuverlässige Kenntnis vom Hypothekenstande haben (RG 95, 299). Macht der Notar von der Ermächtigung, Urkunden beim Handelsregisteramt oder beim Grundbuchamt einzureichen (FGG § 129; GBO § 15), sei es auch nur auf Ersuchen der Beteiligten, Gebrauch, so liegt ihm die sorgfältige, insbesondere rechtzeitige Ausführung als Amtspflicht ob (RG 93, 68; auch JW 1916, 1284). Über Rat und Auskunft als Gegenstand vertraglicher Bindung, auch wenn der Notar keine Gebühr berechnet, s. RG JW 1918, 90[11]; RG LZ 1915 S. 49, 435; 1919, 154[8]. Über die Amtspflichten des Notars bezüglich der Erhebung von Wechselprotesten s. auch RG 91, 127. — Bezüglich der Erfüllung vertraglicher Pflichten haftet der Notar nach § 278 für das Verschulden seiner Gehilfen (vgl. RG 85, 225). Seine Amtspflichten muß er grundsätzlich in eigener Person erfüllen, wenn er sich auch zur Vorbereitung von Amtshandlungen der Hilfe anderer bedienen darf. So muß er prüfen, ob der Inhalt der von einem Gehilfen entworfenen Urkunde dem Willen der Beteiligten entspricht (RG JW 1914, 354[6]; Gruch 57, 978). Die Gehilfen sind auch nicht berufen, Rechtsauskunft zu erteilen, die Beteiligten nicht berechtigt, sich auf eine solche Auskunft zu verlassen (RG JW 1910, 1004[14]; 1919, 241[8]). Vgl. noch zu § 839.

Die Berufsstellung der **Rechtsanwälte** wird in geringerem Maße als diejenige der Beamten vom öffentlichen Rechte beeinflußt und namentlich werden ihre Beziehungen zu den ihren Beistand in Anspruch nehmenden Privatpersonen durch das Vertragsrecht des BGB bestimmt. Allerdings wird die Stellung des Rechtsanwalts in mehrfacher Hinsicht durch öffentlichrechtliche Vorschriften der RAO v. 1. 7. 78, insbes. §§ 3—25, 26—36, 39, 40, sowie der Prozeßordnungen bestimmt, so daß bei seinem Beruf wie auch bei dem des Arztes (s. unten) „nicht sowohl die Ausübung des wirtschaftlichen Erwerbs als vielmehr die Betätigung geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls in den Vordergrund tritt" (vgl. RG 39, 137; 55, 169 und namentlich 66, 150; 75, 105). Insoweit er aber von einer Privatperson zu deren Beistand zugezogen wird, liegt ein Vertragsverhältnis des bürgerlichen Rechtes vor, dem in der Regel ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§§ 611, 675), und nur ausnahmsweise, wenn nicht die Arbeit des Anwalts, sondern ein durch sie herbeizuführender Erfolg (§ 631 Abs 2), z. B. die Erstattung eines Gutachtens, den Gegenstand

seiner Verpflichtung bildet, ein Werkvertrag zugrunde liegt (RG 75, 105; 88, 223; RG JW 1914, 642[4]; RG LZ 1916, 1188[11]; RG Warn 1918 Nr 75; a. M. Staudinger, „Allgemeiner Arbeitsvertrag", Vorbem IV 1c vor § 611). Auch die Anfertigung eines Vertrags durch einen Rechtsanwalt bildet nur unter besonderen Umständen (RG JW 1914, 642[4]) den Gegenstand eines Werkvertrags (RG 88, 223; Warn 1918 Nr 75). — In der Rechtsprechung ist eine privatrechtliche Haftpflicht des Rechtsanwalts bei Verletzung seiner vertragsmäßigen Verbindlichkeiten stets angenommen worden, so bei unrichtiger Angabe der Hypothekenverhältnisse eines vom Auftraggeber anzukaufenden Gutes (RG 2. 2. 06 III 270/05), bei nicht ausreichender Sorgfalt, die auf die Grundbucheinsicht zu verwenden war (RG Warn 1912 Nr 246), bei ungenügender Erkundigung über die Hypothekenverhältnisse eines Grundstücks vor der Zwangsversteigerung (RG 15. 5. 08 III 496/07), bei unterlassener Fürsorge für die Aufnahme eines im Zwangsversteigerungstermine abgegebenen Gebots in das Protokoll (RG 11. 12. 08 III 106/08), bei Übersehen des Sicherheitsverlangens eines Beteiligten (RG JW 1915, 654[6]) und bei unterlassener Berechnung der der Hypothek des Auftraggebers vorgehenden Ansprüche im Zwangsversteigerungstermin (RG Warn 1916 Nr 247), ferner bei Beschaffung und Benutzung eines ungültigen Wechselprotests (RG 20. 2. 06 III 295/05), bei Verzögerung einer an sich begründeten Klagestellung bis nach Ablauf der dafür bestehenden Verjährungsfrist und bei schuldhafter Herbeiführung der Verjährung durch Nichtbetrieb eines anhängigen Rechtsstreits (RG 9. 3. 09 III 208/08; RG Warn 1912 Nr 371; RG JW 1914, 771[16]), bei vorzeitiger Stellung von Vollstreckungsanträgen, jedoch unter Einschränkung der Haftung bei mitwirkendem Verschulden der Partei nach § 254 (RG 3. 4. 06 III 376/05), wegen Vereitelung von Schadensersatzansprüchen durch Erhebung der Wandlungsklage (RG Warn 1915 Nr 139), wegen falscher Fassung des Klageantrags bei Auseinandersetzung von Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft (JW 1917, 979[3]), wegen mangelhafter Fassung einer Anmeldung zum Handelsregister (RG JW 1915, 509[8]), wegen unrichtigen Rates über das von einer Partei einzuhaltende Verfahren, wenn zwischen ihr und dem Anwalt ein Vertragsverhältnis besteht (RG 5. 1. 05 III 264/04; 18. 2. 10 III 154/09, dagegen nicht wegen solchen Rates bei nicht bestehendem Vertragsverhältnisse RG 16. 3. 06 III 342/05), wegen Auskunft über tatsächliche oder rechtliche Verhältnisse, auch wenn ein Anspruch auf besondere Vergütung dafür nicht begründet ist (RG LZ 1915, 49[10]), wegen Nichtbelehrung oder irriger Belehrung über die Ausschließung der Haftung für die Schulden eines mit der Firma übernommenen Handelsgeschäfts nach HGB § 25 Abs 2 (RG JW 1916, 1275[5]; RG LZ 1916, 1239[9], auch OLG 28, 176), wegen unterlassener Belehrung über die außergewöhnliche Höhe der Kosten einer Widerklage (RG JW 1919, 446[7]). Die Übernahme der Vertretung im Zwangsversteigerungsverfahren begründet nicht ohne weiteres die Pflicht, dafür zu sorgen, daß der Auftraggeber eine möglichst geringe Wertzuwachssteuer zu bezahlen hat (RG JW 1917, 967[4]). Über die Ausführung des Zwangsvollstreckungsauftrags, das Girokonto eines Schuldners des Auftraggebers „sperren zu lassen", s. RG LZ 1915, 521[9]. Haftung des Rechtsanwalts für die Entwendung von Akten, die einem Beteiligten zur Einsicht vorgelegt worden sind, s. RG LZ 1916, 1022[9]. Vorteilsausgleichung, wenn der durch die Schuld des Rechtsanwalts ausgefallene Hypothekgläubiger das Grundstück mit Gewinn ersteht, s. RG 84, 386. Hat der Rechtsanwalt durch sein Verhalten in einem Rechtsstreite, z. B. durch Nichteinlegung eines Rechtsmittels oder durch einen Verzicht, die Interessen seines Auftraggebers verletzt, so ist für die Frage, ob dadurch ein Schaden entstanden ist, nicht maßgebend, wie das Gericht jenes Rechtsstreits ohne das Verhalten des Rechtsanwalts entschieden haben würde, sondern wie es bei richtiger Beurteilung, also nach der Ansicht des über den Schadensersatzanspruch erkennenden Gerichts, hätte entscheiden müssen (RG 91, 164; JW 1912, 51; 1917, 102[3]; RG SeuffA 69 Nr 40). Über die Beweislast bezüglich des ursächlichen Zusammenhangs s. RG Warn 1916 Nr 135, 1913 Nr 413, RG LZ 1914, 1897. — Der Rechtsanwalt muß bei Wahrnehmung der Interessen seines Auftraggebers nach sorgfältiger Prüfung sich selbst eine Rechtsanschauung bilden und braucht nicht jeder abweichenden Meinung Rechnung zu tragen; wohl aber muß er allgemein anerkannte Ergebnisse der Rechtslehre sowie die oberstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigen (RG 87, 183, dazu 89, 426). Kein Verschulden des Rechtsanwalts, wenn er einer vom Reichsgericht gebilligten, von Schriftstellern bekämpften Ansicht folgt; er braucht auch nicht mit einer Änderung der Rechtsprechung zu rechnen (RG JW 1915, 1259[5]). Der Rechtsanwalt muß aber Zweifel und Bedenken, zu denen die Sachlage Anlaß gibt, darlegen und darf nicht die Gefahr einer ungünstigen gerichtlichen Entscheidung dem Auftraggeber aufbürden (RG LZ 1916, 1006[7]). — Über Behandlung von Fristsachen s. auch RG 96, 322. — Haftung für Gehilfen § 278 (RG JW 1914, 77[9]). Haftung für Unterschlagungen des Kanzleivorstands s. JW 1920, 397[9]. Rechtsanwälte, die sich zur gemeinschaftlichen Ausübung des Anwaltsberufs verbunden haben, haften als Gesamtschuldner für den Schaden, den einer von ihnen dem Auftraggeber schuldhaft verursacht, wenn dieser, was im Zweifel anzunehmen ist, sie sämtlich mit der Wahrnehmung seiner Rechte betraut hat

(RG 85, 306; Warn 1916 Nr 247; vgl. auch JW 1916, 519[7]; 1917, 304[7]; LZ 1916, 831[8]). Das gilt aber nur bei Handlungen, die sich innerhalb der Grenzen des Anwaltsberufs bewegen, nicht z. B. für eine Auskunft über wirtschaftliche Verhältnisse behufs Entschließung über die Gewährung eines Darlehns (RG 88, 342; vgl. auch OLG 34, 60). — Über die *Verjährung* von Schadensersatzansprüchen s. RAO § 32a und RG 88, 223; 90, 82; RG LZ 1916, 1188; Warn 1918 Nr 75. — Vertragsverhältnis des Rechtsanwalts zu *anderen* Beteiligten s. RG 52, 365; RG LZ 1915 S. 49[10], 435[1]; 1918, 41[6].

Die Vorschriften des Dienstvertrags, unter Umständen die des Werkvertrags, finden auch Anwendung auf das Verhältnis des **Arztes** zum Kranken. Allerdings ist auch der Arzt dem öffentlichen Recht unterworfen, namentlich insofern nach GewO § 29 zur Bezeichnung und Anerkennung als „Arzt" ein Befähigungsnachweis und eine staatliche „Approbation" erfordert, ihm auch durch weitere Bestimmungen (StGB § 300; RG 53, 315) die Wahrung des Berufsgeheimnisses und bei gewissen ansteckenden Krankheiten eine Anzeigepflicht auferlegt wird. Vgl. außerdem noch StGB §§ 209, 277, 278; GVG §§ 35, 85; StPO § 52 Abs 1 Nr 3; ZPO § 383 Nr 5; KO § 61 Nr 4; PStG § 18 Nr 3, § 58; RGes., betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten, v. 30. 6. 00 § 2. Die ärztliche Tätigkeit ist ferner ihrem inneren Wesen nach (abgesehen von gewerblich betriebenen Privatkrankenanstalten) kein gewerbliches Unternehmen und trotz §§ 29, 144 Abs 2 GewO auch keins im Sinne der GewO, sondern ein Beruf, bei dem es sich (wie bei den Rechtsanwälten) in erster Linie nicht um den wirtschaftlichen Erwerb, sondern um die Betätigung geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls handelt (RG 66, 143; 86, 186; 90, 35; vgl. auch 80, 223; anders für das Steuerrecht RG 39, 137). Der öffentlichrechtliche Charakter seiner Stellung (s. auch unten Vorbem 4) schließt aber nicht aus, daß der Arzt regelmäßig tätig wird auf Grund eines dem bürgerlichen Rechte angehörigen ausdrücklichen oder stillschweigenden *Vertrags* mit dem Kranken oder seinen Angehörigen und Vertretern, an deren Entschließung der Arzt mehrfach gebunden ist, namentlich wenn es sich um die Vornahme einer *Operation* handelt, die gefährlich und dabei in ihrem Ergebnis ungewiß ist (RG 68, 431; RGSt 25, 375; RG Warn 1911 Nr 431; SeuffA 46 Nr 189; 48 Nr 262; RG Gruch 51, 923). Eine stillschweigende Einwilligung steht der ausdrücklichen gleich. Bei Gefahr im Verzug bedarf es einer Einwilligung überhaupt nicht (RG 68, 434). Der Arzt ist nicht verpflichtet, den Kranken auf alle möglichen Folgen einer Operation aufmerksam zu machen (RG 78, 432) — eine umfassende Belehrung ist unter Umständen sogar unrichtig, weil sie aufregen oder von der Einwilligung zu einem notwendigen Eingriff abschrecken kann (RG ebenda) —, er muß sich aber wenigstens im allgemeinen die Einwilligung des Kranken in die Vornahme der Operation sichern und darf ihn nicht über wesentliche Umstände im unklaren lassen (OLG 28, 182). Macht der Arzt darauf aufmerksam, es sei Gefahr im Verzug, der Kranke müsse ihm alles einzelne überlassen, und unterzieht sich nun der Kranke einer Operation, so liegt darin zugleich die Erklärung des Einverständnisses mit einer Ausdehnung der Operation über den ursprünglich beabsichtigten Umfang hinaus, falls diese Ausdehnung nach ärztlichen Grundsätzen zur Heilung des Kranken erforderlich sein sollte. So für einen Fall, in dem der Arzt einen ungefährlichen Eingriff an der Gebärmutter vornehmen sollte, bei der Operation aber Krebs vorfand und deshalb die ganze Gebärmutter entfernte (RG 21. 11. 13 III 277/13). Über die bei der Ausführung von Operationen anzuwendende Sorgfalt s. RG 83, 75 und 97, 4, über die Beweislast in dieser Beziehung s. RG 78, 432; RG JW 1913, 32[20]. Zu beachten ist dabei, daß nicht jeder Fehler in der Behandlung, nicht jeder Fehlgriff bei einer Operation ein zum Schadensersatze verpflichtendes Verschulden des Arztes begründet (RG 78, 432; RG SeuffA 67 Nr 57). Vgl. RG JW 1912, 581[1] (fahrlässiges Durchstechen der Gebärmutter), RG LZ 1915, 903[6] (Röntgenverbrennung); s. auch RG LZ 1916, 1185[8]. — Über die Verpflichtung des vom Arzte Verletzten, sich einer Operation zur Heilung zu unterwerfen, s. RG 83, 15. Begibt sich der vom Arzt Verletzte behufs Heilung der Verletzung in die Behandlung eines anderen Arztes, und wird er von diesem ebenfalls falsch behandelt, so muß der erste Arzt in der Regel auch für diese mittelbare Folge seines eigenen Fehlers mithaften (vgl. RG JW 1911, 754[9]). Berücksichtigung des Umstandes, daß die verletzende Handlung den Kranken von einem anderen Leiden befreite, s. RG JW 1913, 987[17]. — Dadurch, daß der Erkrankte sich mit einer bestimmten Art der Behandlung (z. B. nach einem Naturheilverfahren) einverstanden erklärt oder sich sogar nur zum Zwecke einer solchen an den Arzt wendet, wird dieser mangels einer abweichenden Vereinbarung nicht der Pflicht überhoben, die Richtigkeit dieser Behandlung von vornherein und in ihrem Verlaufe zu prüfen und, wenn nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft ihre Erfolglosigkeit oder gar Schädlichkeit anzunehmen ist, sie aufzugeben oder wenigstens von ihr abzuraten (RG Warn 1912 Nr 373). Vgl. auch OLG 33, 329 (Gewährung einer vom Kranken gewünschten Behandlung im Bewußtsein ihrer Sachwidrigkeit und Gesundheitsschädlichkeit als Verstoß gegen die guten Sitten § 826). — Bei der Behandlung von *Kindern* tritt der Arzt in der Regel in vertragliche Beziehungen nur zu den Eltern (RG 85, 183, aber auch RG JW 1919, 38[4]). — Liegt ein Vertragsverhältnis nicht vor, so kann Anspruch und Haftung des Arztes

aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677, 680) in Frage kommen. — Neben die Haftung aus Vertrag oder Geschäftsführung ohne Auftrag tritt die Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823ff.), insofern der Arzt, der den Kranken gegen die anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft oder sonst vorsätzlich oder fahrlässig falsch behandelt, der allgemeinen Rechtspflicht, niemanden an seinem Körper oder an seiner Gesundheit zu verletzen, zuwiderhandelt (RG 88, 433; RG Warn 1916 Nr 226; RG SeuffA 67 Nr 58). Haftung eines beamteten Arztes, z. B. eines Gefängnisarztes, nach § 839. — Über die Frage, ob der Arzt für die im Vorraum seiner Wohnung abgelegten Kleidungsstücke haftet, s. RG 99, 35.

Der Vertrag zwischen dem **Schiedsrichter** und den Parteien des schiedsgerichtlichen Verfahrens (ZPO §§ 1025ff.) ist einem Dienstvertrag (oder Auftrag, nicht einem Werkvertrag) ähnlich, aber mit Rücksicht auf die Eigenart der schiedsrichterlichen Tätigkeit als ein Vertrag besonderer Art anzusehen (RG 59, 247; 65, 175; 74, 321; 94, 210). Mit der Übernahme seines Amtes wird der Schiedsrichter beiden Parteien gegenüber in gleicher Weise berechtigt und verpflichtet, mag er auch nur von einer Partei ernannt worden sein (RG 41, 251; 59, 247; 74, 321 u. a.; für Schiedsgutachter s. RG 87, 191). Beide können ihn daher zur Erfüllung seiner Aufgabe anhalten (RG 59, 252; Rücktritt RG JW 09, 694[28]; RG SeuffA 69 Nr 162), und er haftet beiden für die Ordnungsmäßigkeit der Erfüllung (jedoch keine Haftung für Fahrlässigkeit bei der Spruchtätigkeit: RG 65, 175). Anderseits haften beide Parteien nach § 427 als Gesamtschuldner für die ihm zustehende Vergütung (RG 94, 210; SeuffA 74 Nr 77). Ob dem Schiedsrichter eine Vergütung zusteht, bestimmt sich mangels besonderer Vereinbarung entsprechend den Vorschriften der §§ 612, 632 danach, ob die schiedsrichterliche Tätigkeit nach den Umständen nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (RG 94, 210; SeuffA 63 Nr 193; 66 Nr 64; auch 74 Nr 77).

3. Form des Dienstvertrags. Eine besondere Form ist nicht vorgeschrieben (RG 24. 5. 09 III 253/08). Hat der Dienstvertrag jedoch die Übernahme der Grundstücksveräußerung an einen Dritten zum Gegenstande, so bedarf er der Form des § 313 (RG 81, 49). Über einen Dienstvertrag mit Ruhegehaltsversprechen s. RG 80, 208; 94, 157 u. § 761 A 5. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung s. § 1822 Nr 7. Für land- und forstwirtschaftliche Arbeiter s. die vorläufige Landarbeitsordnung v. 24. 1. 19 (RGBl 111) § 2.

4. Inhalt des Dienstvertrags. Auch der Dienstvertrag unterliegt den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242) und darf nicht gegen die guten Sitten (§ 138) verstoßen. Ein solcher Verstoß liegt z. B. unter Umständen dann vor, wenn ein Handlungsgehilfe nach seinem Anstellungsvertrage in gleicher Weise am Gewinn und Verlust des Geschäfts Anteil haben und das Entgelt für seine Dienste sich nur nach dem Ergebnis der Gewinn- und Verlustrechnung bemessen, eintretendenfalls also ein Entgelt ihm überhaupt nicht zukommen soll (RG JW 1910, 5[5]), dagegen nicht schon dann, wenn der Handlungsgehilfe als Vergütung für seine Dienste an Stelle eines Gehalts nur einen Anteil am Gewinn erhält (RG Warn 1914 Nr 37). Unsittlich ist ein Vertrag, wodurch ein Angestellter sich unter Ausübung eines Druckes auf den Geschäftsherrn für die Wahrung der Vertragstreue eine Gehaltserhöhung versprechen läßt (RG JW 1916, 1185[3]). Vgl. auch § 611 A 2. Über die Frage der Unsittlichkeit eines Vertrags, der dem Theaterunternehmer die Befugnis einseitiger Verlängerung oder Kündigung eines Bühnenanstellungsverhältnisses gewährt, s. § 620 A 2. Unzulässig ist ferner die zeitlich unbegrenzte Aussperrung eines Arbeiters durch einen Arbeitgeberverband, wenn dadurch dem Arbeiter in weitgehender Weise die Erlangung von Arbeit erschwert und ihm gegenüber eine unbillige Härte betätigt wird (RG 57, 418). Ein Verstoß gegen Treu und Glauben liegt aber z. B. dann nicht vor, wenn ein Arbeitgeber die bei ihm beschäftigten Arbeiter mit Rücksicht auf den unter den Arbeitern eines anderen Arbeitgebers ausgebrochenen Streik nach vorgängiger ordnungsmäßiger Kündigung entläßt (RG 54, 255). Gegen die guten Sitten verstößt auch nicht die Nebenbestimmung eines Arbeitsvertrags, daß ein Angestellter, der ein an sich auskömmliches festes Gehalt, sowie außerdem gewisse Nebenbezüge an Provision und Tantiemen erhält, keinen Anspruch auf diese Nebenbezüge haben soll, wenn bei ihrer Fälligkeit der Vertrag bereits gekündigt ist (RG 58, 361). — Die Grundsätze der §§ 242, 138 gelten auch für Wettbewerbsverbote, d. h. für Vereinbarungen, wodurch dem Dienstverpflichteten bei Meidung einer bestimmten Strafe für die Zeit nach Beendigung des Dienstverhältnisses eine Beschränkung in der Verwertung seiner Arbeitskraft auferlegt wird. Der Verletzung einer solchen Bestimmung steht ein auf ihre Umgehung gerichtetes Verhalten gleich (RG 22. 2. 10 III 165/09). Bei unverhältnismäßiger Höhe der Strafe ist § 343 maßgebend (vgl. RG 86, 28). Der Dienstberechtigte kann nach § 340 Abs 1 Satz 2 neben der Vertragsstrafe nicht auch zugleich Vertragserfüllung (Einhaltung des Wettbewerbsverbots) fordern, der Verpflichtete aber sich von der ihm auferlegten Beschränkung dann frei machen, wenn die Strafe ihrer Höhe nach dazu bestimmt erscheint, dem Berechtigten das volle Interesse an der Vertragserfüllung zu ersetzen (RG 33, 141; 40, 100; RG 2. 4. 09 III 329/08). Für

Handlungsgehilfen gelten ferner die Vorschriften in §§ 74ff., auch § 82a HGB in der Fassung des Ges. v. 10. 6. 14 (RGBl 209); Anwendung auf Betriebsbeamte, Werkmeister und Techniker (GewO § 133a) s. RG 59, 76. Für gewöhnliche Dienstverträge sind derartige ausdrückliche Vorschriften im BGB nicht enthalten, auch nicht in dem Maße wie bei Handlungs- und Gewerbegehilfen nötig. Die in den gewöhnlichen Dienstverträgen enthaltenen, den Dienstpflichtigen übermäßig beschränkenden Wettbewerbsverbote sind daher nur insoweit zu beanstanden, als sie den Grundsätzen von Treu und Glauben oder den guten Sitten zuwiderlaufen (vgl. RG 7. 6. 04 III 107/04; RG Gruch 57, 841). Unsittlichkeit von Strafbestimmungen s. RG 68, 229; 90, 181. Als den guten Sitten zuwiderlaufend ist insbesondere das von (deutschen) approbierten Ärzten und Zahnärzten (wie auch von Rechtsanwälten) mit ihren seitherigen Gehilfen vereinbarte Wettbewerbsverbot angesehen worden (RG 66, 143). Diese Beschränkung gilt jedoch nicht für eine solche Vereinbarung zwischen den nicht approbierten Zahntechnikern und ihren Gehilfen, da diese Personen lediglich Gewerbetreibende sind und ihre Zahnheiltätigkeit als ein gewerbliches Unternehmen betrachten (RG 70, 339). Über die Zulässigkeit des Verkaufs der Praxis eines Zahntechnikers an einen Zahnarzt s. RG Warn 09 Nr 5. Mit Rücksicht auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Stellung der Rechtsanwälte und Ärzte (s. oben Vorbem 2) sind ferner als unsittlich erklärt worden: ein von der nicht ärztlich vorgebildeten Inhaberin einer Privatkrankenanstalt mit dem von ihr angestellten Arzte vereinbartes Wettbewerbsverbot (RG 90, 35), das Abkommen eines Arztes mit einem Laien über dessen ärztliche Ausbildung, insofern es ausschließlich oder doch überwiegend die Ausnutzung der beruflichen Kenntnisse und Erfahrungen zum Geldverdienen bezweckte (RG JW 1915, 695[2]). Sittenwidrigkeit eines geheimzuhaltenden Abkommens, worin ein Arzt als Leiter eines Krankenhauses sich von einem von ihm als Nachfolger zu empfehlenden anderen Arzt eine Entschädigung versprechen ließ, s. RG JW 1916, 252[1]. Nichtigkeit der Vereinbarung einer übermäßigen Vergütung für die Tätigkeit eines Rechtsanwalts s. RG 83, 109, auch 98, 74. — Nichtigkeit ehrenwörtlicher Verpflichtung s. RG 68, 229; 74, 332; 78, 258, auch 82, 222; RG SeuffA 67 Nr 104; 71 Nr 54; Warn 1914 Nr 178.

5. Übergangsvorschrift s. in EG Art 171.

6. Verfolgung der Ansprüche aus Dienstverträgen. Regelmäßig hat der Dienstberechtigte einen klagbaren Anspruch nur (positiv) auf Leistung der versprochenen Dienste, ohne jedoch in dieser Richtung einen gerichtlichen Zwang geltend machen zu können (ZPO § 888 Abs 2). Dagegen hat er nach dem Gesetze keinen (negativen) Anspruch dahin, daß der Verpflichtete während seiner Vertragszeit bei keinem anderen Arbeitgeber Dienste nehme (§ 611 A 1). Doch kann auch in dieser Beziehung infolge besonderer Vereinbarung ein Anspruch des Geschäftsherrn, seinem Bediensteten die Dienstleistung bei einem anderen Geschäftsherrn zu verbieten, sich ergeben (RG 72, 393, Plenarentscheidung), und in diesem Falle wird sich auch der gerichtliche Zwang rechtfertigen lassen; so ist z. B. gegenüber einem Schauspieler, der sich verpflichtet hat, nur auf einer bestimmten Bühne aufzutreten, ein gerichtliches Strafverbot im Falle des Auftretens auf einer Wettbewerbsbühne für zulässig erachtet worden (RG 29. 1. 04 III 517/03). — Im übrigen kommen aus dem Prozeßrecht für die Verhältnisse des Dienstvertrags zur Anwendung ZPO § 850, sowie Bundesgesetz v. 21. 6. 69 und RGes. v. 17. 5. 98 Art III, VO über Lohnpfändung v. 13. 12. 17/22. 6. 19, RGBl 1917, 1102; 1919, 589 und Ges. v. 10. 8. 20, RGBl 1572 (Beschränkung der Beschlagnahme von Arbeits- oder Dienstlohn), KO §§ 22, 23 Abs 2, 27, 61 Nr 1, 4 (rechtliche Stellung und Befriedigung der Dienstverpflichteten im Konkurse des Dienstberechtigten), ZVG §§ 10 Nr 2, 155 (Befriedigung der Ansprüche gewisser Dienstverpflichteten und Angestellten bei der Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung eines land- oder forstwirtschaftlichen Grundstücks des Dienstberechtigten), ferner BRV über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses v. 14. 12. 16 (RGBl 1363) §§ 9, 11, 13 Nr 5. Vgl. noch GVG § 23 Nr 2, § 202 Nr 4a; ZPO § 709 Nr 2. — Von ganz besonderer Bedeutung sind hier für die Zuständigkeitsfrage das Gewerbegerichtsgesetz in der Fassung v. 29. 9. 01, insbes. §§ 4 u. 6, sowie das Ges. betr. die Kaufmannsgerichte v. 6. 7. 04, insbes. §§ 5 u. 6. In letzterer Beziehung ist insbesondere die Frage, ob die Zuständigkeit des ordentlichen Gerichts oder des Kaufmannsgerichts begründet sei, noch in der Revisionsinstanz nachzuprüfen (RG 87, 82).

7. Kriegs- und Übergangsrecht: VO über die Freimachung von Arbeitsstellen während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung v. 28. 3. 19 (RGBl 355), neue Fassung v. 25. 4. 20 (RGBl 708), VO über die Einstellung und Entlassung von Arbeitern und Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung v. 3. 9. 19 (RGBl 1500), neue Fassung v. 12. 2. 20 (RGBl 218). Vgl. auch oben Vorbem 2a. Für die sog. Kriegsverträge s. VO v. 21. 11. 18 (RGBl 1323) und VO über die Abgeltung von Ansprüchen gegen das Reich v. 4. 12. 19 (RGBl 2146).

§ 611

Durch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste[1]), der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet[2])[3]).

Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein[4])[5]).

E I 559 II 551; M 2 455—460; P 2 276 ff.

1. **Hauptleistung des Dienstpflichtigen; die versprochenen Dienste.** Der Regel nach hat er dabei nur die gewöhnliche Sachkunde zu gewähren (OLG 6, 83). Übernimmt aber jemand Dienste, die eine besondere Sachkenntnis oder Fähigkeit erfordern, dann muß er auch dafür einstehen, daß er diese Eigenschaften hat (LZ 1916, 702[9]). Ob der mit der Dienstleistung verbundene Aufwand, die erforderlichen Geräte, Fahrzeuge usw. vom Dienstpflichtigen oder vom Dienstberechtigten zu beschaffen sind, hängt von den Umständen, insbesondere von der Natur der zugesagten Dienste ab (s. unten § 618 A 2). Verrichten Bedienstete kleine Arbeiten, zu denen sie vertraglich nicht verpflichtet sind, die aber mit ihren Dienstleistungen zusammenhängen (z. B. ein Kellner bringt den Speisenaufzug in Ordnung), so fallen auch diese Arbeiten unter den Dienstvertrag. Der Dienstpflichtige muß daher die erforderliche Sorgfalt anwenden, genießt aber auch den Schutz des § 618 (RG LZ 1915, 1001[22]). — Macht der Dienstberechtigte eine Erfindung, so gebühren die Rechte aus ihr, wie auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt ist, mangels abweichender Vereinbarung dem Dienstberechtigten, wenn die Erfindung im Bereiche der dienstlichen Aufgabe des Dienstpflichtigen liegt, von ihm auf Grund der zugesagten Tätigkeit gemacht worden ist (vgl. RG JW 1920, 382[13]), dem Dienstpflichtigen dagegen, wenn die zur Erfindung führende Tätigkeit aus dem Rahmen der übernommenen Verpflichtung herausfällt (RG SeuffA 60 Nr 196; s. auch SeuffA 65 Nr 196; OLG 7, 382). Auslegung der Erfindungsklausel im Anstellungsvertrage s. RG 84, 49. — Rücktrittsrecht des Dienstherrn bei beharrlicher Abweichung des Dienstpflichtigen von einer ihm für eine Geschäftsbesorgung erteilten Anweisung (RG 57, 392). Verlegung seines Geschäftsbetriebs an einen anderen Ort berechtigt den Geschäftsherrn nicht ohne weiteres, den Angestellten gegen seinen Willen dorthin zu versetzen (RG SeuffA 70 Nr 64). Bei Unmöglichkeit der Dienste, mögen sie in der Person des Pflichtigen oder des Berechtigten oder in sonstigen Ereignissen liegen, s. §§ 323 ff., auch Vorbem vor § 611, bei zeitweiser Unmöglichkeit infolge eines in der Person des Dienstpflichtigen liegenden Umstandes s. § 616. Bei gleichzeitiger Verpflichtung gegenüber mehreren Berechtigten geht von letzteren derjenige vor, welcher seinen Anspruch zuerst gerichtlich geltend macht. Ein Vorrecht desjenigen, der mit dem Dienstpflichtigen zuerst den Vertrag abgeschlossen hat, besteht nicht. Die besonderen Vorschriften der Gesindeordnungen sind aufgehoben (Vorbem 2 vor § 611). — Im übrigen: Dienstvertrag eines Minderjährigen § 113. Dienstvertrag einer Ehefrau § 1358. Erfüllungsort § 269. Erfüllungszeit §§ 242, 271, 193. Fixgeschäfte § 361. Haftung für Gehilfen § 278. — Nebenleistungen, insbesondere: Unterlassung jeder der versprochenen Leistung zuwiderlaufenden Tätigkeit (RG 20. 9. 07 III 59/07), auch einer Wettbewerbstätigkeit (s. o. Vorbem 4), Bewahrung der Geschäftsgeheimnisse, Verpflichtung zur Treue, Achtung, Berichterstattung über die übernommenen Geschäfte (vgl. § 675 in Verbindung mit §§ 665—668). Beaufsichtigung der Kleidungsstücke der Schüler als Nebenleistung bei einem auf Erteilung des Unterrichts gerichteten Dienstvertrage s. OLG 38, 99, aber auch SeuffA 58 Nr 30. Über die Frage, ob der Arzt für die im Vorraum seiner Wohnung abgelegten Kleidungsstücke haftet, s. RG 99, 35. Über die Verpflichtung des Angestellten, Zuwendungen, die ihm von Dritten gemacht werden, an den Geschäftsherrn herauszugeben, s. RG 55, 91; 96, 53; RG SächsA 07, 332, und insbesondere RG 99, 31 (Herausgabe von Schmiergeldern); ferner SeuffA 69 Nr 141; LZ 1920, 63[9] u. § 667 A 3. — Eine Erzwingung der Dienste im Wege der Zwangsvollstreckung ist unzulässig (ZPO § 888 Abs 2). Auch hat der Dienstberechtigte einen klagbaren Anspruch in der Regel nur auf Leistung der versprochenen Dienste, nicht darauf, daß der Dienstpflichtige es während der Vertragsdauer unterlasse, einem anderen Dienste zu leisten (RG Plen 72, 393; JW 1910, 585[24]). Dem Dienstpflichtigen ist es daher, unbeschadet besonderer Abreden, auch nicht verwehrt, seine vom Dienst nicht beanspruchte Zeit für sich auszunutzen, soweit dies nicht wider das Treuverhältnis zum Dienstberechtigten oder dessen Interessen verstößt (RG JW 1913, 333[20]).

2. **Hauptleistung des Berechtigten: die vereinbarte Vergütung.** Die Vergütung kann in Geld oder in der Zuwendung anderer Vermögensvorteile (freier Wohnung, Beköstigung, auch Gegendienste) oder auch in einem Anteil am Gewinn bestehen — sog. partiarisches Geschäft, ohne daß deshalb ein Gesellschaftsvertrag vorzuliegen braucht (vgl. § 705 A 4, auch RG Warn 1914 Nr 37; OLG 28, 181; Vorbem 4 und GewO §§ 115, 133a). Ist nichts anderes bedungen, so muß die Vergütung selbstverständlich dem Dienstverpflichteten gewährt werden. Es gilt aber auch hier Vertragsfreiheit; insbesondere kann vereinbart werden, daß

die Vergütung an einen Dritten ganz oder zum Teil zu entrichten ist (§ 328). Der Dritte kann auch von vornherein zu einer solchen Vereinbarung zugezogen werden. Derartige Verträge werden häufig zwischen dem Dienstherrn und einem — von Gläubigern bedrängten — Angestellten zugunsten seiner Ehefrau abgeschlossen. Sie sind nicht zu beanstanden, insbesondere nicht als unsittlich zu bezeichnen, sofern „der Gesamtbetrag der gewährten Vergütungen nicht das Maß dessen übersteigt, was zum Unterhalte des Dienstverpflichteten und seiner Familie bei einer bescheidenen, dem Stande des Dienstverpflichteten entsprechenden Lebensführung erforderlich ist" (RG 81, 42; 69, 59; JW 1912, 689[13]; Gruch 58, 992; RG LZ 1912 S. 560, 686[13]). Dagegen verstößt es gegen die guten Sitten, wenn der Dienstpflichtige die Leistung der Dienste verweigert, bis ihm ein besonderer Vermögensvorteil versprochen wird (RG JW 08, 710[2]). Sittenwidrigkeit der Vereinbarung einer zu hohen Vergütung für ärztliche Tätigkeit s. RG LZ 1918, 374[6] (Zahnarzt). Bei unentgeltlich übernommenen Diensten kommen nicht die Vorschriften des Dienstvertrags, sondern diejenigen des Auftrags oder des Schenkungsversprechens zur entsprechenden Anwendung. Ein reiner Dienstvertrag wird auch dann nicht anzunehmen sein, wenn beide Vertragsparteien Dienste zu leisten haben; das Gesetz fordert eine Verschiedenheit der beiden Parteirollen. Dadurch jedoch, daß sich jemand überhaupt gegen ein Entgelt zur Leistung von Diensten verpflichtet, wird jedenfalls ein dem Dienstvertrag ähnliches Vertragsverhältnis geschaffen, auf das die Vorschriften der §§ 623, 624, 626 entsprechende Anwendung finden (RG 78, 423). Aus §§ 626, 723 BGB, §§ 92, 133 HGB läßt sich ferner der allgemeine Rechtssatz ableiten, daß Rechtsverhältnisse von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Beteiligten und daher ein gutes Einvernehmen und gegenseitiges Vertrauen erfordern, beim Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit gekündigt werden können. Ein wichtiger Grund zur Kündigung kann z. B. in fortgesetztem unfreundlichen Verhalten, in dauernden Zuwiderhandlungen gegen ein bestimmtes Wettbewerbsverbot gefunden werden, wodurch das gegenseitige Vertrauen auf redliche Vertragserfüllung zerstört wird. Vgl. RG 65, 37; 78, 385, 421; 79, 161; JW 1919, 309[10]; Warn 1918 Nr 205, auch Vorbem 3 vor § 705. Sind die Dienste aus bloßer Gefälligkeit zugesagt, so liegt überhaupt kein Vertragsverhältnis vor, so daß eintretendenfalls höchstens nur eine Haftpflicht aus unerlaubter Handlung des die Dienste schuldhaft Verrichtenden gegeben ist (RG 65, 17; RG 22. 10. 06 VI 75/06). — Vorschüsse, die der Dienstberechtigte dem Dienstpflichtigen gibt, sind regelmäßig keine Darlehen (RG SeuffA 69 Nr 36). Erfüllungsort §§ 269, 270 (bei Unterrichtserteilung nicht notwendig da, wo der Unterricht erteilt wird und der Lehrer wohnt, SeuffA 71 Nr 241). Erfüllungszeit § 614. Zurückbehaltungsrecht des Dienstberechtigten bei Erfüllungsverzug des Dienstverpflichteten (RG 3. 1. 05 III 256/04). — Zweijährige Verjährungsfrist für die Ansprüche auf Dienstlohn usw. nach § 196 Nr 7—15. — Nebenleistungen: vgl. zunächst unten §§ 617, 618. Ersatz von Aufwendungen (vgl. §§ 669, 670, 675), dagegen keine privatrechtliche Verpflichtung des Berechtigten, sofern sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend übernommen ist, zur Verwendung der Marken, welche für die Invalidenversicherung der bei ihm beschäftigten Arbeiter erforderlich sind (RG 63, 55; a. M. Dernburg II § 306 A 11). Ebenso kein Entschädigungsanspruch des in dem Fuhrwerksbetriebe eines kaufmännischen Geschäfts angestellten und in diesem Betriebe zu Schaden gekommenen Arbeiters gegen seinen Arbeitgeber, weil dieser die nach öffentlichem Rechte gebotene Anmeldung des Geschäfts zum Handelsregister unterlassen habe, die nach § 1 Nr 7 GewUVG v. 5. 7. 00 (vgl. jetzt RVO § 537 Nr 10) eine Voraussetzung für die Gewährung der Unfallrente bildete (RG 72, 408). Keine reinen Freigebigkeiten, deren Gewährung vom Belieben des Dienstberechtigten abhängt, sondern eine Vergütung besonderer Art neben dem Gehalt sind die Weihnachtsgratifikationen an Handlungsgehilfen (RG SeuffA 69 Nr 36). Der Dienstberechtigte kann aber auch solche Vergütungen für außergewöhnliche Leistungen, deren Bewilligung in seinem Ermessen steht, nicht nachträglich ohne Zustimmung der Angestellten diesen wieder entziehen oder herabsetzen (RG 90, 320). Ruhegehaltsversprechen s. RG JW 1919, 184[4] und § 761 A 5 (kein Leibrentenvertrag). — Über die Gewährung freier Zeit zur Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte und zur Ausübung öffentlicher Ehrenämter s. RVerf Art 160.

3. Ein **Anspruch auf Annahme der Dienste** gegen den Dienstberechtigten ist dem Dienstpflichtigen zwar regelmäßig, aber doch nicht schlechthin versagt. Ein solcher Anspruch kann ausnahmsweise durch die Umstände begründet sein, so namentlich beim Bühnenanstellungsvertrage, nicht schon durch die Anstellung als Kassenarzt (OLG 33, 330), und in jedem Falle kann dem Dienstpflichtigen im Dienstvertrage ein klagbares Recht auf Beschäftigung zugesichert werden (RG JW 1911, 39[22]; Gruch 47, 400; 55, 1055; RG SeuffA 66 Nr 115; RG 20. 3. 12 III 381/11; s. auch OLG 20, 196; 22, 295; 24, 367).

4. **Dienste jeder Art.** Sowohl höhere Dienste (Arzt, Rechtsanwalt, Lehrer, Privatbeamter, Künstler, Schauspieler), als niedere (Feld- und Gartenarbeiter, Gehilfe im Hauswesen); anderseits sowohl auf Anstellung, mit Überordnung des Dienstberechtigten über den Dienstverpflichteten als auf freier Vereinbarung gleichstehender Vertragsparteien be-

ruhend. Über den Lehrvertrag (HGB §§ 76ff., GewO §§ 126ff.) s. OLG 36, 256 und § 1822 Nr. 6. — Im BGB sind namentlich hervorgehoben: dauernde Dienstverhältnisse §§ 617, 629, 630; Dienstverhältnisse mit Aufnahme des Verpflichteten in die häusliche Gemeinschaft des Berechtigten §§ 617, 618 Abs 2; ferner Dienstverhältnisse der zur Leistung höherer Dienste Bestellten §§ 622, 627; und namentlich in § 675 die in Geschäftsbesorgung bestehenden Dienste (rechtsgeschäftlicher Natur oder mit vermögensrechtlichem Interesse für den Empfänger) mit entsprechender Anwendbarkeit der zunächst für den Auftrag gegebenen Vorschriften der §§ 663, 665—670, 672—674 und unter Umständen des § 671 Abs 2. Vgl. ferner zu § 664 RG 78, 313. Aus diesen Vorschriften ist diejenige des § 663 wegen der Verpflichtung gewisser Personen zur unverzüglichen Kundgebung einer Ablehnung von Dienstaufträgen hervorzuheben, womit auch die RAO § 30 übereinstimmt. Im übrigen nach dem BGB keine Verpflichtung zur Übernahme dienstlicher Verrichtungen. Vgl. dagegen für öffentlichrechtliche Dienstleistungen das PostG v. 28. 10. 71 § 3 und die EisenbVerkO v. 23. 12. 08 § 3, das TelG v. 6. 4. 92 § 5. Kein eigentlicher Dienstvertrag (sondern in der Regel ein Werkvertrag) ist der auf Beschaffung von Diensten gerichtete (Impresario-) Vertrag (OLG 3, 22; SeuffA 56 Nr 221 u. 222). — Eine besondere Art des Dienstvertrags ist der Bühnenanstellungsvertrag für den regelmäßigen Theaterbetrieb (RG 91, 328; SeuffA 72 Nr 72), während er sich bei Gastspielen als Werkvertrag gestaltet. Dienstvertrag ist auch die Verpflichtung eines Artisten (Illusionisten) für eine Reihe von Vorstellungen (RG 8. 5. 08 III 364/07). Ein Dienstvertrag liegt ferner vor, wenn sich die eine Partei verpflichtet, die Theatermusik für das Theater der anderen mit einer Kapelle auszuführen, während letztere den Kapellmeister stellt (RG JW 1910, 13[20]). — Eine Unterart des Dienstvertrags bildet, wie in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannt ist, der Agenturvertrag (RG 87, 443; JW 1911, 106[10]), der jedoch die Eigentümlichkeit hat, daß hier dem Dienstverpflichteten in der ihm obliegenden Vermittlung der Geschäfte für den Geschäftsherrn eine gewisse Selbständigkeit zukommt (RG JW 08, 138[8]), außerdem regelmäßig die Gefahr ergebnisloser Bemühungen zufällt, und daß auch ein auf längere Zeit abgeschlossener Agenturvertrag von dem Geschäftsherrn bei Unmöglichkeit eines lohnenden Fortbetriebs seines Geschäfts vorzeitig gekündigt werden kann (RG JW 1912, 250[20]; vgl. auch § 723 A 4). Haftpflicht des Agenten, der dem von ihm abgeschlossenen Vertrage zuwider Geschäfte für eine im Wettbewerb mit seinem Auftraggeber stehende Firma vermittelt hat (RG 23. 11. 09 III 559/08). Wegen der besonderen Verhältnisse der Versicherungsagenten vgl. §§ 43ff. des Gesetzes über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08. S. auch unten §§ 628 A 1, 630 A 1 und Vorbem 2 vor § 652. — Über den Kommissionsverlag vgl. noch RG 78, 301.

5. Eine hervorragende Bedeutung haben im modernen Verkehrsleben die **Tarifverträge** (Arbeitsnormenverträge), d. h. Verträge, die zwischen Vereinigungen von Arbeitgebern oder auch einem einzelnen Arbeitgeber einerseits und Vereinigungen von Arbeitnehmern andererseits über die Lohn- und Arbeitsbedingungen künftiger Einzelarbeitsverträge abgeschlossen werden. Vgl. Verhandlungen des 29. Deutschen Juristentags 2 S. 201—240; 5 S. 20 bis 112, 826—834. Die Tarifverträge begründen Rechte und Pflichten zunächst für die Vertragsteile, so für eine vertragschließende Vereinigung die Verpflichtung (nicht Garantie, RG JW 1911, 1014[4]), dahin zu wirken, daß ihre Mitglieder nur tarifmäßige Arbeitsverträge schließen und überhaupt den Bestimmungen des Tarifvertrags gemäß handeln, mit der Folge einer Schadensersatzpflicht bei schuldhaft vertragswidrigem Verhalten. Sie können aber, wie in der Rechtsprechung anerkannt ist, je nach dem Inhalt des Vertrags Rechte (vgl. § 328) und Pflichten auch für die Mitglieder der vertragschließenden Vereinigungen begründen (RG 73, 92; 81, 4; 86, 152). Darüber hinaus ist ihnen durch die Verordnung über Tarifverträge usw. v. 23. 12. 18 (RGBl 1416) eine unmittelbare und zwingende Einwirkung auf die in ihr Geltungsbereich fallenden Einzelarbeitsverträge beigelegt worden. Diese sind insoweit unwirksam, als sie von der tariflichen Regelung abweichen. Abweichende Vereinbarungen sind jedoch wirksam, soweit sie im Tarifvertrage grundsätzlich zugelassen sind, oder soweit sie eine Änderung der Arbeitsbedingungen zugunsten der Arbeitnehmer enthalten und im Tarifvertrage nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. An die Stelle unwirksamer Vereinbarungen treten die entsprechenden Bestimmungen des Tarifvertrags (§ 1 Abs 1). Der Tarifvertrag gilt dabei für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Vertragsparteien des Tarifvertrags oder Mitglieder der vertragschließenden Vereinigungen sind oder bei Abschluß des Tarifvertrags gewesen sind oder die den Arbeitsvertrag unter Berufung auf den Tarifvertrag abgeschlossen haben (§ 1 Abs 2). Das Reichsarbeitsamt kann aber Tarifverträge, die für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen eines Berufskreises in dem Tarifgebiet überwiegende Bedeutung erlangt haben, für allgemein verbindlich erklären. Sie sind dann innerhalb ihres räumlichen Geltungsbereichs für Arbeitsverträge, die nach der Art der Arbeit unter den Tarifvertrag fallen, auch dann verbindlich im Sinne des § 1, wenn der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer oder beide an dem Tarifvertrage nicht beteiligt sind (§ 2). Über das Verfahren in den Fällen des § 2 s. §§ 3, 4, Tarifregister § 5. Bei Änderungen von Tarif-

verträgen, die für allgemein verbindlich erklärt sind, gelten die §§ 2—5 entsprechend (§ 6). §§ 6a, 6b und Änderung zu §§ 4, 5 s. VO v. 31. 5. 20 (RGBl 1128).

§ 612

Eine Vergütung[1]) gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist[2]).

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung[3]), in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen[4]).

E I 559 Abs 2 II 552; M 2 459; P 2 277.

1. Daß eine **Vergütung** gewährt werden soll, kann ausdrücklich vereinbart sein. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so ist nach Abs 1 zu prüfen, ob eine Vergütung als stillschweigend vereinbart zu gelten hat. Ist die Gewährung einer Vergütung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, aber ihre Höhe nicht bestimmt, dann — aber auch nur dann — ist Abs 2 anzuwenden. — Die Vergütung kann in Stücklohn oder in Zeitlohn bestehen und wird regelmäßig in Geld gewährt.

2. Maßgebend ist dabei namentlich, ob die Dienstleistung **nach der Verkehrssitte oder nach ihrer Erwerbsmäßigkeit** regelmäßig nur gegen Entgelt geschieht, mag auch der Dienstberechtigte hiervon nichts gewußt haben (s. jedoch §§ 119ff.). Es kommt überhaupt bei der Frage, ob die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten, nur auf die tatsächlichen Verhältnisse, nicht auf die Meinung der Vertragsteile, insbesondere desjenigen, dem die Dienste geleistet werden, an (RG 7. 6. 12 III 383/11). Vergütung der Dienste eines Grundstücksmäklers, die nicht als Vermittlertätigkeit zu betrachten sind, s. OLG 34, 41. Ein Vertrag über die Anfertigung von Entwürfen ist, Entgeltlichkeit vorausgesetzt, seiner Natur nach ein Dienst- oder Werkvertrag (RG Warn 1911 Nr 113). Näheres § 632 A 1. — Als Umstände, nach denen eine Dienstleistung nur gegen Entgelt zu erwarten ist, können auch der Umfang und die lange Dauer der Dienstleistung in Betracht kommen. Werden demjenigen, der Dienste, z. B. die Pflege eines Kranken, leistet, dafür letztwillige Zuwendungen in Aussicht gestellt, so schließt dies nicht aus, daß, wenn es zu diesen Zuwendungen nicht kommt, eine Vergütung in anderer Weise gewährt werden muß (RG Warn 1917 Nr 202; SeuffA 70 Nr 149; aber auch OLG 39, 180; vgl. ferner RG LZ 1915, 521[10]), deren Höhe nötigenfalls nach Abs 2 oder nach §§ 315, 316 (unten A 4) zu bestimmen ist (RG Warn 1917 Nr 14). Der Umstand, daß eine Dienstleistung aus Beweggründen der Verwandtschaft übernommen wird, läßt — abgesehen von den Fällen der §§ 685 Abs 2, 1618 — noch keinen Schluß auf eine unentgeltliche Übernahme der Dienste zu (RG 74, 139; JW 09, 670[26]; RG LZ 1915, 1378[5]; s. auch BayObLGZ 19, 29). Daher kann trotz § 1617 eine Tochter, die im Haushalt und Geschäft ihres Vaters Dienste leistet, eine besondere Vergütung verlangen, wenn die Dienstleistung nach Art und Dauer oder nach örtlichem Gebrauche nur gegen eine über den Unterhalt hinausgehende Vergütung zu erwarten ist (RG LZ 1920, 298[4]). — Das Versprechen, einem Hausangestellten eine bestimmte Summe zu bezahlen, wenn er bis zum Tode des Versprechenden im Dienste bleibe, kann, wenn formlos erteilt, weder als Schenkungsversprechen (§ 518) noch als Verfügung von Todes wegen (§ 2231), wohl aber als Bestandteil des Dienstvertrags gültig sein (RG JW 1920, 139[4]). Wird für bereits geleistete Dienste eine Vergütung in dem Sinne zugesagt, daß dadurch die Dienstleistung wie eine Schuld bezahlt werden soll, so ist dies kein Dienstvertrag, aber noch weniger eine Schenkung, sondern ein unbenannter formfreier Vertrag (RG JW 1911, 94[16]; 1919, 378; Warn 1917 Nr 202). Auch bei zunächst unentgeltlich übernommenen Leistungen kann die nachträgliche Gewährung einer Vergütung nicht immer, ja nicht einmal regelmäßig als Schenkung aufgefaßt werden; denn zur Schenkung gehört die Einigung beider Teile darüber, daß die Vergütung eine unentgeltliche Zuwendung darstellen solle (RG 72, 191; 74, 139; 75, 327; 94, 157, auch 322 und § 516). — Verbot und Einschränkung des Trucksystems, d. i. der Gewährung des Arbeitslohns in Waren statt in barem Gelde an die gewerblichen Arbeiter sowie an die Arbeiter in Bergwerken, Salinen, Aufbereitungsanstalten und unterirdisch betriebenen Brüchen oder Gruben s. GewO §§ 115—119, § 154a Abs 1. Gültigkeit der Vereinbarung von Lohnabzügen für Arbeiterpensionskassen s. RG Gruch 57, 1101.

3. **Taxmäßige Vergütung:** Vgl. namentlich GewO §§ 76—79. Die nach § 80 Abs 2 GewO von den Zentralbehörden für Ärzte festgesetzten Taxen gelten beim Mangel einer Vereinbarung im Streitfalle auch für Spezialärzte bei Ausführung schwerer Operationen (JW 1919, 195). Die reichs- und die landesgesetzlichen Gebührenordnungen für Rechtsanwälte sind keine Taxen im Sinne von § 612 Abs 2, weil es sich hier um Bestimmungen des öffentlichen Rechtes handelt; Art 55 EG.BGB findet keine Anwendung (vgl. RG 68,

199; 75, 107). Wenn daher § 93 Abs 2 RAGebO (vgl. Art 15 des PrGes. v. 27. 9. 99 und entsprechende Landesgesetze) für die von der gesetzlichen Vergütung abweichenden Vereinbarungen Schriftform vorschreibt, so setzt diese Vorschrift die §§ 611, 612, soweit sie an sich auch auf den Dienstvertrag zwischen dem Anwalt und der Partei Anwendung finden müßten (Vorbem 2b), außer Anwendung (RG 75, 108). — Privatrechtliche Vorschriften der Landesgesetze über Taxen treten hinter die §§ 611, 612 zurück (Art 55 EG). Auf bestehende Taxen wird durch § 612 Abs 2 nur in dem Sinne verwiesen, daß sie eine Ergänzung des unausgesprochenen Parteiwillens bilden, also nur insoweit in Betracht kommen, als eine bestimmte Höhe der Vergütung weder ausdrücklich noch durch schlüssige Handlungen vereinbart ist (RG 68, 202). Vgl. § 653 A 2, § 632.

4. Die (obrigkeitliche) **Taxe** oder die **Üblichkeit** (am Orte der Dienstleistung, RG Gruch 48, 911) ist von dem die Vergütung hiernach fordernden Dienstpflichtigen zu beweisen (SeuffA 55 Nr 73). Der Dienstpflichtige, der sich auf Abs 2 beruft, muß im Streitfalle auch beweisen, daß über die Höhe der Vergütung nichts vereinbart worden ist. Besteht keine Taxe und kann auch eine übliche Vergütung nicht festgestellt werden, so kommen §§ 315, 316 zur Anwendung.

§ 613

Der zur Dienstleistung Verpflichtete hat die Dienste im Zweifel in Person zu leisten[1]). Der Anspruch auf die Dienste ist im Zweifel nicht übertragbar[2]).

E II 554 III 606; M 2 456; P 2 278.

1. In Person. Nach dieser Auslegungsregel erlischt, wenn nichts anderes vereinbart ist, das Dienstverhältnis nach den Grundsätzen über die Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Tod des Dienstverpflichteten. Dieser ist zur Bestellung eines Vertreters weder berechtigt noch verpflichtet ist, während ihm die Annahme eines Gehilfen, § 278, regelmäßig gestattet ist, sofern solche mit der ihm obliegenden persönlichen Dienstleistung vereinbar erscheint. Die Bestimmung, daß beim Tode eines der Vertragsteile der Vertrag auf Verlangen der Erben aufgehoben sein soll und auch von der Gegenpartei sofort gekündigt werden kann, ist mit der Natur des Dienstvertrags durchaus vereinbar (RG 9. 12. 02 III 278/02).

2. Unübertragbarkeit des Anspruchs auf die Dienste; demgemäß nach ZPO § 851 Abs 1 im Zweifel auch deren Unpfändbarkeit. Die gleichwohl bewirkte Übertragung kann unter Umständen einen wichtigen Grund zur Kündigung nach § 626 für den Dienstverpflichteten abgeben (RG 12. 7. 04 III 119/04). — Der Grundsatz der Unübertragbarkeit findet keine Anwendung in den öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnissen (RG 20. 4. 06 III 396/05; RG 17. 1. 08 III 248/07: Übergang eines Gemeindebeamten in den Dienst der erweiterten Stadtgemeinde, in welche die Anstellungsgemeinde aufgenommen ist). Durch den Tod des Berechtigten wird das Dienstverhältnis nicht unbedingt und ausnahmslos beendigt (RG 9. 12. 02 III 278/02). Denn die Vererblichkeit des Anspruchs ist an sich zulässig, sofern nicht die Leistung durch den Eintritt eines anderen als des ursprünglichen Gläubigers eine Veränderung ihres Inhalts erfährt, so daß sie in der vereinbarten Weise unmöglich wird (vgl. § 399). Es kann auch durch den Tod des Berechtigten für dessen Erben ein Kündigungsrecht nach § 626 entstehen (RG 58, 256).

§ 614

Die Vergütung ist nach der Leistung der Dienste zu entrichten[1]). Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten[2]).

E I 560 II 555; M 2 461; P 2 279.

1. Also in der Regel, wenn nichts anderes vereinbart oder sonst (durch die Verkehrssitte, durch Polizeivorschrift oder durch die Art der Vergütung) festgesetzt ist, **Vorleistung** des Dienstverpflichteten, wie bei der Miete einer Sache, § 551. Bei der vom Dienstpflichtigen übernommenen Verwaltung eines Landguts muß die (nach § 675) damit verbundene Rechnung vor Beanspruchung der Vergütung für die Verwaltungstätigkeit gelegt werden (RG JW 07, 479[11]). — Zurückbehaltung der Dienstleistung ist berechtigt bei Vermögensverfall des Berechtigten (§ 321) oder bei Rückstand von bereits fälligen Lohnzahlungen (§ 273). Auch § 320 Abs 2 (Gegenleistung bei verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles der Dienstleistung) kann in Betracht kommen. — Die Aufrechnung gegen die Lohnforderungen des Verpflichteten ist, sofern diese der Pfändung nicht unterworfen sind, nach BGB § 394, ZPO § 850 Nr 1 ausgeschlossen, nicht aber das Zurückbehaltungsrecht (§ 273) gegen eine unpfändbare Lohnforderung (vgl. oben § 611 A 2), es müßte denn sein, daß die Zurückbehaltung im einzelnen Falle, wie gewöhnlich bei einander gegenüberstehenden Geldforderungen (§ 273 A 1 Abs 1) nach Zweck und Erfolg auf eine Aufrechnung hinausläuft (RG

85, 108, auch 83, 140; dazu über die Streitfrage einerseits Staudinger Erl II 2b, anderseits Staub HGB § 59 A 47). — Besondere Vorschriften: HGB §§ 64, 88 Abs 4; GewO §§ 115ff. Über vertragsmäßige Lohneinbehaltungen der Gewerbeunternehmer s. GewO § 119a.

2. Wegen etwaiger Lohnvorschüsse s. § 611 A 2 und Vorbem 2 vor § 607.

§ 615

[1]) **Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein[2]). Er muß sich jedoch den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt[3]) oder zu erwerben böswillig unterläßt[4]).**

E I 561 II 556; M 2 461—463; P 2 279.

1. Der Anspruch aus § 615, der eine Einschränkung des § 614 enthält, ist nicht ein Entschädigungs-, sondern ein **Erfüllungsanspruch,** setzt ein Verschulden auf seiten des Dienstberechtigten nicht notwendig voraus und führt an sich nicht zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses, erfordert aber, daß sich der Dienstpflichtige, und zwar nicht bloß beim Antritte der Dienste, sondern auch nach einer vorübergehenden Unterbrechung der bereits begonnenen Dienste, zur Dienstleistung dem Dienstberechtigten gegenüber bereit erklärt (RG Warn 09 Nr 286); dies ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn der Berechtigte den Verpflichteten aus dem Hause gewiesen hat, in dem er die Dienste zu verrichten hatte (RG JW 09, 722[12]). — In der Vereinbarung, daß der Dienstberechtigte die Dienste des Pflichtigen in Zukunft nicht mehr in Anspruch nehmen, ihm aber das Gehalt weiter bezahlen wolle, kann indessen auch die endgültige Aufhebung des Dienstverhältnisses mit Vereinbarung einer Entschädigung liegen. Dann ist weder Satz 1 noch Satz 2 des § 615 anwendbar und der Dienstpflichtige auch nicht verpflichtet, sich zur Verfügung des Dienstberechtigten zu halten (RG Warn 1916 Nr 219; RG LZ 1918 S. 384[16], 622[16]; RG 8. 2. 18 III 360/17; vgl. auch A 2).

2. Bei **Annahmeverzug des Dienstberechtigten** (§§ 293ff.) bleibt der Anspruch des Verpflichteten auf die Vergütung für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste bestehen; statt dessen kann der Verpflichtete auch einen Anspruch auf Schadensersatz geltend machen. Bei Dienstverträgen mit hohen Vergütungssätzen wird nicht selten durch Vereinbarung für den Fall vorzeitiger Kündigung der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen und durch einen im Betrage begrenzten Entschädigungsanspruch ersetzt; § 615 Satz 2 kann dann keine Anwendung finden (RG Warn 1913 Nr 137). Überhaupt treten bei der Verfolgung des Schadensersatzanspruchs an die Stelle von Satz 2 die Grundsätze über den Schaden. — Der Annahmeverzug des Dienstberechtigten endigt erst, wenn er sich bereit erklärt, die Dienste als Leistung auf Grund des bestehenden Vertrags anzunehmen. Bei ungerechtfertigter Entlassung genügt daher nicht die Bereitwilligkeit zu einer „Wiederanstellung" (RG Gruch 58, 929). — Wird die Leistung der Dienste dem Dienstpflichtigen unmöglich, dann finden die §§ 323ff., nicht § 615 Anwendung. Vgl. noch § 324 A 1.

3. Für die **Anrechnung** des Erwerbs wird vorausgesetzt, daß dieser Erwerb (nicht nur Lohn) vom Dienstpflichtigen durch Verwendung desjenigen Teiles seiner Arbeitskraft gemacht worden ist, den er dem Dienstberechtigten zur Verfügung zu stellen verpflichtet war (RG 58, 404; JW 03 Beil 11, 99). Der in einem Teile der Vertragsdauer gemachte, besonders hohe anderweite Verdienst ist auf die für die ganze Vertragszeit entfallende Vergütung anzurechnen (RG 58, 402). Für die Anrechnung trifft den Dienstberechtigten die Beweislast (RG SeuffA 61 Nr 79).

4. **Böswillig,** d. i. um den Gegner zu schaden, insbesondere durch Zurückweisung einer sich ihm darbietenden guten Arbeitsgelegenheit. Dagegen ist der Verpflichtete im übrigen zu einer positiven Tätigkeit behufs Verwertung seiner Dienste während der Verzugszeit nicht verpflichtet (RG 24. 1. 05 III 508/04).

§ 616

[1]) **Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, daß er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird[2]). Er muß sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung[3]) bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt[4]).**

E I 562 II 557; M 2 463; P 2 280.

1. **Zeitweilige Verhinderung des Verpflichteten.** Diese Vorschrift setzt aus sozialpolitischen Gründen eine Ausnahme von § 323 fest, schließt indessen eine abweichende Vereinbarung nicht aus. Über die Annahme einer stillschweigend vereinbarten Abweichung, soweit durch andere Vorschriften, wie z. B. durch die Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige oder durch ZPO § 91, für einen Ersatz der Erwerbsversäumnis gesorgt ist, der sozialpolitische Zweck des § 616 also nicht zutrifft, s. OLG 34, 64. — Für Handlungsgehilfen usw. kommt HGB § 63, für gewerbliche Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker GewO § 133c Abs 2 in Betracht, neben welchen Vorschriften beim Nichtvorhandensein ihrer besonderen Voraussetzungen übrigens auch die aushilfsweise Anwendung des § 616 zulässig erscheint.

2. Der **Verhinderungsgrund** (Krankheit, militärische Übungen, Erkrankung eines Familienangehörigen, Tod eines nahen Verwandten) kommt sowohl bei Zeitlohn als bei Stücklohn und nicht bloß bei einem dauernden Dienstverhältnis in Betracht. Beruht er auf einem nicht in der Person des Verpflichteten liegenden zufälligen Ereignis (z. B. Feuersbrunst), so wird wenigstens die entsprechende Anwendung des § 616 gerechtfertigt sein, wenn dieses Ereignis auf die Person des Dienstpflichtigen zurückwirkt (vgl. RG 3, 179). — Die Frage, ob es sich um eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit handelt, ist nach der tatsächlichen Lage und den beiderseitigen Interessen, nicht nach der einseitigen Auffassung eines Beteiligten zu entscheiden (OLG 34, 33). Dabei sind neben der Dauer der Verhinderung und ihrem Verhältnis zur Vertragszeit auch die besonderen Umstände zu berücksichtigen, die für den Wert der Dienste (z. B. der Tätigkeit als Reisender) gerade in der Zeit der Verhinderung von Bedeutung waren (OLG 32, 94). Längerdauernde, wenn auch unverschuldete Verhinderung (z. B. Absperrung in Feindesland) begründet den Verlust des Anspruchs auf die Vergütung (OLG 34, 334).

3. Unter **gesetzlicher Verpflichtung** ist auch die durch Ortsstatut begründete zu verstehen.

4. Auf andere als die in Satz 2 angegebenen Bezüge ist die Vorschrift nicht auszudehnen. Daher Nichtanrechnung der aus privaten Versicherungsverhältnissen (sofern für diese vertragsmäßig nichts anderes bestimmt ist) oder auch aus der Invalidenversicherung fließenden Unterstützungen; ebenso des Wertes des dem einberufenen Angestellten von der Heeresverwaltung gewährten Unterhalts (OLG 32, 94). Auch wird der Dienstberechtigte von seiner Zahlungspflicht durch das Vorhandensein von Ansprüchen des Verpflichteten gegen einen Dritten nicht befreit. — Abweichend von obiger Vorschrift HGB § 63 Abs 2.

§ 617

[1]) Ist bei einem dauernden Dienstverhältnisse, welches die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nimmt, der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte ihm im Falle der Erkrankung die erforderliche Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die Beendigung des Dienstverhältnisses hinaus, zu gewähren, sofern nicht die Erkrankung von dem Verpflichteten vorsätzlich oder durch grobe Fahrlässigkeit herbeigeführt worden ist[2]). Die Verpflegung und ärztliche Behandlung kann durch Aufnahme des Verpflichteten in eine Krankenanstalt gewährt werden[3]). Die Kosten können auf die für die Zeit der Erkrankung geschuldete Vergütung angerechnet werden[4]). Wird das Dienstverhältnis wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten nach § 626 gekündigt, so bleibt die dadurch herbeigeführte Beendigung des Dienstverhältnisses außer Betracht[5]).

Die Verpflichtung des Dienstberechtigten tritt nicht ein, wenn für die Verpflegung und ärztliche Behandlung durch eine Versicherung oder durch eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege Vorsorge getroffen ist[6]).

P 2 284—289.

1. **Fürsorge im Krankheitsfalle.** Zwangsvorschrift (§ 619) mit Rücksicht auf die Lage des wirtschaftlich Schwächeren. Die Vorschrift gilt auch für das Gesinde; die besonderen Vorschriften der Gesindeordnungen sind aufgehoben (Vorbem 2 vor § 611). Ferner ist sie in Ermanglung besonderer Vorschriften des HGB und der GewO, für Handlungsgehilfen usw. sowie für gewerbliche Arbeiter anwendbar. Vgl. auch SeemO v. 2. 6. 02 §§ 59ff. Der Dienstberechtigte haftet über den § 617 hinaus auf vollen Schadensersatz wegen eines von ihm zu vertretenden Umstandes, insbesondere wegen Verletzung der ihm nach § 618 obliegenden Pflichten.

2. **Voraussetzungen** dieser Verpflichtung des Dienstberechtigten sind also: dauerndes Dienstverhältnis mit vollständiger oder hauptsächlicher Inanspruchnahme des Verpflichteten und mit Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft (Wohnung und Kost, **RG** 20. 1. 05 III 290/04) des Berechtigten, Ausbruch der Krankheit nach Aufnahme in diese Gemeinschaft. — Hierauf erstreckt sich auch die **Beweislast** des Verpflichteten, während der Berechtigte die Ausschlußgründe: vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung der Krankheit durch den Verpflichteten, Fürsorge durch Versicherung oder eine Einrichtung der öffentlichen Krankenpflege, nachzuweisen hat.

3. **Wahlrecht** des Dienstberechtigten, ob er die Fürsorge im Hause oder in einer Krankenanstalt gewähren will. Der Dienstpflichtige hat bei Nichterfüllung der im § 617 bestimmten Pflicht außer dem Anspruche auf Fürsorge oder auf Schadensersatz im Falle eigener Deckung der Kosten den Ersatzanspruch an den Berechtigten und kann nach § 626 (Schadensersatz § 628 Abs 2) fristlos kündigen.

4. Ob für diese Zeit überhaupt eine Vergütung zu entrichten ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Grundsätzen des § 323 sowie nach § 616.

5. Wird das Dienstverhältnis **wegen der Erkrankung von dem Dienstberechtigten** nach § 626 **gekündigt**, so bleibt der in Satz 1 angeführte Anspruch des Verpflichteten auf Verpflegung und ärztliche Behandlung bis zur Dauer von sechs Wochen, jedoch nicht über die vereinbarte Dauer des Dienstverhältnisses hinaus, bestehen.

6. Vgl. die **Reichsversicherungsordnung** v. 19. 7. 11, insbesondere §§ 165 ff., 416 ff. (Krankenversicherung), §§ 537 ff., 573 ff. (Gewerbe-Unfallversicherung), §§ 915 ff., 942 ff., 161 (Land- und forstwirtschaftliche Unfallversicherung), §§ 1046 ff., 1083 ff. (See-Unfallversicherung). Die Vorschrift des Abs 2 findet aber auch auf private Versicherungen (anders § 616) und ohne Unterschied, wer die Beiträge zur Versicherung zahlt, Anwendung. Beweislast s. A 2.

§ 618

[1]) Der Dienstberechtigte hat Räume[2]), Vorrichtungen oder Gerätschaften[3]), die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat[4]), so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, daß der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet[5]).

Ist der Verpflichtete in die häusliche Gemeinschaft aufgenommen, so hat der Dienstberechtigte in Ansehung des Wohn- und Schlafraums[6]), der Verpflegung sowie der Arbeits- und Erholungszeit diejenigen Einrichtungen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit, die Sittlichkeit und die Religion des Verpflichteten erforderlich sind.

Erfüllt der Dienstberechtigte die ihm in Ansehung des Lebens und der Gesundheit des Verpflichteten obliegenden Verpflichtungen nicht, so finden auf seine Verpflichtung zum Schadensersatze die für unerlaubte Handlungen geltenden Vorschriften der §§ 842 bis 846[7]) entsprechende Anwendung[8])[9]).

E II 558 Abs 1 III 610 Abs 1; M 2 460; P 2 289 ff.

1. **Geltungsbereich und rechtliche Natur** der nach § 619 zwingenden Vorschrift. Sie ist auch für das Gesindeverhältnis (Vorbem 2 vor § 611) maßgebend, dagegen für die Handlungsgehilfen durch HGB § 62, für die gewerblichen Arbeiter durch GewO §§ 120a bis 120g ersetzt (vgl. **RG** 27. 10. 08 III 9/08). Über die Anwendung auf den Werkvertrag s. § 631 A 2. — Auch den öffentlichen Beamten gegenüber bestehen dem § 618 entsprechende Verpflichtungen des Staates und der Gemeinde zur Beschaffung geeigneter Arbeitsräume und Werkzeuge (**RG** 18, 173; 91, 21; 92, 178, 308; 95, 103; **RG** Gruch 48, 904; SeuffA 70 Nr 10; Warn 1917 Nr 137; **RG** 8. 12. 08 III 55/08, 12. 1. 15 III 455/14) sowie zur Erteilung der erforderlichen Anweisungen (**RG** JW 08, 448[11]). Ebenso entspricht die Anwendung der hier aufgestellten Grundsätze auf Dienstwohnungen der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts (**RG** 71, 243; JW 08, 448[11]; 09, 439[48]; Warn 1912 Nr 250). Unmittelbare Haftung des Staates gegenüber den Familienangehörigen des Inhabers einer Dienstwohnung, die infolge gesundheitsschädlicher Beschaffenheit der Räume erkranken, s. **RG** 91, 21. Anwendung auf das ebenfalls dem öffentlichen Recht angehörende Dienstverhältnis zwischen kirchlicher Pfründe und Pfründebesitzer s. BayObLGZ 16, 75. Dabei handelt es sich aber (vgl. Vorbem 2b vor § 611) nicht um eine entsprechende Anwendung des nur bürgerliche Dienstverhältnisse betreffenden § 618 auf das anders geartete öffentliche Be-

amtenrecht, sondern um die Schöpfung einer Rechtsregel des öffentlichen Rechtes aus einem auch dem § 618 zugrunde liegenden allgemeinen Rechtsgedanken, den der Richter selbstschöpferisch in das öffentliche Recht einführt und nach dessen inneren Besonderheiten und Erfordernissen, also unabhängig vom Inhalt des § 618, entwickelt, begrenzt und anwendet (RG 97, 43; ferner 92, 178, 308; 95, 103, 144; vgl. RG Gruch 61, 663; RG Warn 1915 Nr 76; 1917 Nr 137; RG LZ 1915, 1510[5]; 1916, 1102[18]; 1917, 928). Entsprechend dem in § 278 für das bürgerliche Recht aufgestellten Grundsatze haftet auch der Staat (die Gemeinde) regelmäßig für das Verschulden der Personen, deren er (sie) sich zur Erfüllung seiner (ihrer) Verpflichtungen bedient (z. B. RG SeuffA 70 Nr 10). — Wird jemand in ein öffentliches Krankenhaus aufgenommen, so ist zu unterscheiden, ob die Aufnahme auf Grund einer öffentlichen Fürsorgepflicht stattgefunden hat oder nicht. Ein bürgerlichrechtliches Vertragsverhältnis ist im ersteren Falle regelmäßig ausgeschlossen (RG 91, 263; RG SeuffA 69 Nr 120; s. auch RG 59, 197), im anderen Falle regelmäßig gegeben, so namentlich dann, wenn der Kranke als zahlungsfähige Privatperson in eine besondere Pflegeklasse aufgenommen wird (RG 64, 231; 83, 71). Auch eine nur vorläufige Gewährung von Einlaß und Unterkunft im Krankenhause kann — für die Dauer des vorläufigen Zustandes — vertragliche Beziehungen (mit Anwendung der §§ 618, 278) zwischen dem Staat (der Gemeinde) als Krankenhausunternehmer und der aufgenommenen Person begründen (RG 91, 134). Bei entgeltlicher Unterbringung eines Kindes in einer Anstalt durch den Vater können dem Kinde nach § 328 unmittelbare Ansprüche gegen den Anstaltsinhaber wegen Verletzung der Fürsorgepflicht zustehen (RG JW 1919, 38). — Die hier dem Dienstherrn auferlegte Pflicht ist zwar dem Kreise der aus dem Dienstverhältnisse entspringenden Verpflichtungen zuzurechnen, beruht jedoch nicht ausschließlich und unmittelbar auf dem Arbeitsverhältnisse, sondern ist zugleich und vor allem im öffentlichen Interesse festgesetzt. Deshalb ist für einen Anspruch aus § 618 nicht das Gewerbe- oder Kaufmannsgericht, sondern das ordentliche Gericht zuständig (RG 87, 83; RG SeuffA 55 Nr 34; 64 Nr 198).

2. Räume. Die Vorschrift gilt auch außerhalb der eigentlichen Betriebsräume (RG JW 1911, 757[13]), für Höfe, Treppen, Gänge und für Zugänge zur Arbeitsstätte (RG 80, 27; JW 1910, 148[10]; Warn 1916 Nr 108; Gruch 62, 111), sowie zu den Arbeitsräumen, z. B. zu einer Fahrstuhlöffnung (RG Warn 08 Nr 624), zum Souffleurkasten eines Theaters (RG 26. 11. 03 VI 112/03; 1. 10. 07 III 89/07; 28. 1. 08 III 277/07), ingleichen für Flure (RG 21. 1. 08 III 242/07), daneben auch für den Zugang zum Abort (RG Gruch 48, 346; JW 07, 673[7]), zum Keller (RG JW 1910, 280[6]), nicht aber für öffentliche Wege und sonstige Zugänge, auf denen der Dienstpflichtige außerhalb des seine Arbeitsstätte enthaltenden Grundstücks zu dieser gehen muß (RG 12. 5. 02 VI 69/02; RG Gruch 46, 931). Schutz gegen Gefahren, die aus Bränden in Geschäftsräumen entstehen, insbesondere Offenhaltung von Ausgängen, s. RG JW 03 Beil 57[133]. Über die an die Errichtung von Kegelbahnen in betreff des Schutzes der Kegeljungen zu stellenden Anforderungen s. RG Warn 1912 Nr 208. Kein Anspruch des Dienstpflichtigen wegen Ausgleitens auf einer ordnungsmäßigen, aber am Morgen (zur Zeit des Unfalls) noch nicht gesäuberten Treppe (RG JW 1910, 282[9]; zum Vergleiche s. auch RG JW 1912, 529[6]). — Auch eine an sich ordnungsmäßige Anlage kann Schutzvorkehrungen erfordern, wenn großer Verkehr, stärkere Abnutzung oder wiederholte Unfälle eine Gefahr für die dort verkehrenden Personen erkennen lassen (RG 27. 2. 17 III 341/16). Vertragshaftung des Hauseigentümers gegenüber einem Schornsteinfeger für die Sicherheit des Zugangs zu den Schornsteinen (RG 90, 408: Rechtsverhältnis zwischen Bezirksschornsteinfeger und Hauseigentümer privatrechtlich), sowie dafür, daß nicht ein zufälliges (unverschuldetes) Abweichen von dem für das Betreten des Daches bestimmten Wege die Gefahr eines Durchbrechens herbeiführt (RG 21. 5. 18 VII 80/18). — Nach § 618 haftet auch der Theaterunternehmer den Schauspielern, Sängern und anderen Angestellten für die Verkehrssicherheit der Theaterräume und der Zugänge zu ihnen, so für die Sicherheit des Bühnenraums (RG Warn 1919 Nr 164), des Zugangs zu den Ankleideräumen (RG Warn 1918 Nr 52), auch des Weges zum Verlassen des Theaters (RG Warn 1917 Nr 240). Dabei kann allerdings die Verhütung von Gefahren, die mit dem Betriebe und mit der Einrichtung des Theaters regelmäßig verbunden und deshalb den Angehörigen des Theaters bekannt sind, nicht verlangt werden, solange nur mit einem Verkehr solcher Personen zu rechnen ist. Wohl aber muß zu ihren Gunsten dafür gesorgt werden, daß nicht unerwartete Gefahren und Hindernisse sich dem Verkehr entgegenstellen, z. B. Gegenstände derart hingelegt werden, daß sie leicht übersehen werden und Personen zu Fall bringen können (RG Warn 1917 Nr 240). S. noch RG Warn 1920 Nr 81. — Die Haftung des Dienstberechtigten erstreckt sich nicht auf Räume, in denen der Dienstpflichtige nichts zu suchen hat oder deren Betreten ihm verboten ist (RG Gruch 53, 968; Warn 09 Nr 205).

3. Vorrichtungen oder Gerätschaften: Vorrichtungen beim Fensterputzen: Tritt, Fensterstuhl, mitwirkendes Verschulden des Dienstboten (RG 11. 4. 04 VI 552/03; 5. 1. 06 III 220/05; 21. 2. 07 III 327/06). — Mangelhaftes Geländer (RG 25. 1. 07 III 327/06). —

Mangelhafte Leiter (RG 14. 2. 05; 5. 1. 06 III 202/05; 21. 12. 06 III 223/06; RG Warn 1917 Nr 12). (Kein eigenes Verschulden des abgestürzten Dienstboten, der mit Kenntnis der Schadhaftigkeit der Leiter diese auf besonderes Geheiß des Dienstherrn besteigt.) Fehlen von Handgriffen an einer Pendeltüre (RG Warn 1919 Nr 33). Ferner: Schutzbrille (RG 5, 101; 11, 23). Mangelnde Schutzvorrichtung beim Läuten der Kirchenglocken (RG JW 04, 383). Haftung einer Gemeinde für die Verwendung mangelhafter Böller beim Böllerschießen s. RG 96, 91. Untauglichkeit eines Bühnenwagens (RG Warn 1913 Nr 287). Haftung des Dienstberechtigten für die Verwendung eines bösartigen Pferdes (OLG 28, 184). Nimmt der Dienstberechtigte den Dienstverpflichteten zu einer geschäftlichen Wagenfahrt mit, dann muß er den Wagen sicher und sorgsam lenken, auch für ordnungsmäßige Beleuchtung sorgen (RG Gruch 63, 228).

4. Vorausgesetzt wird hier, daß der Dienstberechtigte **zur Beschaffung** der Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften **verpflichtet** ist. Das schließt aber keineswegs eine Haftung des Dienstberechtigten nach § 618 in den Fällen aus, in denen der Dienstpflichtige die Sachen, deren er zur Leistung der Dienste bedarf, sich selbst beschaffen muß. Denn die Regelung der Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind (A 5), liegt dem Dienstberechtigten auch in diesem Falle ob (vgl. RG JW 1917, 969[8]: Haftung des Theaterunternehmers, der die Verwendung von Schuhen mit zu hohen Absätzen bei Tanzaufführungen zuläßt). In bezug auf die von ihm zu beschaffenden Vorrichtungen und Gerätschaften muß ferner der Dienstberechtigte nicht nur für die Einrichtung und Unterhaltung sorgen, sondern er muß auch ihre Benutzung so regeln, daß der Dienstpflichtige gegen die mit ihr verbundenen Gefahren nach Möglichkeit geschützt ist (RG JW 1920, 377[7]: Verschließung der Tür eines Fahrstuhlschachts). — Ob der Dienstberechtigte zur Beschaffung, z. B. einer Einrichtung, verpflichtet ist, dafür ist maßgebend, ob nach den Anforderungen eines ordnungsmäßigen Verkehrs im einzelnen Falle eine solche Einrichtung erforderlich ist, und diese Frage ist zunächst vom Arbeitgeber zu prüfen (RG 12, 130; 19, 191; RG JW 01, 213[19]; RG 7. 11. 05 III 137/05; RG Gruch 48, 909). Nicht verlangt werden kann, daß der Dienstverpflichtete, soweit es die Natur der Dienstleistung gestattet, vor jeder Gefahr geschützt werde. In einem gewissen Umfange muß sich der Dienstverpflichtete selbst schützen. Entscheidend ist auch hier die Anschauung eines gesunden und regelrechten Verkehrs (RG JW 1911, 757[13]). Bei vorhandener Gefährlichkeit ist es Sache des Dienstberechtigten, sich nach Abhilfemaßnahmen zu erkundigen. Die Unterlassung solcher Erkundigung kann jedoch nur dann fahrlässig sein, wenn der Dienstberechtigte die Gefährlichkeit erkennt oder bei Anwendung der verkehrsmäßigen Sorgfalt erkennen muß (RG JW 1912, 529[6]). Bei Kenntnis der Gefährlichkeit hat der Dienstberechtigte auch die Verpflichtung, den Dienstverpflichteten, der die Gefahr nicht kennt, auf diese aufmerksam zu machen (RG JW 08, 449[14]; 1913, 372[4]; 1917, 969[8]) und über die Art und Weise, wie ihr begegnet werden kann, zu belehren (RG JW 08, 449[14]; 1913, 372[4]; 1920, 377[7]; RG Gruch 62, 616; RG LZ 1916, 752; 1918, 840). Verlangt der Dienstherr z. B. die Verwendung scharf ätzender Mittel, so muß er die Angestellten auf die Gefahren des Gebrauchs aufmerksam machen und über die Vermeidung von körperlichen Schäden belehren, nötigenfalls selbst über die Beschaffenheit der Mittel und ihre Wirkungen Erkundigungen einziehen (RG LZ 16, 752[12]). — Der Dienstberechtigte muß mit dem Leichtsinn der Leute rechnen und selbst die Vorkehrungen treffen, die nötig sind, um sie gegen Gefahren für Leib und Leben zu schützen (RG Gruch 62, 111; Warn 1917 Nr 12). Ein ernstliches Verbot der Benutzung gefahrbringender Gerätschaften genügt nicht immer, um den Dienstberechtigten zu entlasten (RG JW 1917, 969[8]). Läßt der Dienstberechtigte zur Beseitigung der Gefahr eine Arbeit durch andere Personen vornehmen, z. B. eine Treppe reinigen, so muß er sich auch davon überzeugen, daß die Arbeit ordnungsmäßig vorgenommen, die Gefahr beseitigt ist (RG Warn 1916 Nr 103). Die Haftung selbst ist eine vertragsmäßige und daher auch der § 278 anwendbar. So haftet der Dienstherr nach §§ 278, 1357 für das Verschulden seiner Frau, die dem Dienstboten Anweisungen erteilt (RG JW 06, 460[15]) oder mangelhafte Gerätschaften, z. B. eine fehlerhafte Leiter zur Benutzung überläßt (RG Warn 1917 Nr 12; s. auch RG 95, 103; RG LZ 1917, 1132[5] und OLG 33, 332). — Zur Frage der Beweislast: Der Beweis, daß der Dienstberechtigte seine Verpflichtungen nicht erfüllt und dadurch einen Schaden verursacht habe, liegt an sich dem Dienstpflichtigen ob. Steht aber fest, daß vor einem Unfall des Dienstpflichtigen ein ordnungswidriger, gefahrdrohender und zur Herbeiführung des Unfalls geeigneter Zustand vorhanden war, dann ergibt sich der Schluß auf die Ursächlichkeit des Zustandes für den Unfall von selbst, und der Dienstberechtigte muß nicht nur nachweisen, daß er und seine Hilfspersonen alles getan haben, was bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§§ 276, 278) zur Beseitigung der Gefahr geschehen mußte, sondern regelmäßig auch, daß besondere Umstände eine andere Ursache des Unfalls als wahrscheinlich erscheinen lassen und damit jenen Schluß auf die Ursächlichkeit entkräften (RG Warn 1916 Nr 103). Vgl. zur Frage der Beweislast auch RG Gruch 62, 616 (Ansteckung eines Dienstboten durch die Dienstherrschaft) und RG

LZ 1918, 1076[24] (Herabfallen einer ungenügend befestigten elektrischen Lampe). Hat eine Dienstwohnung Mängel, die nach dem natürlichen Lauf der Dinge geeignet sind, gewisse (tatsächlich eingetretene) Krankheiten hervorzurufen oder zu fördern, dann ist es Sache des Dienstberechtigten, besondere Umstände nachzuweisen, die nicht nur selbst Krankheitsursache sein können, sondern auch jene Mängel als Ursache oder Mitursache ausschließen (RG 95, 103).

5. Verpflichtung des Dienstberechtigten auch zur Erteilung der erforderlichen **Anweisung** (Warnung, Unterrichtung) für den Gebrauch der Schutzvorrichtungen (RG 4, 23). — Mithaftung des Dienstherrn für den Unfall eines Dienstboten beim Fensterputzen, wenn dieses mit Wissen des Dienstherrn vom äußeren Fensterbrett ausgeführt worden ist (RG Warn 09 Nr 447). Mitwirkendes Verschulden des Dienstpflichtigen beim Fensterputzen s. RG JW 04, 290[12]; 07, 249[10]. Die Dienstherrschaft genügt ihrer Pflicht bei Regelung der Dienstleistungen noch nicht, wenn sie neben einem Verfahren, das Sicherheit gegen Gefahr bietet, ein anderes zuläßt, bei dem dies nicht der Fall ist (RG JW 07, 249[10]). Haftung des Lehrherrn bei Verletzung des Lehrlings (RG JW 1913, 372[4]) unter der Obhut eines mit der erforderlichen Anweisung nicht versehenen Gesellen (RG 34, 1) oder wegen unvorsichtigen Handelns seines Vertreters bei Beaufsichtigung des Lehrlings (RG JW 09, 685[7]; RG 77, 408). Verpflichtung des Gewerbeunternehmers zur Beseitigung einer die Gesundheit der Arbeiter gefährdenden Staubentwicklung, Haftung bei Einstellung lungenkranker Arbeiter s. RG LZ 1917, 1341[10] (GewO § 120a). Haftung eines Gasthofsbesitzers für Gesundheitsbeschädigung beim Tragen eines Flügels durch Angestellte ohne Zuziehung sachkundiger Personen s. RG Warn 1915 Nr 206. Ansteckung eines Dienstboten bei der Pflege des Dienstberechtigten s. RG Gruch 62, 116. Läßt der Dienstherr Arbeiten vornehmen, die seine in der Nähe beschäftigten Angestellten gefährden, so muß er für entsprechende Sicherungsmaßregeln sorgen (RG 20. 1. 16 VI 305/15). Der Dienstberechtigte haftet auch für ein gesundheitsschädliches Übermaß der Dienstleistung (vgl. RG SeuffA 70 Nr 10). Werden dem Dienstpflichtigen schwere Arbeiten (z. B. Putzen der Böden) aufgetragen, die zu seinen Dienstleistungen gehören, aber seine Kräfte übersteigen und seiner Gesundheit schaden, so muß der Dienstpflichtige unter Umständen den Dienstherrn auf die Gefahr aufmerksam machen (OLG 28, 183). Ebenso muß der Dienstpflichtige von früheren Schwindelanfällen Mitteilung machen, die ihn zum Fensterputzen ungeeignet erscheinen lassen (RG JW 04, 290[12]). — Auch dem durch seine körperliche Beschaffenheit (z. B. Nervosität) einer Gefahr besonders ausgesetzten Dienstpflichtigen gegenüber findet die Schutzpflicht des Dienstberechtigten ihre Grenze nur an der Unverträglichkeit der Abwendung der Gefahr mit der Natur der Dienstleistung (RG 22. 10. 12 III 58/12). — Haftung des Arbeitgebers gegenüber einem von einer Arbeiterin zur Feldarbeit mitgebrachten Kinde nach §§ 618, 328 s. RG JW 1919, 820[1].

6. Haftung des Dienstherrn auch für die ordnungsmäßige Beschaffenheit des **Zugangs zu den Schlafräumen** des Dienstboten (RG 20. 1. 05 III 290/04; 29. 5. 06 III 532/05) und für dessen ordnungsmäßige, nach den örtlichen Verhältnissen nötige Beleuchtung (RG 24. 3. 05 III 562/04). Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft s. § 617 A 2.

7. **Rechtliche Natur und Umfang der Ersatzpflicht.** Vgl. hierzu unten §§ 842—846, über die Ansprüche Dritter §§ 844 Abs 2, 845. Nicht anwendbar bei bloßer Vertragshaftung § 847 (RG 07, 829[5]; Gruch 50, 980). Die Vorschriften des § 618 Abs 3 (und des § 62 Abs 3 HGB) sind dahin zu verstehen, daß die dritten Personen innerhalb der Grenzen der §§ 844, 845 ganz so gestellt sein sollen, als wenn auch sie in einem Vertragsverhältnisse mit dem Dienstherrn gestanden hätten. Daraus ergibt sich dann, daß der Dienstherr auch gegenüber jenen dritten Personen gemäß § 278 für das Verschulden von Vertretern und Erfüllungsgehilfen aufzukommen hat (RG 77, 410). Vgl. auch RG JW 08, 449[14]. — Ein Verschulden des Dienstberechtigten (§ 276) oder derjenigen, deren Verschulden er zu vertreten hat (§ 278), ist in jedem Falle Voraussetzung der Haftung nach § 618. Mitwirkendes Verschulden des Verletzten ist nach § 254 zu würdigen, aber nicht ohne weiteres in der Übernahme einer gefährlichen Arbeit zu finden (RG 6. 12. 04 III 396/04). Bei der Prüfung, ob und inwieweit den Arbeitnehmer wegen der Übernahme einer solchen Arbeit ein Verschulden trifft, müssen seine Gewöhnung an die seinen Beruf eigentümlichen gefährlichen Verrichtungen und die dadurch erzeugte Abstumpfung gegen die Gefahr, seine Gepflogenheit, den Arbeitgeber bei der Arbeit für sich denken zu lassen und namentlich die Zwangslage in Betracht gezogen werden, die ihn, wenn er nicht seine Stelle verlieren will, häufig nötigt, trotz besserer Einsicht gefährliche Beschäftigungen zu übernehmen. Die Ausführung von Anweisungen des Dienstberechtigten ist daher dem Dienstpflichtigen in der Regel nicht als Verschulden anzurechnen (RG Warn 1914 Nr 249). Bei der nach § 254 erforderlichen Abwägung ist insbesondere zu beachten, daß regelmäßig den Dienstberechtigten das grundlegende Verschulden trifft, wenn er gefahrbringende Räume usw. dem Dienstpflichtigen zur Benutzung überläßt (RG Warn 1917 Nr 12; 1919 Nr 33). — Neben dem Schadensersatzanspruch nach Abs 3 steht dem Dienstpflichtigen auch das Kündigungsrecht nach § 626 zu.

8. Auf den Umfang und die Geltendmachung der Schadensersatzpflicht des Dienstberechtigten

sind aber die Vorschriften der **Reichsversicherungsordnung** v. 19.7.11 von Einfluß. a) Beschränkt wird die Ersatzpflicht zunächst insofern, als die versicherten Personen und deren Hinterbliebene, auch wenn sie keinen Anspruch auf Rente haben, einen Anspruch auf Ersatz des infolge eines Unfalls erlittenen Schadens gegen den Unternehmer, dessen Bevollmächtigte oder Repräsentanten, Betriebs- oder Arbeiteraufseher nur zu dem die Entschädigung aus der Unfallversicherung übersteigenden Betrage und nur dann geltend machen können, wenn durch strafgerichtliches Urteil festgestellt ist, daß der in Anspruch Genommene den Unfall vorsätzlich herbeigeführt hat (vgl. RVO §§ 898—907, 1042 [161], 1219). b) Nach § 1542 RVO geht, soweit die nach diesem Gesetze Versicherten oder ihre Hinterbliebenen nach anderen gesetzlichen Vorschriften Ersatz eines Schadens beanspruchen können, der ihnen durch Krankheit, Unfall, Invalidität oder durch den Tod des Ernährers erwachsen ist, der Anspruch auf die Träger der Versicherung insoweit über, als sie den Entschädigungsberechtigten nach der RVO Leistungen zu gewähren haben. Dies gilt jedoch bei den gegen Unfall Versicherten und ihren Hinterbliebenen nur insoweit, als es sich nicht um einen Anspruch gegen den Unternehmer oder die ihm Gleichgestellten (Bevollmächtigte usw.) handelt. Der Entschädigungsberechtigte kann danach nur den Mehrbetrag seines Schadens gegen den Dienstherrn geltend machen. Vgl. ferner noch RVO § 1543, § 901 Abs 2; auch **RG** 60, 36; 80, 212; 84, 425; — Reichs-Unfallfürsorgegesetz für Beamte und für Personen des Soldatenstandes v. 18. 6. 01; Unfallfürsorgegesetz für Gefangene v. 30. 6. 00.

9. Neben den vorstehenden, auf dem Vertrage beruhenden Ansprüchen können auch weitergehende **außervertragliche** begründet sein, wie z. B. der Anspruch des Dienstboten gegen den Dienstherrn als Tierhalter nach § 833 (**RG** 50, 249; vgl. auch 58, 410), des Lehrers nach § 823 wegen ordnungswidrigen Zustandes der Dienstwohnung, in der die Gemeinde im Hinblicke auf die dienstlichen Beziehungen zwischen Lehrer, Schülern und deren Eltern einen Verkehr eröffnet hat (**RG** Warn 1912 Nr 250). Wie in der neuen Rechtsprechung anerkannt ist, kann eine Schadensersatzpflicht nach § 823 aber auch dann gegeben sein, wenn es sich um Örtlichkeiten handelt, an denen ein mehr oder weniger allgemeiner Verkehr nicht eröffnet ist (**RG** 88, 433; 89, 385).

§ 619

Die dem Dienstberechtigten nach den §§ 617, 618 obliegenden Verpflichtungen können nicht im voraus durch Vertrag aufgehoben oder beschränkt werden[1]).

E II 558 Abs 2 III 610; P 2 290, 293

1. **Inhalt.** Durch diese zwingende Vorschrift wird verhindert, daß der Dienstverpflichtete auf Geltendmachung des ihm nach §§ 617, 618 eingeräumten Rechtes auf Schutz gegen Gefahren für Leben oder Gesundheit im voraus, d. h. vor Eintritt des Schadens, durch Vertrag ganz oder zum Teil rechtsgültig verzichtet; wenn Ersatzansprüche entstanden sind, kann darauf (auch vor Beendigung des Dienstverhältnisses) nach allgemeinen Grundsätzen verzichtet werden (KommB 1976).

§ 620

Das Dienstverhältnis endigt mit dem Ablaufe der Zeit, für die es eingegangen ist[1]).

Ist die Dauer des Dienstverhältnisses weder bestimmt noch aus der Beschaffenheit oder dem Zwecke der Dienste zu entnehmen, so kann jeder Teil das Dienstverhältnis nach Maßgabe der §§ 621 bis 623 kündigen[2])[3]).

E I 563 II 559; M 2 464; P 2 295.

1. **Endigung des Dienstverhältnisses.** Seine Zeitdauer (vgl. auch § 723 A 3) kann nicht nur durch ausdrückliche Vereinbarung, sondern auch durch den Zweck und die Beschaffenheit der zu leistenden Arbeit (Abs 2) bestimmt sein, so daß, abgesehen von §§ 626, 627, z. B. vor Ablieferung einer gewissen nach Stücklohn zu berechnenden Arbeit, keine Endigung des Dienstverhältnisses eintreten kann. Vgl. auch SeuffA 75 Nr 90. — Ein probeweise eingegangenes Dienstverhältnis kann jederzeit innerhalb der bestimmten Probezeit und, wenn eine solche nicht ausdrücklich bestimmt ist, innerhalb eines angemessenen, für die Erprobung genügenden Zeitraums (SeuffA 53 Nr 148) gekündigt werden.

2. Über die Natur und Form der **Kündigung** s. oben §§ 130, 542 A 2; über verspätete und bedingte Kündigung s. § 565 A 4. Angabe des Kündigungsgrundes bei der Kündigung ist auch hier nicht erforderlich. Mehrere Dienstberechtigte müssen gemeinsam kündigen (OLG 28, 186). Kündigung eines Dienstverhältnisses der Ehefrau durch den Ehemann s. § 1358. — Die Kündigungsfristen können für beide Teile in verschiedener Dauer vereinbart werden

(JW 04, 223[4]), sofern eine solche Vereinbarung nicht gegen § 138 verstößt (RG JW 04, 233[6]). Besondere (teilweise abweichende) Kündigungsfristen für Handlungsgehilfen im HGB §§ 66 bis 69, für Handlungslehrlinge im HGB §§ 77, 78, für gewerbliche Gehilfen in der GewO § 122, für das gewerbliche Lehrlingsverhältnis in der GewO § 127b, für Betriebsbeamte, Werkmeister, Techniker in der GewO §§ 133aff. Die besonderen Kündigungsfristen der landesgesetzlichen Gesindeordnungen sind mit diesen beseitigt worden (Vorbem 2 vor § 611). Für die Kündigung gegenüber Schwerbeschädigten s. das Ges. über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 6. 4. 20 (RGBl 458) § 12, und für die Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung die in Vorbem 7 vor § 611 angegebenen Verordnungen. S. ferner das Betriebsrätegesetz v. 4. 2. 20 (RGBl 147) §§ 78 Nr 9, 81ff., 96—98 (Vorbem 2a vor § 611). — Die Frage, ob in einem Bühnenanstellungsvertrage dem Theaterunternehmer rechtswirksam die Befugnis eingeräumt werden kann, nach seinem Belieben einseitig den Vertrag zu verlängern oder jederzeit zu kündigen, ist nicht allgemein zu verneinen oder zu bejahen, sondern nach den Umständen des einzelnen Falles (BGB § 138) zu entscheiden (RG 91, 328).

3. Über den Einfluß des **Todes** des Dienstberechtigten und des Dienstverpflichteten s. § 613. Über die beim **Konkurs** des Dienstberechtigten sowie im Falle der **Geschäftsaufsicht** beiden Teilen mit gesetzlicher Kündigungsfrist zustehende Kündigung s. KO § 22 und BRV über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses v. 14. 12. 16 (RGBl 1363) § 11. — In Betracht kommen auch die Bestimmungen über die Unmöglichkeit der Leistung in §§ 323—325. Insbesondere besteht kein Anspruch des Dienstverpflichteten auf Vergütung, wenn ein zufälliges Ereignis ihm die Leistung der Dienste vollständig, nicht bloß vorübergehend unmöglich macht und das Vertragsverhältnis aufhebt. Anders dagegen, wenn der Dienstpflichtige die Dienste leisten kann und will, der Dienstherr aber infolge eines zufälligen Ereignisses (z. B. Brand oder Explosion in seiner Fabrik) keinen Gebrauch davon machen kann: Kündigungsrecht des Dienstherrn nach § 626 mit Verpflichtung zur Leistung der dem Pflichtigen bis zur **Kündigung** etwa erwachsenen Vergütung (§ 628).

§ 621

[1]) Ist die Vergütung nach Tagen bemessen, so ist die Kündigung an jedem Tage für den folgenden Tag zulässig.

Ist die Vergütung nach Wochen bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß einer Kalenderwoche zulässig; sie hat spätestens am ersten Werktage der Woche zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Monaten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendermonats zulässig; sie hat spätestens am fünfzehnten des Monats zu erfolgen.

Ist die Vergütung nach Vierteljahren oder längeren Zeitabschnitten bemessen, so ist die Kündigung nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen zulässig.

E I 563 II 560; M 2 464; P 2 296.

1. **Ordentliche Kündigung** mit gesetzlicher Kündigungsfrist. Vgl. die Anmerkungen zu § 565. — Abweichende Festsetzung der Kündigungsfrist durch Vereinbarung ist zulässig und unter Umständen schon aus der Bezeichnung einer einen längeren Zeitraum umfassenden Diensttätigkeit zu entnehmen (einjährige Kündigungsfrist wurde z. B. für angemessen erachtet bei dem als „Lebensstellung" bezeichneten Dienstverhältnis eines Anstaltsarztes, RG SeuffA 63 Nr 40).

§ 622

Das Dienstverhältnis der mit festen Bezügen zur Leistung von Diensten höherer Art Angestellten, deren Erwerbstätigkeit durch das Dienstverhältnis vollständig oder hauptsächlich in Anspruch genommen wird, insbesondere der Lehrer, Erzieher, Privatbeamten, Gesellschafterinnen, kann nur für den Schluß eines Kalendervierteljahrs und nur unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen gekündigt werden, auch wenn die Vergütung nach kürzeren Zeitabschnitten als Vierteljahren bemessen ist[1]).

E I 563 II 561; M 2 464; P 2 296.

1. Diese **besondere Kündigungsvorschrift für Dienste höherer Art** (§ 627 A 1), bei der also im Gegensatze zu § 621 die Bemessung der Vergütung nicht in Betracht kommt, ent-

spricht den für Handlungsgehilfen und gewerbliche Betriebsbeamte geltenden Bestimmungen des HGB § 66 und der GewO § 133a und kann gleich jenen durch Vereinbarung abgeändert werden. Liegt keine Anstellung mit festen Bezügen vor, dann bleibt es bei der Regel des § 621. Über die Kündigungsfrist bei einer sog. Lebensstellung s. RG SeuffA 63 Nr 40 (§ 621 A 1).

§ 623

[1]) Ist die Vergütung nicht nach Zeitabschnitten bemessen, so kann das Dienstverhältnis jederzeit gekündigt werden; bei einem die Erwerbstätigkeit des Verpflichteten vollständig oder hauptsächlich in Anspruch nehmenden Dienstverhältnis ist jedoch eine Kündigungsfrist von zwei Wochen einzuhalten[2]).

E I 563 II 562; M 2 464; P 2 296.

1. Auch diese ein **Dienstverhältnis von unbestimmter Dauer** voraussetzende Vorschrift — sonst § 620 Abs 1 anzuwenden, s. A 1 dort — kann durch Vereinbarung abgeändert werden. — Über dienstvertragsähnliche Verträge s. § 611 A 2.

2. Die Zweiwochenfrist beruht auf Billigkeitsrücksichten, um diesen Dienstverpflichteten die nötige Frist zur Aufsuchung eines anderen Dienstes zu geben.

§ 624

[1]) Ist das Dienstverhältnis für die Lebenszeit einer Person[2]) oder für längere Zeit als fünf Jahre[3]) eingegangen, so kann es von dem Verpflichteten nach dem Ablaufe von fünf Jahren gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt sechs Monate.

E I 564 II 563; M 2 465 ff.; P 2 299.

1. **Kündigung bei einem für die Lebenszeit einer Person oder auf länger als fünf Jahre eingegangenen Dienstverhältnis.** Die Vorschrift beruht auf sozialpolitischen und volkswirtschaftlichen Gründen, insbesondere auf der Erwägung, daß eine längere als fünfjährige Gebundenheit den — meist wirtschaftlich schwächeren — Dienstverpflichteten im Widerstreite mit der modernen Entwicklung übermäßig in der persönlichen Freiheit beschränke. Die Vorschrift ist daher zwingender Natur (RG 80, 277) und äußert rückwirkende Kraft auch gegenüber einem unter der Herrschaft des früheren Rechtes geschlossenen Vertrage (RG 3. 12. 07 III 180/07). Sie ist auf dienstvertragsähnliche Verhältnisse anwendbar (RG 78, 424) und gilt auch für das Gesindeverhältnis (Vorbem 2 vor § 611). Die Kündigung steht nur dem Verpflichteten zu. Abgesehen von dieser Kündigungsbefugnis bleibt der Vertrag zu Recht bestehen (RG Warn 08 Nr 142). Verstößt aber die Länge der Dienstzeit gegen die guten Sitten, so tritt nach § 138 Nichtigkeit des ganzen Vertrags ein. Darüber, daß ein sog. Bühnenanstellungsvertrag, durch den eine Schauspielerin von dem Unternehmer auf eine lange Reihe von Jahren wirtschaftlich völlig abhängig wird, gegen die guten Sitten verstößt, vgl. RG Warn 1913 Nr 187.

§ 624 setzt nach Wortlaut und Zweck nur voraus, daß ein Dienstverhältnis für länger als fünf Jahre eingegangen ist. Er unterscheidet nicht, ob das Dienstverhältnis auf einem oder mehreren Verträgen beruht, und ob es letztenfalls durch den zweiten Vertrag unter den bisherigen Bedingungen verlängert ist oder ob die Vertragsbedingungen abgeändert sind; es genügt, daß der Dienstverpflichtete sich demselben Dienstberechtigten gegenüber durch die mehreren Verträge zu gleichen oder gleichartigen Diensten verpflichtet hat und die in den Verträgen vereinbarte Gesamtdauer des Dienstverhältnisses fünf Jahre übersteigt. Jedoch ist eine Einschränkung zu machen. Muß einerseits zur Vermeidung einer Umgehung des § 624 zweifellos angenommen werden, daß die Verlängerung eines fünfjährigen Dienstverhältnisses gleich nach dem Antritt des Dienstes dem § 624 untersteht, so fordern doch anderseits berechtigte Interessen der Vertragsparteien, daß die Verlängerung des Dienstverhältnisses schon eine angemessene Zeit vor dem Ablaufe der fünf Jahre zulässig sei. Welche Frist als angemessen zu erachten ist, kann nur nach den besonderen Umständen des einzelnen Falles bestimmt werden. Entscheidend ist, ob der Dienstverpflichtete bereits die für Fortsetzung oder Abbruch des Dienstverhältnisses maßgebenden Umstände zu übersehen vermag (RG 80, 277). In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Falle ist angenommen worden, daß ein Schauspieler sich regelmäßig im fünften Vertragsjahre auf weitere fünf Jahre unkündbar binden könne.

2. **Für die Lebenszeit „einer Person“,** also entweder für die eigene Lebenszeit des Verpflichteten oder für diejenige des Dienstberechtigten oder für diejenige eines Dritten.

3. **Für längere Zeit als fünf Jahre,** sei es, daß die Zeitdauer ausdrücklich vereinbart ist oder der vertragliche Zweck der Dienste (§ 620 A 1) nicht innerhalb fünf Jahren erreicht wird. Die Kündigung nach § 624 ist auch dann zulässig, wenn der Verpflichtete die Dienste nicht in Person (§ 613) zu leisten braucht.

§ 625

Wird das Dienstverhältnis nach dem Ablaufe der Dienstzeit von dem Verpflichteten mit Wissen des anderen Teiles fortgesetzt[1]), so gilt es als auf unbestimmte Zeit[2]) verlängert, sofern nicht der andere Teil unverzüglich widerspricht[3]).

E I 565 II 564; M 2 468; P 2 301.

1. **Die stillschweigende Verlängerung** des Dienstverhältnisses ist hier insofern anders wie bei der Sachmiete in § 568 geordnet, als sie durch unverzüglichen Widerspruch (§ 121) ausgeschlossen wird. Auch hier bleibt aber für das fortgesetzte Dienstverhältnis der gesamte Vertragsinhalt, mit Ausnahme der auf die Beendigung (z. B. Kündigung) bezüglichen Vereinbarungen, bestehen. Wenn der Verpflichtete das Dienstverhältnis fortsetzt, gibt er zugleich seine hierauf gerichtete Willensmeinung zu erkennen, so daß es für die Verlängerung nur noch auf die hierauf gerichtete Willensmeinung des Berechtigten ankommt. Aus welchem Grunde die Dienstzeit abgelaufen ist (Bestimmung im Vertrag, Kündigung), begründet für die Anwendung des § 625 keinen Unterschied.

2. **Verlängerung auf unbestimmte Zeit,** also nicht nur auf die Zeit der tatsächlichen Verlängerung. Es gilt hiernach für das verlängerte Verhältnis die gesetzliche Kündigung nach §§ 621—623 (**RG** JW 08, 139[8]). — § 625 ist auch auf den Agenturvertrag anwendbar (**RG** JW 08, 139[8]).

3. Wegen der **Beweislast** s. § 568 A 2.

§ 626

Das Dienstverhältnis kann von jedem Teile ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn ein wichtiger Grund[1]) vorliegt[2])[3]).

E I 566 II 565; M 2 468; P 2 301.

1. **Die außerordentliche Kündigung wegen eines wichtigen Grundes** ist beim Vorhandensein von Umständen gegeben, unter denen dem vom Vertrage Zurücktretenden die Fortsetzung des Verhältnisses nach verständigem Ermessen nicht zugemutet werden kann (**RG** 6. 5. 04 III 470/03), auch von solchen Umständen — Tod, Änderung der Geschäftsverhältnisse u. dgl. —, die von dem anderen Teile nicht zu vertreten sind (GewO § 133b; **RG** 58, 256; JW 04, 421[41]; 1912, 250[20]; Gruch 57, 961; Warn 1919 Nr 165; **RG** 4. 1. 16 III 184/15 u. a.; s. jedoch **RG** JW 03, 11[9]). Eine gutgläubig begangene lediglich objektive Vertragsverletzung kann also die Kündigung des anderen Teiles rechtfertigen (**RG** Warn 1912 Nr 70). Auch eine Schädigung desjenigen, der kündigen will, wird nicht vorausgesetzt (**RG** 4. 1. 16 III 184/15). Grundsätzlich wird auch nicht dadurch, daß der Kündigende selbst die Umstände herbeigeführt hat, auf die er die Kündigung stützt, die Rechtmäßigkeit der Kündigung ausgeschlossen. Wie überhaupt nach der Lage des Einzelfalls zu entscheiden ist, ob ein wichtiger Grund gegeben ist, so ist auch nach der Gesamtheit der besonderen Umstände zu prüfen, ob einem Kündigungsgrunde deswegen die Anerkennung zu versagen ist, weil der Kündigende ihn durch sein eigenes Verhalten herbeigeführt hat. Danach ist es unrichtig, daß die Verheiratung einer weiblichen Dienstverpflichteten überhaupt keinen Kündigungsgrund bilden könne. In der Rechtsprechung ist die Verheiratung einer ersten Schauspielerin als Kündigungsgrund nicht angesehen worden (**RG** JW 1910, 577[10]). Die Frage, ob die Umstände im einzelnen Falle einen wichtigen Grund enthalten ist im allgemeinen tatsächlicher Natur. In der Revisionsinstanz darf nur nachgeprüft werden, ob ein bestimmtes Handeln, eine bestimmte Eigenschaft oder ein bestimmtes Ereignis an sich einen wichtigen Grund zur sofortigen Auflösung des Dienstverhältnisses bilden kann (**RG** 78, 22; JW 01, 209[26]; 06, 813[9]; 1911, 58[60]; 1912, 192[12]; 1915, 653[5]; 1919, 309[10]; Warn 1913 Nr 91; 1914 Nr 156; 1918 Nr 205 u. a.). Es ist aber ein anderer Maßstab anzulegen, wenn eine Person Dienste höherer Art zu leisten hat, als wenn es sich um die Person eines zu einfachen, mehr mechanischen Dienstleistungen Verpflichteten handelt (**RG** 78, 22). Bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit einer fristlosen Kündigung sind auch die vermögensrechtlichen Folgen der Auflösung des Vertragsverhältnisses (z. B. außergewöhnlich hohe Schadensersatzansprüche nach § 628) zu berücksichtigen (**RG** 94, 166). Die Kündigung kann nachträglich auch auf andere Gründe gestützt werden (s. unten und **RG** 56, 372), vorausgesetzt, daß der Kündigende nicht durch sein früheres Verhalten zu erkennen gegeben hatte, daß er aus diesen Gründen nicht kündigen wolle (OLG 39, 161). Die Kündigung kann,

statt mit sofortiger Wirkung, auch für einen angemesseneren späteren Termin ausgesprochen werden (vgl. für die Miete § 542 A 3) und ist, wenn nach § 626 nicht begründet, wie eine verspätete Kündigung, in der Regel als für den nächsten gesetzlichen oder vertraglichen Kündigungstermin wirksam zu erachten (vgl. § 565 A 4). Ansprüche bei wirksamer Kündigung § 628. Eine grundlose oder vorzeitige Kündigung kann für den, dem sie zugeht, einen Antrag auf Aufhebung des Dienstverhältnisses enthalten (vgl. § 553 A 4) oder einen begründeten Anlaß abgeben, nun seinerseits zu kündigen.

Als **wichtige Gründe** sind in der Rechtsprechung des Reichsgerichts insbesondere anerkannt worden: a) zugunsten des Dienstpflichtigen: andauernde Kränkung und soziale Schädigung von seiten des Arbeitgebers (RG 24. 3. 05 III 8/05); Nichtzahlung des Gehalts (RG 1. 11. 04 III 399/03); willkürlicher, ehrenkränkender Mißbrauch der Machtbefugnis einer Krankenkasse gegenüber den bei ihr angestellten wirtschaftlich schwächeren Ärzten (RG JW 1912, 348[13]). — Dagegen ist es kein wichtiger Kündigungsgrund für die auf längere Zeit angestellten Ärzte einer Ortskrankenkasse, wenn einige von dieser Kasse auf kürzere Zeit angenommene Ärzte streiken und dadurch die Arbeit der ersteren vorübergehend vermehrt wird (RG 12. 2. 07 III 318/06). Ferner kann ein bloßer Gesinnungswechsel des Vertragschließenden, eine Änderung seiner Überzeugung in der Richtung, daß er den Abschluß des Vertrags — der ihm früher unbedenklich erschien — später nach gründlicherer Überlegung als unehrenhaft ansieht, keinen wichtigen, zur sofortigen Lösung des Vertragsverhältnisses berechtigenden Grund abgeben; jedenfalls dann nicht, wenn die maßgebenden Umstände von dem Vertragschließenden schon zur Zeit des Vertragschlusses in ihrer Bedeutung gewürdigt werden konnten (RG 78, 22; betrifft die Kündigung eines Arztes gegenüber dem Cölner Krankenkassenverband). — Beachtung des Kündigungsgrundes mit Rücksicht auf ein Wettbewerbsverbot (HGB § 75 Satz 1) auch dann, wenn der vertragswidrig behandelte Gehilfe den Dienst nicht sofort, sondern unter Einhaltung der Kündigungsfrist verläßt (RG 56, 372). b) Zugunsten des Dienstberechtigten: Erkrankung des Dienstpflichtigen; unsittliches und Ärgernis gebendes (Konkubinats-) Verhältnis eines Fabrikdirektors (RG 38, 116), desgl. eines Handlungsgehilfen (RG 27. 11. 00 III 240/00), dagegen nicht, wenn durch das Konkubinatsverhältnis (eines Gutsverwalters) kein Ärgernis und keine Einbuße an Ansehen entsteht (RG 6. 5. 04 III 470/03). — Nicht schon allein die Tatsache der Aufgabe eines Geschäfts, wohl aber die Geschäftsaufgabe wegen der Unmöglichkeit eines lohnenden Weiterbetriebs berechtigt den Geschäftsinhaber zur Kündigung gegenüber seinem Agenten (RG JW 1912, 250[20]). Dies beruht aber auf der Eigenart des Agenturverhältnisses und ist auf andere Dienstverhältnisse nicht auszudehnen. Vielmehr muß der Dienstberechtigte grundsätzlich die wirtschaftliche Gefahr des Betriebs tragen und kann ihn nur unbeschadet der Ansprüche seiner Angestellten einstellen (vgl. RG 87, 351). — Grober Vertrauensbruch bei dem Vorstandsmitgliede einer Aktiengesellschaft, so z. B. Abschluß von Spekulationsgeschäften durch eine vorgeschobene Person mit der eigenen Gesellschaft, (RG 75, 234). — Vom Dienstverpflichteten erhobener Vorwurf betrügerischen Verhaltens des Dienstherrn im Verhältnis zu seinen Angestellten (RG 10. 1. 08 III 239/07). Dagegen kein Grund beim Vorwurf betrügerischen Verhaltens des Dienstherrn, wenn dieser Vorwurf vom Dienstpflichtigen zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht wird und erweislich wahr ist (RG 24. 3. 06 III 389/04). Auch kein Grund zur fristlosen Kündigung gegenüber dem Kassenarzt einer Ortskrankenkasse wegen einer ihm zur Last gelegten Verfehlung in einem vereinzelten Falle (RG 1. 2. 10 III 142/09). — Bei der Beurteilung von Entlassungsgründen können beim Hinzutritt neuer Verfehlungen des Dienstpflichtigen auch ältere Vorkommnisse, denen der Dienstherr einstweilen ein größeres Gewicht nicht beigelegt hatte, herangezogen werden. Regelmäßig werden nur die bei oder nach Abschluß des Dienstvertrags vorgekommenen Tatsachen in Betracht kommen, unter Umständen aber auch solche Gründe, welche schon vor Abschluß des Dienstvertrags entstanden waren, aber nach dieser Zeit fortgedauert oder fortgewirkt haben und dem Kündigungsberechtigten erst nachträglich bekannt geworden sind (RG 24. 4. 06 III 581/05; RG JW 07, 543[4]; RG 12. 7. 11 I 198/10), in diesem Falle unbeschadet einer Anfechtung des Dienstvertrags nach §§ 119, 123. Auch ein nach der Kündigung eingetretener Kündigungsgrund ist für die Zeit von seinem Eintritt an zu beachten (RG 88, 128; vgl. 32, 249). Die Entlassung eines Handlungsgehilfen kann aber nicht nachträglich damit gerechtfertigt werden, daß er, nachdem er die Entlassung für unbegründet erklärt und seine Dienste dem Dienstherrn zur Verfügung gestellt hatte, in ein Wettbewerbsgeschäft eingetreten sei und schon vorher für dieses die Kunden seines bisherigen Dienstherrn zu gewinnen gesucht habe (RG 88, 127; RG LZ 1918, 568[10] u. 696[8]). Vgl. auch OLG 28, 187: Vorbereitende Maßnahmen zur Gründung eines Wettbewerbsunternehmens in der Regel kein Entlassungsgrund. Der Dienstverpflichtete hat sich so lange vertragsmäßig zu verhalten, als er das Fortbestehen des Vertrags für sich in Anspruch nimmt. Diese Pflicht hört nicht dadurch auf, daß der Dienstberechtigte das Fortbestehen leugnet und ihm die Vertragserfüllung unmöglich macht. Für die Beurteilung der Wichtigkeit des Grundes

kann freilich das bestehende „Kampfverhältnis" in Betracht kommen (RG Warn 1911 Nr 176). Dies gilt in gleicher Weise auch für das Verhalten des Dienstberechtigten.

Der **Ausbruch eines Krieges** ändert für sich allein nichts an den bestehenden Dienstverhältnissen, mag auch die Vertragserfüllung für den einen oder anderen Teil eine Härte bedeuten. Die Gerichte sind, regelmäßig wenigstens, auch nicht in der Lage, einen billigen Ausgleich unter den Vertragsteilen zu schaffen (vgl. RG 86, 397; 90, 374). Der Krieg gibt ferner nicht ohne weiteres einen wichtigen Grund zur Kündigung. So ist der Dienstherr zur fristlosen Kündigung nicht schon deshalb berechtigt, weil sein Geschäftsbetrieb infolge des Krieges nur erschwert oder nicht mehr lohnend ist, und er es aus diesem Grunde für geboten hält, den Betrieb einzustellen. Erst dann, wenn die Weiterführung des Betriebs mit Rücksicht auf die Folgezustände des Krieges (z. B. bei feindlichem Einfall, Zerstörung der Betriebsanlagen, militärischen Anordnungen) unmöglich oder doch so wesentlich erschwert wird, daß sie nach den tatsächlichen Verhältnissen vernünftigerweise und nach Treu und Glauben dem Dienstherrn nicht zugemutet werden kann, ist er berechtigt, seinen Angestellten fristlos zu kündigen (RG 87, 349; 91, 57; RG JW 1916, 261[8]; RG Gruch 61, 774; RG SeuffA 7 Nr 171; LZ 1915, 857[14]; OLG 31, 178; 32, 94; 38, 173; vgl. auch OLG 32, 318). Einberufung des Angestellten zum Militärdienst begründet die Anwendung des § 323, dazu jedoch § 616. Vgl. auch RG Warn 1920 Nr 86; OLG 31, 360. Die Zugehörigkeit des Dienstpflichtigen zu einem feindlichen Staate kann unter Umständen (z. B. nach Art und Gegenstand der Dienstleistung) einen wichtigen Grund zur fristlosen Kündigung bilden (OLG 31, 178). — Enthält der Dienstvertrag eine sog. Kriegsklausel, wonach dem Dienstberechtigten im Falle des Ausbruchs eines Krieges eine fristlose oder kurzfristige Kündigung zustehen soll, so ist (wie bei Lieferungsverträgen, RG 88, 143) nach Treu und Glauben in billiger Abwägung der beiderseitigen Interessen zu entscheiden, ob von ihr unbeschränkt oder nur in zeitlicher Begrenzung und wie lange Gebrauch gemacht werden kann. In der Regel wird die Kündigung nur innerhalb der Zeit stattfinden können, deren der Dienstberechtigte bedarf, um einen Überblick über seine geschäftlichen Verhältnisse (z. B. bei Bühnenanstellungsverträgen darüber, ob der Theaterbetrieb fortgesetzt werden kann) zu gewinnen (RG 91, 57; Warn 1916 Nr 65). Kann danach die Kriegsklausel nicht mehr geltend gemacht werden, so bleibt nur noch die Möglichkeit einer Kündigung nach § 626. Diese kann bei unerwartet langer Dauer des Krieges auch dann begründet sein, wenn nach Ausbruch des Krieges die Fortsetzung des Dienstverhältnisses vereinbart worden war (RG 15. 6. 17 III 41/17).

Besondere Vorschriften: Für die Kündigung wegen eines wichtigen Grundes gelten beim handelsrechtlichen Dienstverhältnis die Vorschriften im HGB §§ 70—72, 77, 92 Abs 2 (Handlungsagenten), beim gewerblichen Dienstverhältnis die Vorschriften der GewO §§ 123ff., 133b, c und d. Die besonderen Vorschriften der Gesindeordnungen sind aufgehoben (Vorbem 2 vor § 611). Vgl. noch das Ges. über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 6. 4. 20 (RGBl 458) § 12 Abs 3 und die in Vorbem 7 vor § 611 angegebenen Verordnungen, ferner das Betriebsrätegesetz v. 4. 2. 20 (RGBl 147) §§ 78 Nr 9, 81ff., 96—98 (Vorbem 2a vor § 611). Anwendung des § 626 auf die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eines rechtsfähigen Vereins s. RG Warn 1914 Nr 156. Über die Anwendung des dem § 626 zugrunde liegenden allgemeinen Rechtssatzes auf andere Rechtsverhältnisse von längerer Dauer s. § 611 A 2.

2. Ob und inwieweit auf die Kündigung wegen eines wichtigen Grundes im voraus **verzichtet** werden kann, ist streitig. Mit der herrschenden Meinung wird indessen anzunehmen sein, daß auf das Recht, ein unter das Bürgerliche Gesetzbuch fallendes Dienstverhältnis fristlos aus wichtigem Grunde zu kündigen, nicht im voraus verzichtet werden kann. Denn die Vorschrift des § 626 soll die Erwerbs- und Geschäftsfreiheit der Beteiligten wahren und ist daher zwingender Natur. So auch RG 69, 365; RG JW 1919, 240[5]; RG Warn 1911 Nr 175; 1914 Nr 248; 1916 Nr 290; RG LZ 1913, 295[24]; 1914, 1846[8]; vgl. RG 79, 161. Das Gesetz beruht auf dem Gedanken, daß bei dem Dienstverhältnisse nichtvorgesehene Umstände eintreten können, welche die sofortige Aufhebung des Dienstverhältnisses erheischen, wenn nicht das Interesse der einen oder anderen Partei in unbilliger Weise geschädigt werden soll. Das Gesetz will bei unvorhergesehenen Ereignissen die Billigkeit entscheiden lassen und kann es daher nicht zulassen, das Kündigungsrecht aus wichtigen Gründen im voraus auszuschließen oder zu beschränken. Das hindert zwar nicht, daß über die Wichtigkeit von Gründen zur fristlosen Kündigung des Dienstverhältnisses Vereinbarungen getroffen werden, namentlich auch nach der Richtung, daß gewisse Tatsachen nicht oder nur unter bestimmten erschwerenden Umständen einen wichtigen Grund bilden sollen (RG Warn 1914 Nr 248; RG LZ 1914, 1846[6]). Aber auch wenn die Parteien darüber einig waren, daß solche Tatsachen zur Aufhebung des Vertragsverhältnisses nicht berechtigen sollen, so können doch bei besonderer Gestaltung der Verhältnisse auch solche Gründe die Aufhebung herbeiführen; die Vereinbarung kommt dann nur als Moment bei der Entscheidung über die Frage der Wichtigkeit in Betracht. (In diesem Sinne ist RG JW 1910, 577[10] zu

würdigen). Noch viel weniger kann aus dem Umstande, daß im Vertrage einzelne Kündigungsgründe festgelegt sind, geschlossen werden, daß nicht aus einem anderen Grunde gekündigt werden könne (RG Warn 1911 Nr 175). Das Kündigungsrecht darf auch nicht wesentlich beschränkt werden, insbesondere nicht durch Vertragsstrafen (RG 75, 238). Unzulässig ist die Beschränkung der fristlosen Kündigung gegenüber einem Krankenkassenarzt durch die Vereinbarung, daß die Kasse den Arzt nur auf den Antrag des Vertrauensausschusses und nur nach zweimaliger zeitweiser Ausschließung von der Kassentätigkeit entlassen dürfe (RG JW 1919, 240[5]). Zulässig ist dagegen die statutarische Bestimmung einer Aktiengesellschaft, daß der Vorstand nur auf Grund eines Beschlusses der Generalversammlung ohne Entschädigung entlassen werden könne (RG 82, 346). Ebenso wurde im Falle einer offenen Handelsgesellschaft, die von einer politischen Partei nur zu dem Zwecke gegründet war, das Parteiblatt nach den Weisungen der Partei herauszugeben, für zulässig erklärt, bei der Anstellung der Schriftleiter zu vereinbaren, daß sie, obgleich Angestellte der Gesellschaft, nicht von dieser, sondern ausschließlich von dem Vorstand oder einem anderen Organ der Partei entlassen werden dürfen (RG 96, 197). Vgl. § 723 A 7. — Dagegen erscheint ein nachträglicher, auch stillschweigender, Verzicht zulässig; er kann insbesondere dann angenommen werden, wenn der Kündigungsgrund bereits eingetreten und von dem zu seiner Geltendmachung Berechtigten trotz davon erlangter Kenntnis längere Zeit nicht geltend gemacht worden ist (RG 38, 116; RG 30. 11. 06 III 286/06); sofortige Geltendmachung ist nicht vorgeschrieben (vgl. HGB §§ 70, 75; RG 56, 373; RG 21. 12. 09 III 619/08).

3. Das für gegenseitige Verträge nach §§ 325, 326 bestehende allgemeine Rücktrittsrecht findet neben § 626 keine Anwendung (RG 92, 158; JW 1911, 106[40]; 1912, 73[12]). Dagegen bleibt die Anwendung des § 323 (vgl. § 616) unberührt (RG 92, 176).

§ 627

Hat der zur Dienstleistung Verpflichtete, ohne in einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen zu stehen, Dienste höherer Art zu leisten, die auf Grund besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen[1]), so ist die Kündigung auch ohne die im § 626 bezeichnete Voraussetzung zulässig[2]).

Der Verpflichtete darf nur in der Art kündigen, daß sich der Dienstberechtigte die Dienste anderweit beschaffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Dienstberechtigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[3]).

E II 565 III 618; P 2 302.

1. **Kündigung bei Diensten höherer Art,** z. B. Diensten als Arzt (auch als sog. Hausarzt), Lehrer, Rechtsanwalt, Künstler, Hebamme, Kommissionär (RG JW 05, 20[17]). Vgl. § 622. Die Vorschrift findet sowohl auf dauernde, als auf nicht dauernde Dienstverhältnisse Anwendung (RG 80, 30). Es genügt aber nicht, daß die Dienste eine besondere Fachkenntnis, Kunstfertigkeit oder wissenschaftliche Bildung voraussetzen und regelmäßig nur solchen Personen übertragen werden, die diese Eigenschaften besitzen oder bei denen sie erwartet werden. Es muß hinzukommen, daß die Dienste im allgemeinen — gleichgültig, ob im einzelnen Fall — nur zufolge besonderen Vertrauens übertragen zu werden pflegen. Die Vorschrift gilt daher nicht für das Dienstverhältnis des bauleitenden Architekten (RG 82, 285). Sie ist auch nicht auf Schiedsrichter anwendbar (RG 59, 247, 249). — § 627 greift nicht Platz bei einem dauernden Dienstverhältnisse mit festen Bezügen. Es müssen aber beide Erfordernisse erfüllt sein (RG 80, 29). Sind sie erfüllt, so gilt für die sofortige Kündigung § 626.

2. **Das Kündigungsrecht** steht beiden Teilen zu, die aber, anders wie beim § 626, auf dessen Geltendmachung vorher verzichten können. Für die Ausschließung der Vorschrift des § 627 bedarf es indessen eines hinreichend bestimmten Ausdrucks des hierauf gerichteten Parteiwillens. Ob er vorliegt, ist Frage des Einzelfalls (vgl. RG 80, 29 mit RG 69, 365).

3. Vgl. § 671 Abs 2, 3. Im übrigen ist diese unzeitige Kündigung nicht unwirksam.

§ 628

[1]) Wird nach dem Beginne der Dienstleistung das Dienstverhältnis auf Grund des § 626 oder des § 627 gekündigt, so kann der Verpflichtete einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen[2]). Kündigt er, ohne durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles dazu

veranlaßt zu sein, oder veranlaßt er durch sein vertragswidriges Verhalten die Kündigung des anderen Teiles, so steht ihm ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil kein Interesse haben[3]). Ist die Vergütung für eine spätere Zeit im voraus entrichtet, so hat der Verpflichtete sie nach Maßgabe des § 347 oder, wenn die Kündigung wegen eines Umstandes erfolgt, den er nicht zu vertreten hat, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzuerstatten[4]).

Wird die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des anderen Teiles veranlaßt, so ist dieser zum Ersatze des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet[5]).

E I 566 II 566; M 2 468—470; P 2 301 ff.

1. Der § 628 behandelt im Abs 1 als verzichtbare Vorschrift **den Anspruch des Verpflichteten** auf Vergütung bei der außerordentlichen Kündigung nach § 626 oder § 627, mag diese Kündigung vom Berechtigten oder vom Verpflichteten erfolgt sein. Doch wird dabei vorausgesetzt, daß die Kündigung, besonders wenn sie vom Verpflichteten ausgeht, eine nach den angeführten Paragraphen gerechtfertigte war. War sie im Falle des § 626 in Ermanglung eines wichtigen Grundes ungerechtfertigt, so steht dem anderen Teile, da dadurch das Vertragsverhältnis nicht beendigt ist, ein Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz zu, und namentlich ist die Bestimmung in Satz 2 des Abs 1 nicht anzuwenden. Ist ein Schaden entstanden, der über die Zeit der Vertragsdauer hinausreicht, so ist auch dieser zu ersetzen. Das Gesetz kennt keine Beschränkung des zu ersetzenden Schadens auf die Vertragszeit (vgl. M 2, 470 und **RG** JW 1912, 747[11]; Warn 1910 Nr 267). Bei Unmöglichkeit der Leistung kommen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 323ff. in Betracht. Doch ist für die Anwendung der §§ 325, 326 neben den Sondervorschriften der §§ 626—628 kein Raum (**RG** 92, 158; JW 1911, 106[40]; 1912, 73[12]; Gruch 56, 598). — Die Vorschrift des § 628 ist grundsätzlich auf alle Dienstverhältnisse anwendbar, insbesondere auch auf das Agenturverhältnis (**RG** JW 1911, 106[40]; Warn 1914 Nr 80).

2. **Die Teilvergütung,** die namentlich auch bei Kündigung des Dienstverhältnisses einer Ehefrau durch den Ehemann (§ 1358) praktisch wird, ist zugleich mit Berücksichtigung der für die Dienstleistung notwendig gewordenen Auslagen, bei Zeitlohn wesentlich nach der bereits verwendeten Zeit, bei Stücklohn nach dem Verhältnis der geleisteten Arbeit zu berechnen. — Besondere Vorschriften für die Rücknahme des einem Rechtsanwalt erteilten Auftrags vor Beendigung der Instanz in RAGebO § 50. Über den Gebührenanspruch des Rechtsanwalts, der die Vertretung vorzeitig niederlegt, s. LZ 1918, 654[5].

3. In den beiden hier angegebenen Fällen der vorzeitigen Kündigung steht dem Dienstpflichtigen ein Anspruch auf die Vergütung insoweit nicht zu, als seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil **kein Interesse haben.** Beispiel: Ein Musikdirektor in einem Badeorte nimmt für die Sommermonate einen Sologeiger zur Mitwirkung bei den Kurkonzerten gegen eine monatliche Vergütung von 400 Mk. an. Nachdem der Geiger zunächst eine Woche lang in Konzertproben mitgewirkt hat, muß er wegen plötzlicher Erkrankung das Vertragsverhältnis kündigen. Ein Anspruch auf einen entsprechenden Teil der monatlichen Vergütung steht ihm nicht zu, da seine auf die Proben beschränkten Leistungen für den Konzertgeber kein Interesse gehabt haben. — Der Dienstpflichtige hat zu beweisen, daß die Dienstleistung bis zur Kündigung erfolgt sei und die geforderte Vergütung ihr entspreche; den Dienstberechtigten trifft die Beweislast dafür, daß der Dienstpflichtige ohne vertragswidrigen Anlaß von seiten des Berechtigten gekündigt oder seinerseits durch vertragswidriges Verhalten dessen Kündigung veranlaßt und die bisherige Dienstleistung infolge der Kündigung für den Berechtigten kein Interesse habe.

4. Wie beim Mietvertrage. Vgl. § 543 A 3 u. 4.

5. Abs 2 gibt bei **vertragswidrigem,** d. i. schuldhaft vertragswidrigem (**RG** Warn 1914 Nr 80) Verhalten des Gegners des Kündigenden, mag dies der Berechtigte oder der Verpflichtete sein, dem Kündigenden einen Anspruch auf **Schadensersatz,** bei einem gemeinsamen schuldhaften Verhalten mehrerer mit Haftung als Gesamtschuldner (s. § 840 Abs 1 und **RG** 47, 246; a. M. Staudinger Erl III 3). Eine unverschuldete, aber kraft besonderer Abrede vom Gegner des Kündigenden zu vertretende Vertragswidrigkeit ist einer schuldhaften gleichzustellen (**RG** Gruch 57, 961). Die Vorschrift des Abs 2 beruht nicht auf den Besonderheiten des Dienstvertrags, sondern auf dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß, wer durch sein vertragswidriges Verhalten den Grund zur Vertragsauflösung gibt, den Schaden zu tragen hat. Dies gilt insbesondere auch für den Mietvertrag, obgleich es dort nicht ausdrücklich ausgesprochen

ist (RG 76, 370; vgl. § 554 A 1). Bei vertragswidrigem Verhalten des Dienstberechtigten (insbesondere auch bei Nichtzahlung des Gehalts) kann der Verpflichtete den vollen Lohn (Gewinnanteil, RG Warn 1920 Nr 21) auf die Dienstzeit, unter Anrechnung des von ihm in der betreffenden Zeit etwa gemachten Nebenverdienstes, gemäß § 615 Satz 2, als Schadensersatz beanspruchen, bei Dienstverhältnissen von unbestimmter Dauer aber nur bis zu dem Zeitpunkt, zu dem ihm mit gesetzlicher oder vertraglicher Frist hätte gekündigt werden können (SeuffA 70 Nr 200). Der Schadensersatzanspruch unterliegt in diesem Falle der gleichen Verjährung wie die Lohnforderung (vgl. § 196 Nr 8 und RG JW 1918, 550). Der ungerecht Entlassene kann aber auch den Ersatz des Schadens verlangen, der ihm über die Vertragsdauer hinaus infolge der Kündigung, z. B. in der Richtung entsteht, daß er keine so vorteilhafte Stellung mehr erhält, als er im Falle einer ordentlichen Kündigung hätte erhalten können (RG JW 1912, 747[11]; Warn 1910 Nr 267). Vgl. insbesondere wegen des Schadensersatzanspruchs im Konkurse des Dienstberechtigten bei Kündigung durch den Verwalter KO § 22 Abs 2 und für die Kündigung im Falle der Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses BRVO v. 14. 12. 16 (RGBl 1363) § 11 Abs 2.

§ 629

Nach der Kündigung eines dauernden Dienstverhältnisses hat der Dienstberechtigte dem Verpflichteten auf Verlangen angemessene Zeit zum Aufsuchen eines anderen Dienstverhältnisses zu gewähren[1]).

KB 1978.

1. **Gewährung von Zeit zum Aufsuchen eines andern Dienstes. Zwingende** Vorschrift (OLG. 22, 304), die auch in dem Falle entsprechende Anwendung findet, wenn ohne Kündigung, nur durch Zeitablauf, das Dienstverhältnis demnächst zu Ende gehen wird. Es ist dabei einerlei, wer gekündigt hat. Die Vergütung wird auch für die zum Aufsuchen eines anderen Dienstes erforderliche, nicht übermäßige Zeit in der Regel weiter zu zahlen sein. Vgl. § 616.

§ 630

[1]) Bei der Beendigung eines dauernden Dienstverhältnisses[2]) kann der Verpflichtete von dem anderen Teile ein schriftliches Zeugnis[3]) über das Dienstverhältnis[3]) und dessen Dauer fordern. Das Zeugnis ist auf Verlangen[4]) auf die Leistungen und die Führung im Dienste zu erstrecken[4]).

E II 568 III 620; P 2 307.

1. Diese **zwingende Vorschrift** gilt auch für das Gesindeverhältnis. Die besonderen Vorschriften der Gesindeordnungen sind aufgehoben (Vorbem 2 vor § 611). — § 630 kann aber trotz seines allgemeinen Wortlauts nicht auf alle dauernden Dienstverhältnisse, sondern nur auf solche angewendet werden, bei denen der Dienstberechtigte über Zeit und Arbeitskraft des Dienstpflichtigen unmittelbar verfügt und die infolgedessen eine persönliche Abhängigkeit und Unterordnung begründen. Daher ist eine entsprechende Anwendung auf Agenturverhältnisse ausgeschlossen (RG 87, 440). Dagegen kann ein gewöhnlicher Arbeiter, auch wenn er nur einen Tag als Vorarbeiter bei dem seitherigen Dienstherrn beschäftigt war, von diesem ein Zeugnis über letztere Tätigkeit verlangen (RG 9. 5. 05 III 4/05). Nachträglicher Verzicht s. OLG 22, 304.

Vgl. für Handlungsgehilfen und Handlungslehrlinge HGB §§ 73 u. 80, für gewerbliche Arbeiter GewO § 113, für Schiffsleute SeemO § 19 (OLG 28, 188).

2. Bei der **Beendigung** des Dienstverhältnisses, nicht schon von der Kündigung ab (SeuffA 57 Nr 15).

3. **Das schriftliche Zeugnis** braucht nicht beglaubigt zu sein. Jedenfalls geschieht die Beglaubigung — abweichend von den Bestimmungen HGB §§ 73, 80, GewO § 114, SeemO § 20 — nicht kostenfrei, sondern, sofern der Verpflichtete sie verlangt, auf dessen Kosten. — Aus dem Zeugnis muß das Dienstverhältnis hervorgehen, und wenn danach, wie z. B. beim Architekten, verschiedene Tätigkeiten in Betracht kommen können, muß auch die Art der Beschäftigung angegeben werden (JW 1916, 1430[5]).

4. Wird dieses **Verlangen,** das auch auf die Leistungen oder auf die Führung beschränkt werden kann (OLG 17, 414), nicht gestellt, so darf die Erstreckung nicht stattfinden (RG JW 97, 350[27]). — Die Fassung des Zeugnisses steht im allgemeinen im Ermessen des Dienstberechtigten. Nur darf er nicht Angaben machen, die mit dem Zweck des Zeugnisses nicht zusammenhängen oder, ohne durch ein berechtigtes Interesse des Dienstherrn geboten zu sein, dem Dienstpflichtigen schaden können. Das Zeugnis über die Führung muß ein zusammenfassendes Urteil über das gesamte dienstliche Verhalten des Angestellten enthalten, soweit

seine Führung in Betracht kommt, nicht nur nach einzelner Richtung, sonst kann Ergänzung verlangt werden (SeuffA 69 Nr 37). Das außerdienstliche Verhalten ist im Zeugnisse nicht zu erwähnen, auch wenn es den Entlassungsgrund bildete (OLG 13, 423). Der Dienstpflichtige hat ferner Anspruch auf Abänderung des ausgestellten Zeugnisses, wenn diesem unwahre Tatsachen zugrunde gelegt sind (OLG 28, 188), wofür den Dienstpflichtigen die Beweislast trifft (OLG 5, 271). Wissentlich unwahre Angaben von Tatsachen mit dem Bewußtsein der Möglichkeit schädlicher Folgen verpflichten den Dienstberechtigten auch zum Schadensersatze gegenüber einem späteren Dienstherrn des Verpflichteten nach § 826 (RG JW 05, 369[3]). Ein falsches, die Schadensersatzpflicht gegenüber Dritten begründendes Zeugnis stellt auch derjenige aus, der es auf eine bestimmte Eigenschaft (z. B. Ehrlichkeit) nicht erstreckt und dadurch den Schein erweckt, als ob diese Eigenschaft vorhanden sei, während sie in Wirklichkeit nicht vorhanden ist (SeuffA 72 Nr 189; vgl. auch RG Warn 1916 Nr 76). Haftung des Dienstberechtigten für wissentlich falsche Auskunft über die Ehrlichkeit eines Angestellten gegenüber dem späteren Geschäftsherrn s. SeuffA 70 Nr 146; RG SeuffA 70 Nr 147, für ungünstige Auskunft über einen früheren Angestellten gegenüber diesem RG Warn 1914 Nr 122.

Siebenter Titel

Werkvertrag

1. Begriff und rechtliche Natur: Gegenseitiger Vertrag (§§ 320ff.), durch den sich der eine Teil (Unternehmer) zur Herstellung des versprochenen Werkes, d. h. zur Herstellung oder Veränderung einer Sache oder zur Herbeiführung eines anderen, durch Arbeit oder Dienstleistung zu bewirkenden Erfolges, der andere (Besteller) zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. Aus dem Begriffe des Werkvertrags ergibt sich sein Unterschied: a) vom Dienstvertrag, bei dem die entgeltliche Dienstleistung als solche, ohne Rücksicht auf das Ergebnis, von den Parteien ins Auge gefaßt wird (s. Vorbem 1 vor § 611); b) vom Kaufvertrag, der die entgeltliche Lieferung einer bereits fertigen Sache ohne Rücksicht auf den Gang ihrer Herstellung betrifft; c) vom Auftrag, der die unentgeltliche Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat, und endlich d) von der Miete, welche in der entgeltlichen Gewährung des Gebrauchs einer Sache besteht, wie z. B. auch die zeitweise Überlassung eines zu erbauenden Zirkus (RG 13, 209) Miete ist. Vielfach sind jedoch die genannten Verträge miteinander verbunden, wie z. B. Werkvertrag und Kaufvertrag (RG 11, 263); über den Werklieferungsvertrag vgl. § 651. In ähnlicher Weise kann eine Verbindung von Werkvertrag und Miete eintreten, z. B. bei der Eisenbahnbeförderung mit Platzkarte. Die Übernahme der Verpflichtung, ein Wohngebäude mit einer Sammelheizungsanlage zu versehen, ist Werkvertrag, nicht Kauf oder Werklieferung (RG 14. 1. 19 VII 288/18). Der Dreschmaschinenvertrag ist in der Regel Miete mit untergeordneter Dienstleistung, nicht Werkvertrag (Vorbem 2 vor § 535). Die Scheidelinien zwischen den einzelnen Vertragsarten sind unter Umständen schwer feststellbar und werden leicht überschritten. So kann sich der Bühnenanstellungsvertrag, wenn es sich um ein einzelnes Gastspiel handelt, als Werkvertrag, sonst aber als Dienstvertrag, und ferner die Lieferung einer Maschine, wenn sie schlechthin stattfinden soll, als Kaufvertrag, in dem Falle aber, wenn die Art ihrer Herstellung, die Anpassung an einen bestimmten Raum oder Betrieb vereinbart ist, als Werkvertrag sich darstellen. Die Aufstellung der Maschine ist beim Maschinenlieferungsvertrag in der Regel nur unselbständige Nebenleistung, ausnahmsweise kann sie auch den Gegenstand eines besonderen, dem Lieferungsvertrag als Hauptvertrag hinzugefügten Nebenvertrags (Werkvertrags) bilden. Soll darüber hinaus der Vertrag im ganzen mit Rücksicht auf die Vereinbarungen über die Aufstellung kein Kaufvertrag (§ 433) und kein Werklieferungsvertrag (§ 651), sondern ein Werkvertrag (§ 631) sein, so müssen ganz besondere Umstände vorliegen, die für eine solche Deutung sprechen (RG 23. 10. 17 VII 178/17; 14. 1. 19 VII 288/18). Vgl. dazu § 651 A 3. Eines genauen Eingehens auf die Besonderheiten des einzelnen Falles bedarf es beim Verhältnis zwischen dem Bauherrn und dem Architekten. Die Übernahme der Aufstellung eines Bauplans durch einen Architekten kann — ebenso wie die Anfertigung sonstiger Vorarbeiten und Entwürfe (RG 97, 122) — Werkvertrag sein, aber auch den Gegenstand eines Dienstvertrags bilden, so namentlich dann, wenn der Architekt zugleich mit der Bauleitung betraut ist, die Herstellung des Planes also nur seine spätere Dienstleistung vorbereitet. Einen typischen Architektenvertrag gibt es nicht (RG 86, 75). Über den Vertrag zwischen dem Schiedsrichter und den Parteien des schiedsgerichtlichen Verfahrens s. Vorbem 2 vor § 611. In einem Werkvertrags- (nicht in einem Dienstvertrags-) Verhältnis steht insbesondere auch, wer aus dem ihm von der anderen Vertragspartei zu liefernden Ton Ziegelsteine herzustellen, dabei für eigene Rechnung die hierfür erforderlichen Arbeiter anzunehmen und für die hergestellte Ware die Gefahr bis zur Abnahme zu tragen hat; bei solcher Sachlage ist das Werkvertragsverhältnis auch

dann nicht ausgeschlossen, wenn er von dem anderen Teile „als Ziegelmeister" angenommen worden ist (RG 72, 281; dazu Vorbem 1 vor § 611). Ist jemand in der Lage, ein Werk zum Nutzen eines anderen herstellen zu müssen, und überläßt es diesem, das Werk gegen Erstattung der Kosten unmittelbar für sich herzustellen, so liegt nicht ein Werkvertrag, sondern ein dem Subventionsvertrag ähnlicher Vertrag besonderer Art vor (RG 92, 168).

2. Der **Geltungsbereich** der Vorschriften des BGB über den Werkvertrag wird begrenzt durch eine Reihe von anderen reichsgesetzlichen oder auch landesgesetzlichen Bestimmungen für gewisse Arten von Werkverträgen, insbesondere: a) für den Fracht- und Beförderungsvertrag, die gewerbsmäßige Beförderung von Gütern und Personen; im einzelnen: für die Beförderung von Gütern zu Lande oder auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern durch HGB §§ 425—452; für die Beförderung von Gütern auf Flüssen und sonstigen Binnengewässern auch durch das BinnenSchG §§ 26ff.; für die Beförderung von Gütern und Reisenden zur See durch HGB §§ 556—678; für die Beförderung von Gütern und Personen auf den Eisenbahnen durch HGB §§ 453—473 sowie durch die EisenbVerkO v. 23. 12. 08; für die Beförderung von Gütern und Reisenden mittels der Post durch das PostG, die PostO und den WeltPV (vgl. HGB § 452; für den Telegrammbeförderungsvertrag s. Telegraphenordnung v. 16. 6. 04 und RG 91, 64; für die Beförderung von Auswanderern durch das AuswG, insbes. §§ 22—48; b) für den Verlagsvertrag, der die Überlassung eines Werkes der Literatur oder der Tonkunst an den Verleger zur Vervielfältigung und Verbreitung für dessen eigene Rechnung betrifft, durch das VerlG v. 19. 6. 01, sowie durch die nach EG Art 76 zum BGB in Geltung befindlichen landesgesetzlichen Vorschriften. Der Verlagsvertrag hat zwar große Ähnlichkeit mit dem Werkvertrag, ist aber vom Gesetze selbständig geregelt worden (RG 74, 361). Vgl. auch RG 78, 298. — Aushilfsweise können für die unter a und b genannten Verhältnisse auch die Vorschriften des BGB über den Werkvertrag zur Anwendung gelangen.

3. Von **allgemeinen Bestimmungen** vgl. wegen des Erfüllungsorts §§ 269, 270, wegen der Erfüllungszeit § 271, wegen der Haftung für Gehilfen § 278, wegen der Übergangsbestimmungen EG Art 170; ferner aus der ZPO wegen Feststellung der Mängel eines Werkes (bedeutsam für die Unterbrechung der Verjährung) § 488, wegen vorläufiger Vollstreckbarkeit gewisser Urteile aus Werkverträgen § 709 Nr 3. Für den Fall eines Konkurses s. KO §§ 23 Abs 2, 27; für den Fall der Geschäftsaufsicht s. BRV über die Geschäftsaufsicht zur Abwendung des Konkurses v. 14. 12. 16 (RGBl 1363) § 9.

4. Eine besondere **Form** ist für den Werkvertrag nicht vorgeschrieben. Für seinen **Inhalt** gelten die allgemeinen Grundsätze, insbesondere auch die §§ 134, 138. Über die Frage, unter welchen Umständen ein Bauvertrag über ein zu Bordellzwecken bestimmtes Haus im Sinne des § 138 gegen die guten Sitten verstößt, s. RG 63, 367; 71, 192.

5. **Kriegs- und Übergangsrecht.** Über die schiedsgerichtliche Erhöhung von Preisen bei der Lieferung von elektrischer oder mechanischer Arbeit, Dampf, Gas oder Leitungswasser s. VO v. 1. 2. 19 (RGBl 135) und v. 11. 3. 20 (RGBl 329), dazu Bek v. 5. 3. 19 (RGBl 288) und v. 18. 3. 20 (RGBl 330). Für sog. Kriegsverträge s. VO v. 21. 11. 18 (RGBl 1323) und VO über die Abgeltung von Ansprüchen gegen das Reich v. 4. 12. 19 (RGBl 2146).

§ 631

Durch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes[1]), der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung[2]) verpflichtet.

Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

E I 567 Abs 1, 579 II 569; M 2 470, 506; P 2 309, 336.

1. Verpflichtung des Unternehmers: **Herstellung des versprochenen Werkes**, d. i. entweder die Herstellung oder Veränderung einer Sache, insbesondere die Herrichtung eines Bauwerks, auch der Vertrag wegen Übernahme eines durch fremde Arbeit herzustellenden Bauwerks (Bau-Entreprisevertrag, RG 66, 4); oder ein durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg, auch ein sog. immaterieller Erfolg; im einzelnen: die Beförderung von Sachen (RG 11. 1. 05 I 390/04); namentlich die Beförderung mittels Fähre auf einem öffentlichen Flusse, auch von seiten des Staates (RG 72, 53); ebenso die Beförderung von Kähnen oder Schiffen mittels Schleppdampfer nach einem bestimmten Orte (RG 59, 305; 62, 210); die Charterung auch eines ganzen Schiffes (RG Warn 1910 Nr 150); die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mittels gewöhnlichen Fuhrwerks (RG 23, 91), mittels eines Kraftwagens (RG 16. 3. 06 VII 323/05), mittels einer Straßenbahn (RG 66, 12; s. jedoch § 638 A 1 Abs 2), mittels eines Esels mit Treiber

(RG 18. 5. 06 VII 434/05); während die gelegentliche Mitnahme eines Bekannten auf einem Fuhrwerk sich überhaupt nicht als ein Vertragsverhältnis, sondern als ein tatsächlicher Vorgang (Gefälligkeit) ohne rechtliche Bedeutung darstellen kann, bei welchem nur eine außervertragliche Haftpflicht — § 823 — eintritt (RG 65, 17). Ferner kann als Werkvertrag vorkommen: die Besorgung von Geschäften, also von Angelegenheiten, die das wirtschaftliche Interesse des Bestellers berühren (§ 675 und Vorbem 2 vor § 611), so die Übernahme der Überweisung des Guthabens eines Kunden ins Ausland durch eine Bank (RG Warn 1919 Nr 60), der Versteigerung eines Gasthausinventars (OLG 39, 164), nicht die Übernahme eines Parzellierungsauftrags gegen Gewinnbeteiligung (RG SeuffA 74 Nr 105); die Übernahme des Auftrags, auf eine bestimmte Dauer Geschäftsanzeigen in Straßenbahnwagen auszuhängen (RG Warn 1913 Nr 138; 1916 Nr 268; s. auch JW 1916, 1295[7]; unentschieden, jedoch unter Billigung der Anwendung der für den Werkvertrag gegebenen Vorschriften, RG JW 1916, 583[10]), die Übernahme der Verbreitung von Büchern, die der Geschäftsanpreisung dienen (OLG 34, 39); ingleichen, soweit nicht bloße Dienstleistungen vorliegen, die Ausführung von wissenschaftlichen oder künstlerischen Unternehmungen, die Erteilung von Auskunft über die Kreditfähigkeit einer Person. So wird auch die Aufführung eines Konzerts oder einer Theateraufführung als Werkvertrag erscheinen, wobei die Überlassung eines Platzes regelmäßig Nebenleistung ist und nur unter besonderen Umständen den Gegenstand eines Nebenvertrags (Miete) bildet (vgl. LZ 1920, 62[5]). S. auch § 611 A 4. Vertrag über Lieferung von Theatereintrittskarten an einen Händler bei Verpflichtung des Liefernden, Vorstellungen für die späteren Karteninhaber zu veranstalten, s. OLG 36, 79. Über den Anzeigenvermittlungsvertrag s. OLG 36, 74. — Nicht um einen Werkvertrag, sondern um die Besorgung fremder Geschäfte oder um die Leistung von Diensten (§ 196 Nr 7) handelt es sich, wenn sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, sich zu bemühen, eine Aktiengesellschaft ins Leben zu rufen, ohne sich dafür haftbar zu machen, daß die Gesellschaft zustande kommt (RG 72, 179).

Die dem Unternehmer obliegende Herstellung ist regelmäßig Vorleistung, bei beweglichen Sachen mit deren Überbringung, insbesondere an den Eigentümer, der dem Unternehmer die Sache zur Bearbeitung übergeben hat (RG 35, 137), verbunden. Die Verarbeitung von Korn zu Mehl (von Kartoffeln zu Kartoffelflocken) ist vielfach Gattungsschuld insofern, als gleichgültig ist, ob das vom Verarbeiter Zurückgegebene aus dem vom Besteller übergebenen Stoffe hergestellt ist (OLG 36, 7). Für die Verpflichtung des Unternehmers zur Beschaffung des erforderlichen Stoffes ist der Inhalt des betreffenden Vertrags maßgebend; über den besonderen Fall der Herstellung des ganzen Werkes aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe (Werklieferungsvertrag) s. § 651. Für Ort und Zeit der Leistung s. §§ 269, 271. — Der Unternehmer ist, abweichend vom Dienstvertrage § 613, sofern nicht etwas anderes ausdrücklich vereinbart ist oder nach dem Inhalt des Vertrags (z. B. mit einem Künstler) seine persönliche Leistungsfähigkeit in Betracht kommt, nicht verpflichtet, das Werk durch eigene persönliche Tätigkeit herzustellen, vielmehr berechtigt, die Herstellung einer anderen Person zu übertragen (RG 14. 6. 19 V 53/19). Daher wird auch der Tod des Unternehmers in der Regel das Vertragsverhältnis nicht beendigen (s. § 649 A 2). Der Unternehmer darf regelmäßig auch Gehilfen verwenden. Über die Zulässigkeit einer Heranziehung wissenschaftlicher Hilfsarbeiter bei Übernahme der Bearbeitung der neuen Auflage eines wissenschaftlichen Werkes s. RG LZ 1915, 428[4]. Der Unternehmer hat ein Verschulden seiner Hilfspersonen gemäß § 278 zu vertreten. Zur Erfüllung der Vertragsverbindlichkeit gehört dabei alles, was aus dem Vertrage vom Vertragsschuldner überhaupt verlangt werden kann; § 278 tritt überall ein, wo der Schädiger selbst dem Verletzten nach Maßgabe des Vertrags gerecht werden muß und ihn nicht auf die Haftungsgrundsätze bei unerlaubten Handlungen verweisen kann. Das Verschulden der Hilfsperson braucht nicht bei der unmittelbaren Erfüllungshandlung vorzuliegen (RG Warn 1910 Nr 434). Haftung des Unternehmers für Verschulden seiner Angestellten beim Beförderungsvertrag s. RG 55, 335; 62, 119; BayObLGZ 13, 127. Bei einem Zusammenstoß von zwei Straßenbahnwagen kommen als Gehilfen des Straßenbahnunternehmers bei der Erfüllung des Beförderungsvertrags gegenüber dem verletzten Fahrgast nicht nur die Angestellten desjenigen Wagens in Betracht, in dem sich der Fahrgast befindet sondern auch die Angestellten des andern Wagens (RG 83, 343). — Bei unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung des Unternehmers gelten §§ 275, 323.

Unter den vertragsmäßigen Nebenverpflichtungen des Unternehmers ist hervorzuheben: die Verpflichtung zur ordnungsmäßigen Instandhaltung der für die Vertragsausführung erforderlichen Maschinen, Geräte und Räume, so z. B. bei der Personenbeförderung die Verpflichtung zur Instandhaltung der Ab- und Zugänge zum Eisenbahnsteige (RG 55, 335; 86, 321; RG LZ 1916, 607[13]; RG 5. 10. 03 VI 367/03; 19. 5. 05 VII 603/04; 12. 3. 07 VII 275/06), der Warteräume (RG LZ 1916, 814) und ihrer Einrichtungsgegenstände, z. B. Stühle (RG Warn 1915 Nr 124), zur Sorge für die Erwärmung von Eisenbahnwagen (RG SeuffA 70 Nr 55), zur Prüfung der zu verwendenden

Beförderungsmittel (RG 16. 3. 06 VII 323/05), zur Sorge für die körperliche Sicherheit der zu befördernden Personen (RG 66, 17; 98, 327), vom Beginne der Reise bis zu ihrer Beendigung, auch während des Aufenthalts auf Zwischenstationen (RG Warn 1916 Nr 309), überhaupt solange, als der Reisende den für die Benutzung der Bahnanlagen erlassenen besondern Vorschriften untersteht, so auch beim Verlassen des Bahnhofsgebäudes (RG JW 1918, 171[6]), nicht nachher beim Überschreiten des (im Eigentum des Eisenbahnunternehmers stehenden) Bahnhofsvorplatzes (RG Gruch 57, 941). Ist die zu befördernde Person während der Beförderung am Körper oder an der Gesundheit beschädigt worden, so haftet der Unternehmer aus dem Vertrage, wenn er nicht beweist, daß ihn und seine Erfüllungsgehilfen kein Verschulden trifft (RG 66, 12; 83, 343; RG JW 08, 196[10]; Warn 1916 Nr 309; RG LZ 1918, 623[14]; RG 18. u. 21. 12. 17 VII 347, 348/17; vgl. auch OLG 28, 191). Diese Regelung greift jedoch nur für Schäden bei der Beförderung im eigentlichen Sinne Platz, die bei Reisen auf der Eisenbahn mit dem Einsteigen in den Zug beginnt und mit dem Aussteigen endigt. Handelt es sich um die vertraglichen Nebenleistungen, die dieser Beförderung vorangehen oder ihr nachfolgen, wie die Gewährung sicherer Zu- und Abgänge zum und vom Zuge, so verbleibt die Beweislast bei dem verletzten Reisenden (RG 86, 321). Über die Beweisfrage bezüglich des Verschuldens bei einem Unfall durch Abgleiten einer Kraftdroschke in einen Straßengraben s. RG LZ 1915, 127[3]. Schadensersatzansprüche aus einem Personenbeförderungsvertrage können vertraglich ausgeschlossen werden, soweit nicht § 276 Abs 2 entgegensteht (RG 11. 2. 07 VI 232/06). Keine Vertragshaftung für Unfälle im Bahnhofe vor Lösung einer Fahrkarte (RG LZ 1914, 1530[10]). Keine Haftpflicht des Eisenbahnunternehmers aus dem Beförderungsvertrage bei Ermordung eines Reisenden durch einen Mitreisenden während der Fahrt (RG 69, 361). Unmittelbare Haftung des Beförderungsunternehmers (auch für seine Erfüllungsgehilfen, § 278) gegenüber Frau und Kind des Bestellers, die mit diesem in dem bestellten Kraftwagen befördert werden, nach § 328 s. RG 87, 64. Verpflichtung des Beförderungsunternehmers, einen Schaden zu ersetzen, den nicht der Vertragsgegner, sondern ein Dritter erlitten hat, s. RG 86, 289. Als weitere Nebenverpflichtungen des Unternehmers kommen in Betracht: die Verpflichtung zur Prüfung der Brauchbarkeit und Durchführbarkeit der dem sachverständigen Unternehmer vorliegenden Pläne und Kostenanschläge (§ 650 Abs 2; RG 18. 10. 04 VII 139/04), zur Berichterstattung, Auskunft und Rechenschaftsablegung bei der eine Geschäftsbesorgung betreffenden Werkverdingung, zur sorgfältigen Vermeidung von Beschädigungen der Sachen des Bestellers bei der Werkherstellung (nicht bloß bei „Gelegenheit" der Werkherstellung; RG 66, 402; JW 06, 460[16]; Warn 1911 Nr 168).

2. Verpflichtung des Bestellers: **Entrichtung der vereinbarten Vergütung.** Daß sie nicht in einer Akkord- oder Pauschsumme, sondern nach Maßgabe der zur Herstellung des Werkes erforderlichen Einzelleistungen bestimmt ist, steht an sich der Annahme eines Werkvertrags nicht entgegen (RG Gruch 51, 947). Der Besteller hat aber in diesem Falle keinen klagbaren Anspruch gegen den Unternehmer auf Erteilung einer Abrechnung über die von diesem geleisteten Arbeiten; vielmehr gehört eine solche zu der dem Unternehmer obliegenden Begründung seines Vergütungsanspruchs, bei deren Unterlassung der Besteller zur Verweigerung der Vergütung berechtigt ist (RG 72, 177). Die Vergütung kann auch in einem Anteil an Einnahmen bestehen, ohne daß deshalb ein Gesellschaftsverhältnis vorzuliegen braucht (SeuffA 74 Nr 170). Ort der Leistung §§ 269, 270; Zeit der Leistung § 641. Änderungen der Lohn- und Preisverhältnisse berechtigen den Unternehmer an sich nicht zum Verlangen einer höheren als der vereinbarten Vergütung. Doch ist für Verträge, bei denen die Lieferung von elektrischer oder mechanischer Arbeit, Dampf, Gas oder Leitungswasser in Frage steht, nach den in Vorbem 5 erwähnten Vorschriften die Möglichkeit einer schiedsgerichtlichen Erhöhung der Preise gegeben. Liefert der Unternehmer nicht ein mangelhaftes (§§ 633ff.), sondern ein anderes als das bestellte Werk, so kann er die vereinbarte Vergütung nur verlangen, wenn er beweist, daß sie (als ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart) auch für diesen Fall gelten sollte (RG SeuffA 70 Nr 102). Zur Entrichtung der Vergütung tritt nach § 640 als Hauptverpflichtung auch die Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes hinzu. — Als Nebenverpflichtungen des Bestellers kommen unter Umständen diejenigen zur Lieferung des Stoffes (§ 645), zur Erteilung der erforderlichen Anweisungen für die Ausführung und zur Mitwirkung bei dieser (§§ 642, 645) in Betracht; dagegen ist in der Regel der Besteller dem Unternehmer zur Gestattung der Ausführung des Werkes nicht verpflichtet, der Besteller eines Theaterstücks dem Verfasser auch nicht zur Aufführung (SeuffA 74 Nr 170). Über die Verpflichtung desjenigen, der die Herstellung eines Werkes im Wege öffentlicher Ausschreibung vergibt, Untersuchungen anzustellen und genaue Angaben darüber zu machen, z. B. bezüglich des Geländes, wenn es sich um die Anlegung eines Entwässerungsgrabens für Rieselfelder handelt, s. RG JW 1916, 115[2]. Vertragshaftung des Bestellers, der beim Abschlusse des Werkvertrags unrichtige Angaben gemacht hat, z. B. über die Höhenlage einer Straße, in der

eine Regen- und Dampfwasserableitung hergestellt werden soll, s. RG JW 1919, 35[2], auch RG JW 1912, 743[5] und § 276 A 1. — Wenn nach dem Werkvertrage der Besteller Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften zur Verrichtung der Werktätigkeit zu beschaffen hat, so muß er, wie nach §§ 618, 619 der Dienstberechtigte im Verhältnisse zum Dienstpflichtigen, alles tun, um den Unternehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit zu schützen, als die Natur der Werkleistung es gestattet. Es bedarf dazu nicht einer entsprechenden Anwendung der §§ 618, 619 auf den Werkvertrag, vielmehr ergibt sich die fragliche Pflicht ohne Rücksicht auf diese Vorschriften schon aus einer die Grundsätze der §§ 157, 242 beachtenden Deutung des Vertragsinhalts (RG 80, 27; RG JW 1914, 34[3], auch 1910, 148[10]; RG LZ 1916, 162[10]; RG 20. 6. 17 VII 86/17). Schuldhafte Verletzung dieser Verpflichtung verbindet den Besteller zum Schadensersatze. Art und Umfang des Schadensersatzes (wofür beim Dienstvertrage § 618 Abs 3 maßgebend ist) folgen bei Verletzung der Werkvertragspflichten aus den allgemeinen Bestimmungen der §§ 249ff. Es steht auch nichts im Wege, dem Schadensersatzberechtigten statt einer einheitlich zu zahlenden Geldsumme eine Rente zuzusprechen, wenn dies — wie im Falle geminderter Erwerbsfähigkeit — als ein angemessener Schadensausgleich erscheint (RG 68, 429; 80, 27). Die allgemeine Fürsorgepflicht trifft den Besteller, der Räume zur Verrichtung der Werktätigkeit zu beschaffen hat, auch dann, wenn er nur Mieter, nicht Eigentümer der Räume ist (RG JW 1914, 34[3]). — Der Bauherr als Besteller des Bauwerks hat dafür zu sorgen, daß der Bauplatz dem Bauunternehmer in einer keine Gefahr in sich bergenden Beschaffenheit zur Ausführung des Baues zur Verfügung gestellt wird (RG 3. 12. 18 VII 247/18). — Erstreckung der Vertragspflichten des Bestellers auf eine zur Ausführung des Werkvertrags vorgenommene Personenbeförderung s. RG LZ 1916, 1485[6]. — Auch bei einem Werkvertrage ist es rechtlich nicht ausgeschlossen, daß der Unternehmer neben diesem Vertrage mit der Vornahme bestimmter Verrichtungen nach Anleitung und Anweisung des Bestellers betraut wird; dies ist namentlich möglich in bezug auf Sicherungsmaßregeln, zu deren Vornahme ein Bauherr der Allgemeinheit gegenüber verpflichtet sein würde. So kann der Unternehmer von den Weisungen des Bestellers (z. B. einer Gemeinde, die Bauten ausführen läßt) unter Umständen in dem Maße abhängig sein, daß der Besteller nicht nur die Aufsicht, sondern auch die Leitung der Arbeiten ausübt, also Geschäftsherr ist. In solchen Fällen ist § 831 anzuwenden (RG Warn 1912 Nr 301). — Keinen Werkvertrag begründet die unentgeltliche Mitnahme einer Person auf einer Fahrt. Ob dadurch überhaupt (vielleicht stillschweigend) ein Vertrag zustande kommt oder ob eine reine Gefälligkeit vorliegt, die unter Umständen Rechtswirkungen kraft Gesetzes zur Folge haben kann, aber kein Vertragsverhältnis begründet, hängt von den Umständen des Falles ab (RG LZ 1915, 831[12]).

§ 632

Eine Vergütung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist[1])[2]).

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen[3]).

E I 567 Abs 2 II 570; M 2 471; P 2 309.

1. Daß eine **Vergütung** gewährt werden soll, kann ausdrücklich vereinbart sein. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so ist nach Abs 1 zu prüfen, ob eine Vergütung als stillschweigend vereinbart zu gelten hat. Ist die Gewährung einer Vergütung ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, aber ihre Höhe nicht bestimmt, dann — aber auch nur dann — ist Abs 2 anzuwenden.

2. Bezüglich der **stillschweigenden Vereinbarung** einer Vergütung übereinstimmend mit dem Dienstvertrag vgl. oben § 612 A 2. Ob ein über die Ausführung des Werkes angefertigter Kostenanschlag oder eine Zeichnung besonders zu vergüten ist, hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab. Hat insbesondere der Besteller, um sich über die Herstellung und die Kosten eines von ihm beabsichtigten Werkes zu unterrichten und darauf seine Entschließung über die Ausführung zu treffen, dem Unternehmer zur Einreichung von Kostenanschlag und Zeichnung Auftrag erteilt, so ist er zur Vergütung verpflichtet, auch wenn es nicht zur Ausführung des Werkes kommt. Anderseits ist es unzweifelhaft, daß der Verfertiger von Entwürfen und Vorarbeiten, die er lediglich freiwillig und nur in seinem eigenen Interesse, namentlich dem, einen anderen zur Bestellung zu veranlassen, angefertigt hat, ein Entgelt nicht beanspruchen kann, und zwar auch dann nicht, wenn keine Bestellung erfolgt (RG Warn 1911 Nr 113). Ebensowenig hat der Besteller, falls der Unternehmer, von ihm zur Abgabe von Geboten aufgefordert, in Verbindung mit diesen Zeichnung und Kostenanschlag eingereicht hat, damit sich der Besteller schlüssig machen kann, eine Vergütung zu leisten (SeuffA 34 Nr 114; 47 Nr 25).

So namentlich, wenn derartige Arbeiten im sog. Submissionsverfahren von den Bewerbern ihren Geboten beigefügt und diese Angebote nachträglich nicht berücksichtigt werden. Ebenso, wenn ein Architekt eine Bauplatzeinteilung zu liefern verspricht, weil er Aussicht hat, die Architektenarbeiten für die Neubauten zu erhalten (OLG 34, 40). — Wenn das Gesetz sagt, eine Vergütung gelte als stillschweigend vereinbart, sofern den Umständen nach eine Vergütung zu erwarten sei, so scheidet damit eine Untersuchung darüber aus, ob tatsächlich der unausgesprochene Parteiwille auf die Entrichtung einer Vergütung gerichtet war; es ist insbesondere belanglos, wenn der Besteller den inneren Willen hatte, sich zur Bezahlung einer Vergütung nicht zu verpflichten; vielmehr gilt ohne Rücksicht auf den wirklichen Willen der Beteiligten die Entgeltlichkeit kraft Gesetzes als gewollt, wenn tatsächlich, nach den Umständen des Falles, die Herstellung des Werkes nur gegen eine Vergütung erwartet werden konnte (RG Warn 1911 Nr 113; 1912 Nr 338; 1914 Nr 117). Für bauliche Entwürfe s. auch SeuffA 69 Nr 236; 73 Nr 51 (Bereicherungsanspruch bei mißbräuchlicher Verwendung eingereichter Entwürfe). In jedem Falle setzt aber der Anspruch auf eine Vergütung voraus, daß ein Rechtsverhältnis, nicht nur eine tatsächliche Gefälligkeit vorgelegen hat (RG Warn 1915 Nr 112). — Eine Änderung der Lohn- und Preisverhältnisse, die nach Abschluß des Vertrags eintritt, begründet an sich keine Änderung der vereinbarten Vergütung. S. jedoch § 631 A 2 und Vorbem 5 vor § 631. — Bei einem Bauwerk kommen im Falle nachträglicher Abweichungen von dem ursprünglichen Bauplane die Grundsätze der auftragslosen Geschäftsführung (§§ 683 ff.) zur Anwendung.

3. **Beim Mangel von Taxe oder Üblichkeit** steht die Bestimmung, wie beim § 612, im Zweifel nach § 316 dem Unternehmer zu. — Ist (was im Streitfalle der Unternehmer beweisen muß, RG JW 07, 175[13]; OLG 28, 192), über die Höhe der Vergütung nichts ausdrücklich ausgemacht worden, so ist stillschweigende Verabredung des vom Unternehmer zu erweisenden ortsüblichen oder angemessenen Preises anzunehmen. Bei der Berechnung der Vergütung der Architekten und Ingenieure für Pläne, Zeichnungen usw. können die Sätze der sog. „Hamburger Norm" unter Umständen als übliche Vergütung in Betracht kommen, und jedenfalls geben sie einen beachtenswerten Anhalt für die Feststellung eines angemessenen Betrags. Taxen im Sinne des Abs 2 sind sie nicht. Vgl. RG JW 02, 441; 07, 175[13]; auch OLG 20, 203; 33, 196; 38, 102. — S. auch § 632 A 3, 4.

§ 633

Der Unternehmer ist verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern¹).

Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen²). Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert³).

Ist der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels im Verzuge, so kann der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen⁴).

E I 569 Abs 1 Satz 1, Abs 2 II 572; M 2 478 ff.; P 2 309 ff.

1. In den §§ 633—639 ist die **Gewährleistungspflicht des Unternehmers** z. T. abweichend von den für den Verkäufer geltenden Vorschriften §§ 459 ff. (vgl. im übrigen dort) geregelt. Begriff des „Fehlers": eine vom Regelzustande nachteilig abweichende Beschaffenheit des Werkes; für den Fall einer neu zu konstruierenden Maschine s. RG Warn 08 Nr 208. Daß der Mangel eines Werkes auf Maßnahmen zurückzuführen ist, die der Besteller selbst gewünscht hat, schließt seine Geltendmachung nicht aus. So wurde die Wandlung für begründet erklärt in einem Falle, in dem ein vom Besteller gewünschter Überzug von Stühlen mit Bronzefarbe abfärbte und die Stühle zum Sitzen unbrauchbar machte. Das Verlangen des Bestellers war dahin zu verstehen, daß die bestimmungsgemäße Benutzung der Stühle nicht unmöglich gemacht werde. Wollte der Unternehmer die Gefahr nicht übernehmen, so mußte er den Auftrag ablehnen oder seine Haftung durch Vertrag ausschließen. Er kann sich auch nicht darauf berufen, daß ihm die erforderliche Sachkunde fehlte (RG Warn 1915 Nr 78). Vgl. § 635 A 1. Nicht mangelhafte Erfüllung, sondern Nichterfüllung ist die Lieferung einer durch die Schuld des Unternehmers unbrauchbaren und nicht betriebsfertigen Anlage (RG 22. 5. 17 VII 68/17). Über das Erfordernis einer Mängelrüge bei einem Werkvertrag zwischen Kauf-

leuten s. LZ 1919, 655[4]. Über die besonderen Verpflichtungen des Unternehmers bei den auftragsähnlichen Werkverträgen, insbesondere zur rechtzeitigen Ablehnung eines Vertragsantrags für gewisse Unternehmer, s. §§ 675, 663. Im übrigen besteht nach dem BGB in keinem Falle eine Verpflichtung des Unternehmers zur Übernahme eines ihm angetragenen Werkes. Vgl. dagegen § 611 A 4. — An Stelle der in §§ 633ff. gegebenen Ansprüche kann der Besteller auch nach allgemeinen Grundsätzen beim Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen einen Schadensanspruch wegen vertragswidrigen Verhaltens des Unternehmers während der Ausführung sowie die bei gegenseitigen Verträgen aus §§ 320ff. hervorgehenden Rechte gegen den Unternehmer geltend machen. Ist durch besonderen Garantievertrag Mängelbeseitigung] zugesagt worden, so kann diese auch dann gefordert werden, wenn zugleich der Ersatz des durch die mangelhafte Herstellung bereits entstandenen Schadens verlangt wird (RG Warn 1911 Nr 177). Übernimmt der Unternehmer die Verbreitung von Geschäftsanzeigen, z. B. durch Aushängen in Straßenbahnwagen (§ 631 A 1), so besteht seine Vertragsleistung nur in der vereinbarten Verbreitung, nicht in dem vom Besteller für sich erhofften wirtschaftlichen Erfolg. Der Besteller kann daher keine Rechte gegen den Unternehmer daraus ableiten, daß dieser Erfolg, z. B. infolge der Kriegsverhältnisse, ausbleibt. Der Ausbruch eines Krieges gibt aber für sich allein, selbst bei langfristigen Anzeigeverträgen, kein Recht zum Rücktritt (RG Warn 1916 Nr 268; s. aber auch JW 1919, 940[7]). Rücktritt des Bestellers wegen Aushängung einer zu geringen Zahl von Anzeigen in Straßenbahnwagen s. RG JW 1916, 583[10], Minderungsanspruch aus dem gleichen Grunde s. JW 1916, 1295[7]. — Der in der Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannte Grundsatz, daß der Verkäufer von seiner Lieferungspflicht frei wird, wenn die Leistung infolge der Verschiebung der wirtschaftlichen Verhältnisse durch den Weltkrieg eine völlig andere geworden ist, gilt, wie für andere zweiseitige Verträge, entsprechend auch für den Werk- und insbesondere den Werklieferungsvertrag (RG SeuffA 74 Nr 126: Seefrachtvertrag). Ob die Vertragsteile trotz der Veränderung an den Vertrag gebunden bleiben, hängt von der Lage des einzelnen Falles ab. In der gleichen Weise ist die Einwirkung der staatlichen Umwälzung mit ihren wirtschaftlichen Folgen auf bestehende Vertragsverhältnisse zu beurteilen (RG 98, 18; RG JW 1920, 434[5]). Vgl. auch Vorbem 5.

2. In diesem Anspruch auf **Beseitigung** des Mangels (d. h. Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes), dessen Verfolgung nach § 638 der kurzen Verjährung unterliegt, im übrigen aber an keine Frist gebunden ist, liegt ein wesentlicher Unterschied von den für die Mängel beim Kauf gegebenen Vorschriften. — Der Besteller, der das Werk angenommen hat, kann wegen seiner Mängel nur die in §§ 633—635 vorgesehenen Rechtsbehelfe geltend machen, z. B. die Beseitigung der Mängel, auch unerheblicher Mängel, fordern, aber nicht die Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes (RG 57, 275; 95, 329; s. auch RG Warn 1916 Nr 305; OLG 34, 49). Als Verlangen der Beseitigung eines Mangels ist es aber auch anzusehen, wenn der Besteller eines Gesamtwerks die Beseitigung einer vertragswidrigen Teilanlage verlangt (RG 95, 329). Daß der Unternehmer nicht verpflichtet ist, an Stelle des mangelhaften Werkes ein neues mangelfreies Werk herzustellen, schließt nicht sein Recht aus, die von ihm geforderte Beseitigung des Mangels durch Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes zu bewirken (SeuffA 69 Nr 237; OLG 17, 424).

3. **Unverhältnismäßig** ist der vom Unternehmer zu leistende Aufwand, wenn der Vorteil, den die Beseitigung des Mangels dem Besteller gewährt, gegenüber dem für die Beseitigung erforderlichen Aufwand geringwertig ist, so daß die Beseitigung sich nicht lohnt (RG 66, 167). — Verweigert der Unternehmer die Beseitigung, so kommt § 634 Abs 2 zur Anwendung.

4. **Verzug** des Unternehmers §§ 284ff. entsprechend der Miete § 538 Abs 2. Beseitigt der Besteller Mängel, ohne daß der Unternehmer mit ihrer Beseitigung im Verzuge ist, so kann er den Ersatz von Aufwendungen nur nach den Vorschriften über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff.) oder über ungerechtfertigte Bereicherung (§§ 812ff.) verlangen.

§ 634

Zur Beseitigung eines Mangels der im § 633 bezeichneten Art kann der Besteller dem Unternehmer eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Zeigt sich schon vor der Ablieferung des Werkes ein Mangel, so kann der Besteller die Frist sofort bestimmen; die Frist muß so bemessen werden, daß sie nicht vor der für die Ablieferung bestimmten Frist abläuft[1]). Nach dem Ablaufe der Frist kann der Besteller Rückgängigmachung des Vertrags (Wandelung)[2]) oder Herabsetzung der Vergütung (Minderung)[3]) verlangen, wenn

nicht der Mangel rechtzeitig beseitigt worden ist; der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ist ausgeschlossen.

Der Bestimmung einer Frist bedarf es nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandelung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird[4]).

Die Wandelung ist ausgeschlossen, wenn der Mangel den Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nur unerheblich mindert[5]).

Auf die Wandelung und die Minderung finden die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465 bis 467, 469 bis 475 entsprechende Anwendung[6]).

E I 569 II 572; M 2 481 ff.; P 2 309 ff.

1. § 633 A 1. Die Ansprüche des Bestellers auf Wandelung oder Minderung, ebenso der Anspruch auf Schadensersatz aus § 635 haben außer in den Fällen von § 634 Abs 2 zur Voraussetzung, daß dem Unternehmer zuvor eine **angemessene Frist zur Beseitigung des Mangels** bestimmt ist. Die Fristbestimmung hat hier nicht, wie beim § 326, den Verzug des Schuldners zur Voraussetzung; sie kann daher schon vor Eintritt der Fälligkeit erklärt werden, sofern nur die Frist nicht vor Eintritt der Fälligkeit abläuft (**RG** JW 1910, 186[8]; OLG 34, 48). Eine Fristsetzung ist nicht darin zu erblicken, daß umgehende Nachbesserung verlangt wird; ein solches Verlangen steht vielmehr im Gegensatze zur Setzung einer Frist (**RG** Warn 1913 Nr 7). Vgl. § 326 A 1. Auf eine wiederholte Nachbesserung wegen des nämlichen Mangels braucht sich der Besteller nicht einzulassen. Wird aber eine Änderung auf Grund eines Abkommens vorgenommen, wodurch die ursprüngliche Leistungspflicht des Unternehmers erweitert oder sonst verändert oder vergleichsweise festgestellt wird, so ist die Vornahme dieser Änderung Ersterfüllung, nicht Nachbesserung. Bei mangelhafter Ausführung der Änderung bedarf es daher der Fristbestimmung nach Abs 1, bevor Wandelung oder Minderung verlangt werden kann (SeuffA 70 Nr 239; s. auch Nr 237). Mit dem Ablauf der Frist fällt nicht nur der Anspruch auf Beseitigung des Mangels fort (Satz 3), sondern auch die Befugnis des Bestellers, den Mangel auf Kosten des Unternehmers zu beseitigen (§ 633 Abs 3). — Über die Frage des Schadensersatzes, wenn der Unternehmer den einen und der Besteller den anderen Teil einer Anlage ausgeführt hat und jeder dieser Teile Mängel an sich trägt, s. **RG** 69, 381. — Nach allgemeinen Grundsätzen liegt dem Unternehmer regelmäßig der Beweis der Mängelfreiheit sowie des mangelnden Verschuldens, in dem Falle jedoch, wenn der Besteller das Werk nach § 640 abgenommen hat, nach § 363 dem Besteller der Beweis der Mängel ob. Auch in diesem Falle aber bleibt es bei der ersterwähnten Beweislast des Unternehmers, wenn und soweit er für die ordnungsmäßige Beschaffenheit des Werkes Garantie geleistet hat.

2. **Wandelung** s. §§ 465—471. Die Wandelung sowohl als die Minderung setzen ein Verschulden des Unternehmers nicht voraus (**RG** 56, 81). Bei der im Wege der Wandelung endgültig erfolgten Ablehnung des Werkes kann der Besteller der Klage auf Zahlung der Vergütung gegenüber nicht mehr die Einrede des nicht erfüllten Vertrags vorschützen (**RG** 58, 176; vgl. § 640 A 2). Der Besteller muß sein Wandelungsverlangen auch dann begründen, wenn der Unternehmer in einem Vorprozesse mit seinem Vergütungsanspruche auf Grund der Wandelungseinrede abgewiesen worden ist, und der Besteller nunmehr die Rückerstattung einer vorher geleisteten Anzahlung begehrt (**RG** 69, 388). Ist zwischen einem Rechtsanwalt und der seinen Beistand in Anspruch nehmenden Person ausnahmsweise (Vorbem 2 vor § 611) ein Werkvertrag geschlossen, so kann letztere den Ansprüchen des Rechtsanwalts bei mangelhaftem Werke mit der Einrede der Wandelung oder der Minderung begegnen (**RG** JW 1914, 642[4]). Nach dem gemäß Abs 4 anwendbaren § 467 ist die Wandlung ausgeschlossen, wenn der an sich dazu berechtigte Besteller die Unmöglichkeit der ihm nach §§ 346, 467 obliegenden Herausgabe verschuldet hat (**RG** Warn 1914 Nr 52). Ist die Wandelung durch Vertrag ausgeschlossen (wie üblicherweise bei Maschinenlieferungen), so kann der Besteller gleichwohl nach § 326 zum Rücktritt berechtigt sein, wenn dessen Voraussetzungen bezüglich der Mängelbeseitigung vorliegen. Die Fristbestimmung kann hier mit der als Mahnung wirkenden Mängelanzeige verbunden werden (**RG** 18. 4. 13 VII 41/13). — Ist eine Werkleistung mehreren Bestellern gegenüber zu erfüllen, so stehen bei mangelhafter Leistung grundsätzlich jedem einzelnen die Einrede der Wandelung (ihre Erklärung durch alle Berechtigte gegenüber dem Unternehmer vorausgesetzt, vgl. Abs 4, §§ 356, 467) und der Zurückbehaltung (§ 320), wenn es für die ganze Gegenleistung gerechtfertigt ist, uneingeschränkt zu, mag auch eine dieser Einreden schon von einem anderen Berechtigten mit Erfolg geltend gemacht worden sein. Handelt es sich aber nur um die Einrede der Minderung und ist diese

von einem Berechtigten schon mit Erfolg geltend gemacht worden, so kann ein anderer Berechtigter in einem anderen Rechtsstreite die von dem Unternehmer entsprechend gekürzte Vergütung nicht nochmals um den betreffenden Betrag kürzen (RG 13. 11. 17 VII 261/17).

3. **Minderung,** s. §§ 465, 472—475. Sie hat in der Regel die rein tatsächliche Hinnahme des Werkes zur Voraussetzung (vgl. § 638 Abs 1 Satz 2; RG 9. 2. 07 VII 334/06). Nach § 634 Abs 4, § 472 ist dabei die Vergütung in dem Verhältnisse herabzusetzen, in dem der Wert eines mangelfreien Werkes der bestellten Art zu dem Werte eines Werkes von der mangelhaften Art des ausgeführten gestanden haben würde. Streitig ist, ob bei dieser Wertfeststellung die Zeit des Vertragsabschlusses oder die Zeit der Abnahme oder Ablieferung des Werkes zugrunde zu legen ist. Für die erste Ansicht Planck § 634 Erl 4, für die zweite Dernburg II § 320 III, Oertmann § 634 Nr 4b. Allerdings sprechen für die zweite Ansicht die §§ 634, 641 Abs 1, 644; gleichwohl wird man sich für die erste zu entscheiden haben, da nach § 634 Abs 4 auf die Minderung die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 469—475 entsprechende Anwendung finden sollen, nach § 472 Abs 1 aber bei der Minderung der Kaufpreis in dem Verhältnisse, in welchem zur Zeit des Verkaufs, also des Vertragsabschlusses (nicht der Übergabe), der Wert der Sache in mangelfreiem Zustande zu dem wirklichen Werte gestanden haben würde, herabzusetzen ist und auch diese Auffassung zu einem praktisch annehmbaren Ergebnis führt.

4. Die **Verweigerung der Beseitigung** und damit die Entbehrlichkeit der Fristsetzung ist schon dann anzunehmen, wenn der Unternehmer, sei es auch erst im Laufe des Rechtsstreits, das Vorhandensein von Mängeln überhaupt bestreitet (RG 64, 294). Doch muß es sich um ein entschiedenes Bestreiten handeln, und es müssen in dieser Richtung strenge Anforderungen gestellt werden, wenn die Bestimmung einer Frist überflüssig sein soll (RG Warn 1919 Nr 159). Der Besteller handelt auf seine Gefahr, wenn er ein mangelhaftes Werk durch ein anderes ersetzt, bevor der Mangel festgestellt ist und der Unternehmer seine Beseitigung bestimmt und endgültig verweigert hat. Der Besteller kann in solchem Falle Schadensersatz wegen seiner Aufwendungen dann nicht verlangen, wenn der Unternehmer sich bereit erklärt, die Mängel selbst zu beseitigen. Verweigert aber der Unternehmer die Beseitigung, so steht dem Anspruche des Bestellers auf vollen Ersatz nichts im Wege (RG ebenda). — Kann der Mangel eines Werkes wegen unvollständiger Erfüllung in der dafür bestimmten Zeit (z. B. bei Aushängung von Geschäftsanpreisungen in ungenügender Zahl und Beschaffenheit) nicht mehr beseitigt werden, so bedarf es nach Abs 2 keiner Fristsetzung (RG 7. 10. 19 VII 136/19; s. auch JW 1916, 1295[7]).

5. Beim **Ausschluß der Wandelung** trifft für dessen tatsächliche Voraussetzung den Unternehmer die Beweislast. Stellt sich alsdann nur ein unerheblicher Mangel heraus, so kann der Besteller zwar nicht Wandelung, aber Minderung (§ 634) und, wenn der Mangel auf einem Umstande beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, an Stelle der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung (§ 635) verlangen (RG 24. 10. 19 VII 185/19). Der Ausschluß der Wandelung greift übrigens nur dann Platz, wenn ein Fehler dem Werke anhaftet, nicht auch dann, wenn mangels zugesicherter Eigenschaft das Werk sich als vertragswidrig erweist (RG 66, 169; JW 1913, 481[1]; OLG 7, 477). Vgl. oben A 1 a. E.; s. jedoch § 640 A 2). — Für die Frage, ob der Mangel nur eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit des Werkes zur Folge hat (nicht zu verwechseln mit der Geringfügigkeit der Preisminderung, die der Besteller wegen des Mangels verlangen kann), ist entscheidend, ob der Wert oder die Tauglichkeit des Werkes nach den beiden Teilen bekannten Umständen des Falles, also auch unter Berücksichtigung des Vertragszwecks als so wenig gemindert anzusehen ist, daß dem Besteller die Annahme zugemutet werden kann (RG 2. 5. 19 VII 8/19). Die Frage kann, weil nicht nur tatsächlicher Art, noch in der Revisionsinstanz geprüft werden (RG ebenda und JW 05, 339).

6. **Entsprechende Anwendung** finden also hier die für den Kauf getroffenen Vorschriften über die Vollziehung der Wandelung oder Minderung, über die vom Verkäufer an den einen Mangel behauptenden Käufer zu richtende Aufforderung zur Erklärung, ob er Wandelung verlange, über die entsprechende Anwendung der für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen (§§ 465—467); ferner über die Durchführung der Wandelung beim Verkauf mehrerer Sachen, sowie über die Durchführung der Minderung und über das einem Käufer, der wegen eines Mangels die Minderung erklärt hat, zustehende Recht, wegen eines anderen Mangels Wandelung oder von neuem Minderung zu verlangen (§§ 469—475). Die auf die Wandelungseinrede erfolgte Abweisung eines Teilanspruchs des Unternehmers aus dem Werkvertrage enthält noch keine die Verjährung ausschließende „Vollziehung" der Wandelung im Sinne von § 465, und der darauf vom Besteller klagend verfolgten Rückforderung eines Teiles des Werklohns steht daher die für die Wandelung geltende Einrede der kurzen Verjährung nach §§ 638, 639 entgegen (RG 69, 385).

§ 635

Beruht der Mangel des Werkes auf einem Umstande, den der Unternehmer zu vertreten hat[1]), so kann der Besteller[2]) statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen[3]).

E I 569 II 578; M 2 481; P 2 819 ff.

1. **Ein vom Unternehmer zu vertretender Umstand** kann auf einem Verschulden (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Unternehmers oder seiner Hilfspersonen (§§ 276, 278) oder auf einem Garantieversprechen, also auf der Zusicherung, für die Vertragsmäßigkeit des Werkes einstehen zu wollen (RG 58, 180; 90, 415; JW 1911, 444[6]), beruhen. Die vertragliche Zusicherung einer Eigenschaft des herzustellenden Werkes (§ 633 Abs 1) genügt nicht, um die Schadensersatzpflicht zu begründen (RG Warn 1915 Nr 79). Dagegen hat der Unternehmer auch solche Mängel zu vertreten, die auf eine besondere Anweisung des Bestellers zurückzuführen sind, sofern der Unternehmer den Besteller nicht auf das Sachwidrige der Anweisung aufmerksam gemacht hat (RG Warn 1919 Nr 96; vgl. auch 1915 Nr 78 oben § 633 A 1). Bei Beurteilung der Schadensersatzpflicht des Unternehmers kann auch ein mitwirkendes Verschulden des Bestellers oder seiner Hilfspersonen gemäß §§ 254, 278 in Betracht kommen (RG 62, 106; 69, 384).

2. Auch hier ist von seiten des **Bestellers vorgängige erfolglose Bestimmung einer Frist** (§ 634 A 1) **zur Beseitigung** erforderlich (RG 56, 81), sofern nicht einer der Ausnahmefälle des § 634 Abs 2, insbesondere die Unmöglichkeit der Beseitigung, vorliegt (RG 2. 3. 09 III 197/08). Eine solche Fristbestimmung steht also dem Schadensanspruche keinenfalls entgegen (RG JW 1910, 146[6]). Wird geltend gemacht, daß der Mangel nicht beseitigt werden könne (§ 634 Abs 2), so muß unter Umständen geprüft werden, ob nicht wenigstens durch Beseitigung der nachteiligen Folgen eines selbst nicht zu beseitigenden Mangels (z. B. der Verwendung ungeeigneter Stoffe) die Herstellung eines dem § 633 Abs 1 entsprechenden Werkes möglich ist. Ist der Mangel in diesem Sinne zu beseitigen, dann muß eine Frist zur Beseitigung nach § 634 Abs 1 bestimmt werden (RG Warn 1915 Nr 79). — Zwischen der Wandelung oder Minderung einerseits und dem Schadensersatz anderseits kann der Besteller bis zur Vollziehung der ersteren oder bis zur rechtskräftigen Verurteilung des Unternehmers wählen (keine Wahlschuld im Sinne der §§ 262, 263). Vgl. ferner A 3.

3. **Dieser Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung,** dessen Verjährung sich nach § 638 bestimmt, und durch den zugleich der Anspruch des Unternehmers auf Vergütung beseitigt wird (RG 58, 176), setzt voraus, daß es sich um einen unmittelbar durch die Mangelhaftigkeit des Werkes hervorgerufenen, diesem unmittelbar anhaftenden und in dem Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung des Werkes vorliegenden Schaden handelt (RG 62, 119; 64, 41; 66, 16; 71, 173; Warn 1915 Nr 139). Dadurch werden aber andere, auf allgemeinen Grundsätzen beruhende Schadensansprüche nicht ausgeschlossen. Aus dem Rahmen des § 635 fällt heraus und ist nach allgemeinen Grundsätzen (§ 276) zu beurteilen der Ersatzanspruch wegen eines Schadens, der nicht schon aus der mangelhaften Beschaffenheit des gelieferten Werkes selbst entspringt, sondern in seiner Benutzung und einem damit verknüpften besonderen Ereignisse seinen Grund hat. Hier bedarf es zur Entstehung des Schadens noch des Hinzutritts eines besonderen selbständigen Ereignisses (z. B. eines vom Besteller erlittenen körperlichen Unfalls), und der Schaden braucht in dem Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung des Werkes (§§ 638, 646) noch nicht entstanden zu sein (RG 95, 2). Der aus einer solchen Schadenszufügung hergeleitete Schadensersatzanspruch unterliegt nicht der kurzen Verjährung des § 638, sondern der dreißigjährigen Verjährung nach § 195 (RG 95, 2, auch 93, 158; RG JW 08, 196[10]; 1911, 444[6]; 1912, 686[20]; Warn 1920 Nr 33). Vgl. § 638 A 1. Diese Unterscheidung zwischen Schäden, die unmittelbar aus der Mangelhaftigkeit des Werkes hervorgegangen, und solchen, die erst durch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses verursacht worden sind, ist auch für das Verhältnis eines Schadensersatzanspruchs gegenüber früher oder gleichzeitig erhobenen Ansprüchen auf Wandelung oder Minderung entscheidend. Handelt es sich um einen Schaden der ersteren Art, soll also der nämliche Mangel, der die Wandelung oder Minderung rechtfertigt, für sich allein den Schadensersatzanspruch begründen, dann kann der Besteller nur einen der drei Ansprüche durchführen, Schadensersatz also zwar im Hilfsverhältnis zu Wandelung oder Minderung (vgl. RG 58, 178), nicht aber neben und nach durchgeführter Wandelung oder Minderung geltend machen (vgl. A 2). Ist dagegen der Schaden erst durch das Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses vermittelt worden, so steht ein darauf gestützter Ersatzanspruch dem Besteller auch neben und nach durchgeführter Wandelung oder Minderung zu (RG 95, 2; auch 93, 158). — Über Einzelheiten der Schadensberechnung vgl. RG Warn 1911 Nr 234; JW 1912, 686[9]. Verlangt der Besteller Schadensersatz wegen eines trotz Nachbesserung (§ 633 Abs 2) verbliebenen

Minderwertes, so kann der Unternehmer nicht einwenden, dem Besteller sei von seinem eigenen Abnehmer kein Abzug gemacht worden. Für eine Vorteilsausgleichung ist kein Raum, da Vorteil und Nachteil nicht auf dem gleichen Ereignis beruhen. Auch kommt es für die Schadensersatzpflicht des Unternehmers nur auf den Zeitpunkt der Fertigstellung des Werkes oder der Nachbesserung an (RG JW 1919, 932[3]).

§ 636

Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt[1]), so finden die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 634 Abs 1 bis 3 entsprechende Anwendung; an die Stelle des Anspruchs auf Wandelung tritt das Recht des Bestellers, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten[2]). Die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt[3]).

Bestreitet der Unternehmer die Zulässigkeit des erklärten Rücktritts, weil er das Werk rechtzeitig hergestellt habe, so trifft ihn die Beweislast[4]).

E I 569 Abs 4 II 57; M 2 481 ff.; P 2 310 ff.; 6 384.

1. **Bei nicht rechtzeitiger Herstellung des Werkes** stehen dem Besteller schon nach allgemeinen Grundsätzen als Rechtsbehelfe zu: a) die Klage auf Vertragserfüllung oder nach § 283 auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung; b) die Einrede des nicht erfüllten Vertrags; c) der Schadensanspruch aus einem etwaigen Garantieversprechen des Unternehmers; d) die nach § 636 Abs 1 Satz 2 unberührt bleibenden Ansprüche aus einem etwaigen Verzuge.

An Stelle des Anspruchs auf Wandelung gewährt außerdem der § 636 in Abs 1 Satz 1 ein Rücktrittsrecht (kein Minderungsrecht), das einen Verzug oder ein Verschulden des Unternehmers nicht erfordert, aber wegfällt, wenn die Verzögerung auf einen Umstand zurückzuführen ist, den der Besteller zu vertreten hat (RG 1. 12. 16 VII 216/16). Höhere Gewalt, z. B. ein Arbeiterstreik, entschuldigt den Unternehmer nicht. Nur in gewissen Ausnahmefällen (z. B. bei Kürze der Lieferungsfrist, Nichterlangbarkeit anderer Arbeiter innerhalb dieser Frist u. dgl.) kann ein solcher Streik dem Unternehmer zur Entschuldigung dienen (RG 3. 12. 07 VII 109/07). Sollen nach dem Vertrage „Arbeitseinstellungen" eine Verlängerung der Frist für die Herstellung des Werkes bewirken, so ist es Auslegungsfrage, ob darunter auch „Aussperrungen", d. h. die von einem Arbeitgeber oder von einem Arbeitgeberverband den Arbeitern aufgenötigten Arbeitseinstellungen zu verstehen sind (RG Warn 1914 Nr 181).

2. Die Vorschriften über die **Wandelung** nach erfolgloser Fristsetzung (§ 634 Abs 1—3) finden entsprechende Anwendung; nur die Rechtsfolge ist nicht Wandelung, sondern Rücktritt. — Für die Erklärung des Rücktritts ist der Besteller, wenn er infolge eines besonderen Interesses an dessen sofortiger Geltendmachung nach § 634 Abs 2 von Bestimmung einer Frist absehen darf, an eine bestimmte Frist oder an die Verjährung nicht gebunden, insbesondere nicht verpflichtet, den Rücktritt bereits im Zeitpunkte des Ablaufs der Lieferfrist oder doch der Entstehung des besonderen Interesses zu erklären. Vielmehr ist alsdann nur der Unternehmer befugt, nach § 355 dem Besteller eine Frist zur Erklärung zu setzen (RG 52, 317). Bestimmt der Besteller nach Ablauf des Lieferungstermins eine Frist nach § 634 Abs 1 „zum Beginne der Arbeiten" (z. B. für eine Schaufensteranlage), so ist damit von selbst auch eine, der Dauer nach erforderlichenfalls durch den Richter zu bemessende Frist zur Vollendung des Werkes bestimmt. Erklärt der Unternehmer sich nur unter vertragswidrigen Bedingungen (z. B. gegen Vorauszahlung des Lohnes) zum Beginne der Arbeiten bereit, so kann der Besteller schon vor Ablauf der Frist nach § 636 Abs 1 Satz 1 vom Vertrage zurücktreten. Verzug (Abs 1 Satz 2) ist dazu nicht erforderlich (RG Warn 1917 Nr 76).

3. Für den **Verzug** ist einerseits ein Verschulden des Unternehmers erforderlich (§ 285), anderseits aber auch die Wirkung (Schadensersatz) weiter erstreckt (§§ 286, 326). Hat der Unternehmer das Werk teilweise hergestellt, die Herstellung des Restes aber schuldhaft unterlassen, und beansprucht der Besteller deshalb Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326, so stehen Schadensersatzforderung und Anspruch auf einen Teil des Werklohns nicht als selbständige, aufrechenbare Forderungen einander gegenüber. Es handelt sich nicht um Aufrechnung (§§ 387ff.), sondern um Abrechnung, d. h. Ermittelung eines rechnerischen Ergebnisses, wobei der fällige Teillohn nur die Bedeutung eines die Höhe der Schadensersatzforderung beeinflussenden Rechnungsbetrags hat (RG 83, 279).

4. Der Zurücktretende hat den Ablauf der Frist und die Erklärung des Rücktritts oder einen nach § 634 Abs 2 die Fristbestimmung erübrigenden Umstand zu beweisen.

§ 637

Eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung des Unternehmers, einen Mangel des Werkes zu vertreten, erlassen oder beschränkt wird, ist nichtig, wenn der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt[1]).

E I 570 II 575; M 2 485, 486; P 2 311.

1. Übereinstimmend bei Kauf und Miete. Vgl. §§ 476, 540. Im übrigen kann die Vertretungspflicht des Unternehmers durch freie Vereinbarung beliebig festgesetzt werden. Der Gewährleistungsanspruch nach § 637 ist beim Vorliegen mehrerer Mängel nicht in vollem Umfange nichtig, wenn nur ein Mangel oder einzelne von den mehreren Mängeln arglistig verschwiegen sind (RG 62, 122).

§ 638

Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels des Werkes, sowie die wegen des Mangels dem Besteller zustehenden Ansprüche auf Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verjähren[1]), sofern nicht der Unternehmer den Mangel arglistig verschwiegen hat, in sechs Monaten, bei Arbeiten an einem Grundstück in einem Jahre, bei Bauwerken[2]) in fünf Jahren. Die Verjährung beginnt mit der Abnahme des Werkes[3]).

Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden[4]).

E I 571, 579 Nr 2 II 576; M 2 486, 508; P 2 311.

1. **Verjährung.** Vgl. § 477. § 638 setzt für sämtliche bezeichneten Ansprüche (§§ 633—635) ohne Rücksicht darauf, wann der einzelne Mangel in die Erscheinung tritt, und ohne Rücksicht darauf, daß erst von diesem Zeitpunkte an der Besteller in der Lage ist, Ansprüche zu erheben, den Beginn der Verjährung auf den Tag der Abnahme des Werkes und spricht damit aus, daß für die Verjährung nicht der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs auf Beseitigung eines bestimmten Schadens oder der Entstehung des Wandelungs-, Minderungs- und Schadensersatzanspruchs, sondern nur der Ablauf des mit der Abnahme beginnenden Zeitraums bestimmend ist (RG JW 1912, 1105[5]). Die Verjährung greift nicht nur bei Herstellung oder Veränderung einer Sache, sondern auch bei einer Leistung nicht körperlicher Art, der Erzielung eines Erfolges, Platz und beginnt alsdann mit der Abnahme oder (§ 646) Vollendung der Leistung. Vorausgesetzt wird aber dabei, daß der Mangel der gelieferten Leistung unmittelbar anhaftet und im Zeitpunkte der Abnahme oder Vollendung der Schaden für den Besteller erwachsen ist, was z. B. nicht der Fall ist bei einem durch eine unrichtige Wertschätzung (Taxe) nachträglich verursachten Schaden (RG 64, 43; vgl. 71, 173).

Streitig ist, ob die kurze Verjährung auch bei einem Schadensanspruch eintritt, der sich nicht auf einen bei der Abnahme hervortretenden *Mangel* des gelieferten *Werkes*, sondern auf eine durch *Zuwiderhandeln* gegen die pflichtmäßige Sorgfalt bei Ausführung des noch nicht vollendeten Werkes begangene Rechtsverletzung gründet, insbesondere in dem Falle, wenn bei der Ausführung eines *Beförderungsvertrags* der zu Lande oder zu Wasser beförderte Reisende während der Beförderung infolge mangelnder Fürsorge für seine Person oder in ähnlicher Weise, z. B. durch Senkung einer mangelhaft unterhaltenen Eisenbahnanlage als Ursache einer Zugsentgleisung, durch Verschulden des Beförderungsunternehmers oder seiner Leute (§§ 276, 278) körperlich verletzt worden ist. Vgl. § 276 A 6. Diese Fürsorge ist nicht unmittelbar Gegenstand des Werkvertrags und der Abnahme; der auf Vernachlässigung der Fürsorge gegründete Anspruch unterliegt deshalb nicht der kurzen Verjährung (RG 62, 119; 64, 43; 66, 12; JW 1912, 686[10]). Ebensowenig der Anspruch, welcher darauf gegründet wird, daß der Unternehmer oder seine Gehilfen bei den auf die Werkherstellung gerichteten Arbeiten die Sorgfalt verletzt und dadurch Sachen des Bestellers beschädigt haben (RG Warn 1911 Nr 168). Überhaupt unterliegen alle Ersatzansprüche wegen Schäden, die nicht unmittelbar aus der Mangelhaftigkeit des gelieferten Werkes hervorgegangen, sondern erst durch das *Hinzutreten eines besonderen selbständigen Ereignisses* vermittelt worden sind, nicht der kurzen Verjährung des § 638, sondern der dreißigjährigen Verjährung nach § 195 (vgl. außer den erwähnten Entscheidungen noch RG 93, 158; 95, 2; RG JW 1910, 106[5]; Warn 1915 Nr 261). Das wurde z. B. auch angenommen für den Anspruch des Bestellers auf Ersatz des Schadens, der dadurch entstanden war, daß Feuchtigkeit aus einem vom Unternehmer hergestellten Abzugsrohr in das Mauerwerk des Hauses eingedrungen war und Hausschwamm hervorgerufen hatte (RG Warn 1920 Nr 33). Auch für Ansprüche aus einem selbständigen neben dem Werkvertrag gegebenen Garantieversprechen gilt die gewöhnliche Verjährungsfrist, nicht die des § 638 (RG JW 1919, 241[6]). Dagegen wird die Anwendung dieser Vorschrift nicht dadurch ausgeschlossen, daß der dem Werk selbst unmittelbar anhaftende

Mangel auf eine Verletzung der Vertragspflicht bei Herstellung des Werkes zurückzuführen ist (RG 93, 158; RG LZ 1916, 1362). So ist § 638 anzuwenden bei Ansprüchen wegen unsachgemäßen Beschlagens eines Pferdes (OLG 28, 193), wegen Nichteinhaltung der Zusicherung einer besonders sorgfältigen Ausführung oder eines Widerstandes gegen einen bestimmten Druck (OLG 28, 194). Vgl. § 635 A 3. Ferner findet § 638 auch Anwendung auf den Anspruch des Bestellers auf Ersatz der Aufwendungen, die er zur Beseitigung eines Mangels bei Verzug des Unternehmers macht (§ 633 Abs 3). Dieser Anspruch ist nur als ein Ausfluß, als eine Abart des Anspruchs auf Beseitigung des Mangels anzusehen und unter diesem Anspruche mitzuverstehen. Dafür spricht die Fassung und Entstehungsgeschichte des § 633 Abs 3 sowie das Verkehrsbedürfnis (RG 80, 439; bestr.).

Die Vorschrift des § 638 ist nicht anwendbar auf den Verlagsvertrag (RG 74, 361 und Vorbem 2 vor § 631), ebenso nicht auf den Dienstvertrag, wohl aber auf den Vertrag zwischen dem Rechtsanwalt und der Partei, wenn dieser ausnahmsweise (Vorbem 2 vor § 611) ein Werkvertrag ist. § 32a RAO (fünfjährige Frist) kürzt nur die regelmäßige Verjährungsfrist von dreißig Jahren ab und läßt Sondervorschriften, wie den § 638, unberührt (RG 88, 223). Liegt, wie in der Regel, ein Dienstverhältnis vor, so ist § 32a RAO anzuwenden (RG 90, 82; RG LZ 1916, 1188).

2. **Bauwerk:** eine unbewegliche, durch Verwendung von Arbeit und Material in Verbindung mit dem Erdboden hergestellte Sache (RG 56, 41). Auch die von den mitwirkenden Bauhandwerkern eingefügten einzeln verdungenen Teilarbeiten gehören dazu (RG 57, 377; Warn 1912 Nr 339; OLG 36, 79). Dabei brauchen Teilwerke an einem Gebäude, um als Bauwerk (§§ 638, 648) gelten zu können, nicht einen äußerlich hervortretenden, körperlich abgegrenzten Teil des ganzen Baues darzustellen. Sie gehören zu den Bauwerken, wenn sie, auf Grund von Werkverträgen geleistet, materielle Bestandteile der Gesamtarbeitsleistung eines Baues bilden (RG 63, 313). Ganz unbedenklich dürfen daher auch Umarbeiten (Veränderungen oder Erneuerungen) an vorhandenen Gebäuden, z. B. die Verstärkung der Belastungsfähigkeit der die Decken tragenden Eisenkonstruktionen durch Anbringung neuer Säulenreihen und Unterzugsträger (RG JW 1913, 133[10]), als Bauwerk beurteilt werden, wenn sie auf Grund eines Werkvertrags geleistet werden und zufolge ihres bestimmungsmäßigen Inhalts und Umfangs für die Konstruktion, sei es des ganzen Gebäudes, sei es eines Gebäudeteils, von wesentlicher Bedeutung sind (angef. RG JW 1913, 133[10]; RG Warn 1916 Nr 305). Ein Werkvertrag über eine maschinelle Einrichtung und Inbetriebsetzung betrifft nur dann ein Bauwerk, wenn der Unternehmer auch die Fundamentierung und die Verbindung mit den Fundamenten zu besorgen hat (RG Gruch 50, 656; 17. 12. 09 III 590/08). Ein artesischer Brunnen oder ein Pumpbrunnen ist in der Regel kein Bauwerk (vgl. RG 30, 153). Ausnahme jedoch bei hergestellter fester und dauernder Verbindung der Röhren und Maschinenanlagen mit dem Grundstück (RG JW 02 Beil 219[70]). Auch ein Betriebswasserkanal, der aus miteinander durch Mörtel verbundenen Zementrohren und aus gemauerten Einfallschächten (unbeweglichen Sachen) besteht, mit denen die zwischen zwei Schächten liegenden einzelnen Teile der Rohrleitung unter Verwendung von Zement und Mörtel zusammengebaut sind, ist ein Bauwerk im Sinne des § 638 (RG JW 1910, 148[11]). Kein Bauwerk ist dagegen eine mit Ketten am Ufer befestigte Schiffsmühle (RG JW 08, 431[4]), ebensowenig in der Regel eine Drainage wegen der fehlenden festen Verbindung der Röhren mit dem Erdboden (RG JW 08, 657[6]; SeuffA 67 Nr 46; Gruch 53, 81). Kein Bauwerk sind aufgetürmte Sandkippen; schon deswegen nicht, weil sie einem bestimmten Zwecke nicht dienen noch einen nach gewissen Regeln der Kunst oder der Erfahrung hergestellten Gegenstand bilden (RG 60, 138). Keine Bauwerke sind Gartenanlagen, weil sie nur in einer Umgestaltung des Erdbodens bestehen (vgl. RG 30, 153); die Gartenterrasse kann ein Bauwerk sein. Kein Bauwerk ist die Herstellung eines Bohrlochs in Verbindung mit der Lieferung und Einführung eines Saugrohrs; ebenso kein Bauwerk, sondern nur eine kunstgerechte Veränderung des natürlichen Zustandes von Grund und Boden sind Brunnen, mögen auch die Rohre unten mit Filtern zu versehen und oben an die Saugleitung anzuschließen gewesen sein, dann, wenn die Herstellung von Mauerwerk oder ein wirkliches Bauen nicht erforderlich war (RG Gruch 59, 124). Auf den Wert einer Anlage und auf den Umfang der Arbeitsleistung kommt es für die Anwendung des § 638 nicht an (RG ebenda). Der Begriff des Bauwerks läßt sich hiernach wie folgt bestimmen: „ein Werk, das mit einem Grundstück oder Gebäude verbunden und nach seiner typischen Zweckbestimmung unbeweglich ist; das ferner nicht in einer bloßen Umgestaltung des Bodens selbst bestehen darf" (Oertmann).

3. **Abnahme des Werkes.** Vgl. § 640 A 2. Ist nach der Beschaffenheit des Werkes seine Abnahme ausgeschlossen, so beginnt die Verjährung gemäß § 646 mit der Vollendung des Werkes.

4. Verlängerung der Verjährungsfrist abweichend von § 225. Ist für die Brauchbarkeit eines Werkes Garantie übernommen, so beginnt die Verjährung nicht erst mit dem Ablaufe der Garantiefrist; vielmehr bedeutet die Garantieübernahme, daß jeder innerhalb der Garantie-

frist hervortretende Mangel geltend gemacht werden kann, jedoch so, daß von dem Hervortreten des Mangels oder von dem in § 639 Abs 2 erwähnten Zeitpunkte ab die gesetzliche Verjährung zu laufen beginnt (RG Gruch 53, 81; vgl. RG 65, 119). Wird vereinbart, daß der Unternehmer zur Nachbesserung verpflichtet ist, falls innerhalb einer bestimmten Frist gewisse Mängel hervortreten sollten (darin liegt auch ein Garantieversprechen), so wird einer solchen Abrede regelmäßig der Sinn beiwohnen, daß die Verjährung des Nachbesserungsanspruchs mit der Entdeckung des Mangels und nicht etwa schon mit der Abnahme des Werkes beginnen soll (RG Warn 1911 Nr 370; OLG 36, 79). — Der selbständige Garantievertrag ist zu unterscheiden von der Zusicherung einer Eigenschaft im Sinne des § 633 (vgl. auch RG JW 1912, 289[10]).

§ 639

Auf die Verjährung der im § 638 bezeichneten Ansprüche des Bestellers finden die für die Verjährung der Ansprüche des Käufers geltenden Vorschriften des § 477 Abs 2, 3[1]) und der §§ 478, 479[2]) entsprechende Anwendung.

Unterzieht sich der Unternehmer im Einverständnisse mit dem Besteller der Prüfung des Vorhandenseins des Mangels oder der Beseitigung des Mangels, so ist die Verjährung so lange gehemmt, bis der Unternehmer das Ergebnis der Prüfung dem Besteller mitteilt oder ihm gegenüber den Mangel für beseitigt erklärt oder die Fortsetzung der Beseitigung verweigert[3]).

E II 576 Abs 2 III 629; P 2 312 ff.

1. **Nach dem entsprechend anzuwendenden § 477 Abs 2, 3** wird die Verjährung durch den Antrag des Bestellers auf gerichtliche Beweisaufnahme zur Sicherung des Beweises eines Mangels unterbrochen und die eingetretene Hemmung oder Unterbrechung bezüglich der Verjährung eines der in § 638 aufgeführten Ansprüche auch auf die Verjährung der anderen Ansprüche erstreckt (vgl. auch § 634 A 6). Die Verjährung des unteilbaren Anspruchs auf Nachbesserung (§ 633 Abs 2) wird aber durch die Unterbrechung der Verjährung nur eines Teiles des den nämlichen Mangel betreffenden Geldanspruchs (z. B. durch Aufrechnung dieses Anspruchs im Rechtsstreit gegen einen niedrigeren Anspruch des Unternehmers ohne Erhebung einer Widerklage wegen des Mehrbetrags) nicht unterbrochen (RG 85, 365). Die Vorschrift des § 477 Abs 3 umfaßt auch Ansprüche auf Ersatz eines durch Lieferung einer mangelhaften Sache schuldhaft verursachten Schadens (vgl. RG 53, 200; 56, 167), ist aber nach ihrem Grund und Zweck nur da anzuwenden, wo die in Frage kommenden Ansprüche sich gegenseitig ausschließen. Durch die Erhebung einer Wandelungsklage wird also nicht die Verjährung eines Schadensersatzanspruchs unterbrochen, der neben der Wandelungsklage hätte durchgeführt werden können (RG 93, 158; vgl. § 635 A 3).

2. **Nach den entsprechend anzuwendenden §§ 478, 479** kann der Besteller schon durch rechtzeitige Anzeige des Mangels sich die Befugnis zur Verweigerung der Vergütung, soweit er auf Grund der Wandelung oder Minderung dazu befugt sein würde, sowie die Aufrechnung des Schadensanspruchs auch für die Zeit nach Vollendung der Verjährung erhalten. Er kann aber, wie nach RG 56, 167 beim Kaufe, nur aufrechnen gegen Ansprüche aus dem nämlichen Vertrage, bei einem in Teillieferungen zu erfüllenden Werkvertrage nur gegen Ansprüche aus derjenigen Teillieferung, aus der der Ersatzanspruch entstanden ist (OLG 39, 162).

3. **Hemmung der Verjährung.** Vgl. §§ 202 ff. Räumt der Käufer dem Verkäufer einer mangelhaften Sache ein Nachbesserungsrecht ein und entzieht sich dann der Verkäufer im Einverständnisse mit dem Käufer der Beseitigung des Mangels, so ist § 639 Abs 2 entsprechend anzuwenden, die Verjährung der Ansprüche des Käufers also bis zu dem im Abs 2 angegebenen Zeitpunkt gehemmt (RG 96, 266).

§ 640

[1]) **Der Besteller ist verpflichtet, das vertragsmäßig hergestellte Werk abzunehmen[2]), sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist[3]).**

Nimmt der Besteller ein mangelhaftes Werk ab, obschon er den Mangel kennt, so stehen ihm die in den §§ 633, 634 bestimmten Ansprüche nur zu, wenn er sich seine Rechte wegen des Mangels bei der Abnahme vorbehält[4])[5]).

E I 572, 579 II 577; M 2 489—492; P 2 315 ff.

1. Die §§ 640—643 behandeln **die Verpflichtungen des Bestellers:** Abnahme, Entrichtung der Vergütung und, soweit nötig, Mitwirkung bei der Herstellung des Werkes.

2. Die **Abnahme**, gleichbedeutend mit der Annahme der Erfüllung in § 341 Abs 3 und der Annahme der Erfüllung in § 363, ist nicht jede nur äußerliche Hinnahme der Leistung wie im Falle des § 433 Abs 2, erfordert vielmehr (vgl. „Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes"), daß der Besteller bei und nach der Hinnahme ausdrücklich oder stillschweigend zu erkennen gibt, daß er die Leistung als eine in der Hauptsache dem Vertrage entsprechende Erfüllung anerkenne (RG 57, 338; RG 10. 3. 08 III 374/07; RG JW 08, 432[5]; RG Warn 1918 Nr 93; OLG 39, 162). Durch solche Annahme kommt der Besteller dann in die Lage, das Werk näher zu prüfen. Jene Anerkennung liegt z. B. dann vor, wenn der Besteller eine ihm gelieferte elektrische Maschinenanlage in Betrieb nimmt oder wenn der Bauherr das bestellte Haus nach seiner Fertigstellung bezieht und dauernd bestimmungsgemäß benutzt (RG Warn 08 Nr 460), nicht aber dann, wenn er das Werk nur zum Zweck der Erprobung entgegennimmt (RG 7. 5. 07 III 486/06); notwendig ist vielmehr, daß das Werk überhaupt als Vertragserfüllung gegeben und genommen wird (RG Warn 1913 Nr 8). Der Besteller ist mangels einer besonderen Vereinbarung nicht verpflichtet, das abzunehmende Werk auf seine Vertragsmäßigkeit sofort zu prüfen. Die Abnahme enthält hiernach noch nicht die Anerkennung des Werkes als eines völlig vertragsmäßigen. Sie kann gegeben sein, wenn das Werk in seinen wesentlichen Teilen fertiggestellt ist und nur geringfügige Arbeiten fehlen (OLG 34, 44), sowie wenn wegen einzelner Mängel ein Nachbesserungsverlangen vorbehalten wird (RG Warn 1918 Nr 93), und schließt auch das Recht des Bestellers, Mängel des Werkes, die ihm noch unbekannt sind, später zu rügen, nicht aus (RG JW 07, 331[6]; 08, 432[5]; 1910, 106[5]), sondern schränkt dieses Recht nur so weit ein, als der Besteller die Mängel kannte. Im übrigen wird die Beweislast darüber, ob die Leistung dem Vertrag entspricht, umgekehrt. Doch genügt der Besteller, der das abgenommene Werk als der zugesagten Leistungsfähigkeit nicht entsprechend bemängelt, seiner Beweispflicht regelmäßig schon, wenn er darlegt, daß die zugesagte Leistung ausgeblieben ist. Sache des Unternehmers ist es dann, zu beweisen, daß das Ausbleiben auf von ihm nicht zu vertretende Umstände zurückzuführen ist (RG LZ 1915, 904[7]). Ferner wird der Beginn der Verjährung (§ 638 Abs 1) festgelegt; auch geht die Gefahr von dem Unternehmer auf den Besteller über (§ 644 Abs 1). Der Übergang des Eigentums auf den Besteller ist aber nicht von der Abnahme des Werkes im Sinne des § 640 abhängig (RG LZ 1914, 857[3]). Die Abnahme und Bezahlung kann auch wegen eines unerheblichen Mangels abgelehnt werden, es müßte denn sein, daß nach den besonderen, vom Unternehmer nachzuweisenden Umständen des einzelnen Falles die Zurückweisung des Werkes wegen des Mangels gegen Treu und Glauben verstoßen würde (RG 24. 1. 11 VII 284/10). — Auf die Abnahme kann der Unternehmer ebenso wie auf die Entrichtung der Vergütung selbständig klagen. Er kann sich auch darauf beschränken, die Vergütung einzuklagen. Sache des die Abnahme endgültig verweigernden Bestellers ist es dann, seine Einwendungen so zu gestalten, daß eine endgültige Regelung des Rechtsverhältnisses (z. B. durch Wandelung) möglich wird. Die Feststellung behebbarer Mängel, die nach §§ 320ff. nur eine zeitweise Verweigerung der Abnahme rechtfertigen, genügt nicht zur Abweisung der Klage (RG 58, 173; 69, 381; RG JW 06, 333; RG Warn 1910 Nr 326; RG 22. 12. 16 VII 267/16). — Die Kosten der Abnahme treffen regelmäßig den Besteller. — Ungerechtfertigte Verweigerung der Abnahme begründet für den Besteller nicht nur Annahmeverzug (§§ 293ff.), sondern auch Erfüllungsverzug (§§ 284ff.), wobei auch § 326 anwendbar ist.

3. Für die **Abnahme** ist regelmäßig dann **kein Raum**, wenn dem Werke die materielle Beschaffenheit und Körperlichkeit fehlt, außerdem auch, wenn der Besteller den Gegenstand, an dem ein Werk hergestellt werden soll, schon in seinem Besitze hat (s. auch § 646).

4. **Bei Abnahme des Werkes in Kenntnis des Mangels** bedarf es zur Erhaltung der Ansprüche aus §§ 633, 634 (auf Beseitigung oder Wandelung oder Minderung) **eines Vorbehalts.** Auch durch einen vor der Annahme erklärten Vorbehalt werden die Rechte des Annehmenden gewahrt, wenn sie nur bei der Abnahme erkennbar aufrechterhalten werden (RG 73, 146). Dagegen bedarf es zur Erhaltung des **Schadensersatzanspruchs** aus § 635 nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes auch bei Kenntnis des Mangels keines Vorbehalts. A. M. Dernburg II § 320 VI, weil es Treu und Glauben widerspreche, wenn der Besteller, der den Mangel bei der Abnahme kennt und sich keine Ansprüche wegen des Mangels vorbehält, dennoch später Schadensersatz wegen Nichterfüllung beanspruche. Allein diese Meinung scheitert an der ausdrücklichen, nur die Ansprüche aus §§ 633, 634 erwähnenden Vorschrift des § 640. Für die Entbehrlichkeit des Vorbehalts kommt auch weiter in Betracht, daß der Anspruch nach § 635 auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht. Demgegenüber läßt sich nicht ohne weiteres sagen, das Unterlassen des Vorbehalts verstoße gegen Treu und Glauben, zumal in der Abnahme des Werkes noch keine endgültige Billigung oder Gutheißung zu finden ist. Nur dann, wenn nach den Umständen des einzelnen Falles in der trotz Kenntnis der Mangelhaftigkeit erfolgten vorbehaltlosen Abnahme des Werkes der Wille zu verzichten erkennbar zutage getreten ist, gehen die aus § 635 herzuleitenden

Schadensersatzansprüche unter (RG 90, 18; ebenso RG 23. 10. 17 VII 178/17 u. 4. 11. 18 VII 179/18). Ein solcher Verzicht ist aber selbst in dem fortgesetzten Gebrauch eines mangelhaften Werkes nicht unter allen Umständen zu finden. Die Fortsetzung des Gebrauchs kann im Interesse des Unternehmers liegen, insofern der Umfang des von ihm zu ersetzenden Schadens, z. B. des dem Besteller entgehenden Gewinns, dadurch gemindert wird, und sie kann mit Rücksicht auf § 254 Abs 2 sogar Pflicht des Bestellers sein (RG Gruch 57, 963).

5. **Die Beweislast** für die Kenntnis des Bestellers trifft den Unternehmer, für den Vorbehalt den Besteller. — Über die Anwendung des § 363 s. RG Warn 1910 Nr 374.

§ 641

Die Vergütung ist bei der Abnahme des Werkes zu entrichten[1]). Ist das Werk in Teilen abzunehmen und die Vergütung für die einzelnen Teile bestimmt, so ist die Vergütung für jeden Teil bei dessen Abnahme zu entrichten[2]).

Eine in Geld festgesetzte Vergütung hat der Besteller von der Abnahme des Werkes an zu verzinsen, sofern nicht die Vergütung gestundet ist[3]).

E I 537 II 578; M 2 492—494; P 2 319 ff.

1. **Fälligkeit der Vergütung.** Die Herstellung des Werkes ist vom Unternehmer regelmäßig als Vorleistung zu bewirken, die schließliche Auslieferung aber, unbeschadet einer abweichenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung, Zug um Zug gegen Entrichtung der Vergütung. Bis dahin ist der Unternehmer zur Zurückhaltung des Werkes befugt, welches Zurückhaltungsrecht im Falle des § 647 sich bis zu einem Pfandrecht an dem zurückbehaltenen Werke verstärken kann. — Die Vorschrift des § 641 geht davon aus, daß das Werk vertragsmäßig hergestellt ist. Für das Recht des Bestellers, wegen eines Mangels des Werkes die Vergütung ganz oder teilweise zurückzuhalten, gilt § 320. Bei Werken kleineren Umfangs und Wertes (z. B. bei Kleidungsstücken) braucht üblicherweise der Werklohn nicht entrichtet zu werden, bevor das Werk mangelfrei fertiggestellt ist. Bei Werken größeren Umfangs und Wertes (z. B. bei Bauten) darf, wenn nach der Abnahme noch kleine Mängel abzustellen sind, der Besteller nicht die ganze Vergütung, sondern nur einen — allerdings reichlich zu bemessenden — Teil zurückbehalten (OLG 34, 45). — An die Stelle der Abnahme (§ 640 A 2) tritt auch hier bei ihrem Ausschluß nach § 646 die Vollendung des Werkes.

2. **Teilung der Vergütung.** Ist das Werk in Teilen abzunehmen, aber die Vergütung nicht für die einzelnen Teile bestimmt, so kann der Unternehmer die Entrichtung erst bei der Ablieferung des letzten Teiles verlangen.

3. **Zinsen.** Höhe § 246, HGB § 352.

§ 642

[1]) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich[2]), so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt[3]), eine angemessene Entschädigung verlangen.

Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann[4]).

E I 575 II 579 Abs 1; M 2 494 ff.; P 2 328 ff.

1. Die §§ 642, 643 regeln die Schadensersatzpflicht des Bestellers und das Rücktrittsrecht des Unternehmers **bei Annahmeverzug des Bestellers.**

2. **Eine Handlung des Bestellers,** insbesondere Lieferung von Stoff oder Überlassung von Raum, Sorge für dessen gefahrlose Beschaffenheit, Erteilung von Anweisungen oder sonstige persönliche Mitwirkung des Bestellers bei der Ausführung (z. B. Erscheinen zur Anprobe des bestellten Anzugs, Anwesenheit bei der Herstellung eines Bildes). Gerät der Besteller durch Unterlassung einer solchen (nicht erzwingbaren, OLG 31, 129) Handlung in Annahmeverzug, wozu ein Verschulden von seiner Seite nicht erforderlich ist (SeuffA 74 Nr 171), so hat der Unternehmer die in §§ 642, 643 enthaltenen Rechte. Durch diese Sondervorschriften ist in dem angegebenen Falle die Anwendung des § 326, der einen Verzug bei Annahme des fertiggestellten Werkes voraussetzt, ausgeschlossen (RG 53, 221; Warn 1918 Nr 37). Im übrigen aber bleiben neben den in §§ 642, 643 bestimmten Rechten die aus allgemeinen Vorschriften sich ergebenden Ansprüche des Unternehmers auf Vergütung, sowie

wegen Annahmeverzugs, vertraglichen Verschuldens, Unmöglichkeit der Leistung, ingleichen die Einrede des nicht erfüllten Vertrags bestehen. Begründet insbesondere die Nichtmitwirkung des Bestellers bei der Leistung des Unternehmers im einzelnen Falle nicht nur Annahmeverzug, sondern eine die Erreichung des Vertragszwecks gefährdende Vertragsverletzung, so kann der Unternehmer vom Vertrage zurücktreten, ohne daß es einer Fristsetzung bedarf (RG Warn 1918 Nr 137). — Kündigt der Besteller nach § 649, so kann der Unternehmer neben dem ihm bis zur Kündigung entstandenen Schaden (§ 642) die vereinbarte Vergütung unter den vorgesehenen Anrechnungen (§ 649) verlangen; das Verlangen eines Ersatzes für einen nach der Kündigung entstandenen Schaden ist ebenso wie ein Vorgehen nach § 643 ausgeschlossen (RG 14. 6. 19 V 53/19).

3. **Annahmeverzug.** Vgl. §§ 293 ff.

4. **Höhe der Entschädigung.** Zu berücksichtigen ist nicht nur das, was der Unternehmer erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt (vgl. §§ 324 Abs 1 Satz 2, 615 Satz 2, 649), sondern alles, was er nach Lage der Sache erwerben konnte.

§ 643

Der Unternehmer ist im Falle des § 642 berechtigt, dem Besteller zur Nachholung der Handlung eine angemessene Frist mit der Erklärung zu bestimmen, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablaufe der Frist vorgenommen werde. Der Vertrag gilt als aufgehoben, wenn nicht die Nachholung bis zum Ablaufe der Frist erfolgt[1]).

E II 589 Abs 2 III 633; P 2 328.

1. **Fristsetzung von seiten des Unternehmers.** (Vgl. Fristsetzung des Bestellers § 634 A 1). Erst vom Fristablauf ab, nicht mit rückwirkender Kraft, gilt der Vertrag als aufgehoben und nur der bis zu diesem Zeitpunkt erwachsene Schaden kann (gemäß § 642) erstattet verlangt werden. — Statt dessen auch Anspruch des Unternehmers auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung, sowie auf Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen nach § 645 Abs 1 Satz 2. — Entsprechend der im § 634 Abs 2 für die Fristbestimmung des Bestellers gegebenen ausdrücklichen Vorschrift bedarf es im Falle des § 643 einer Fristbestimmung des Unternehmers nicht, wenn die vom Besteller vorzunehmende Handlung nach dem Verzug des Bestellers, § 642) unmöglich geworden ist (RG 94, 29).

§ 644

[1]) **Der Unternehmer trägt die Gefahr bis zur Abnahme des Werkes[2]). Kommt der Besteller in Verzug der Annahme, so geht die Gefahr auf ihn über[3]). Für den zufälligen Untergang und eine zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes ist der Unternehmer nicht verantwortlich[4]).**

Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung[5]).

E I 576 II 580; M 2 497—500; P 2 329.

1. **Neben** den hier gegebenen **Sondervorschriften** über die Gefahrtragung bleiben die in den §§ 323—325 enthaltenen Bestimmungen (bei Unmöglichkeit der Leistung, Verschulden des Unternehmers oder Bestellers usw., dazu aber auch § 645 Abs 1) im wesentlichen bestehen, nicht minder diejenigen über die Folgen von Mängeln des Werkes nach §§ 634, 635, 640. Den Unternehmer trifft dabei regelmäßig die Beweislast dafür, daß er seinen Vertragspflichten nachgekommen sei. — An Stelle dieser Sondervorschriften kann übrigens die Gefahrtragung durch Vereinbarung der Beteiligten in anderer Weise geordnet werden. — Besondere Vorschriften: VerlG § 33, BinnenSchG § 64.

2. **Gefahrtragung des Unternehmers bis zur Abnahme** (§ 640 A 2), und wenn die Abnahme ausgeschlossen ist, bis zur Vollendung des Werkes (§ 646). Der Besteller bleibt mithin beim Untergange des Werkes, auch wenn dieser vom Unternehmer nicht verschuldet ist, von der Entrichtung der Vergütung befreit. Ausnahme zugunsten des Unternehmers s. § 645 Abs 1 Satz 1. Anderseits steht dem Besteller ein Anspruch auf Schadensersatz oder auf Wiederherstellung des Werkes nicht zu, wenn er nicht den Schadensersatzanspruch aus allgemeinen Vorschriften, den Herstellungsanspruch aus besonderen vertraglichen Bestimmungen ableiten kann, auch die Wiederherstellung noch möglich und für die Parteien von Interesse ist. Dies alles gilt auch beim Untergange des erst teilweise

vollendeten (körperlichen oder unkörperlichen) Werkes. Tritt der Untergang nach der Abnahme oder der Vollendung ein, so behält der Unternehmer den Anspruch auf Vergütung, sofern solcher nicht durch einen von ihm zu vertretenden Umstand, insbesondere Mangelhaftigkeit des Werkes, ausgeschlossen wird. Vgl. § 646 A 1.

3. **Gefahrübergang auf den Besteller im Falle des Annahmeverzugs** (§§ 293 ff.). Wirkt aber während dieses Annahmeverzugs bei dem Untergang oder der Verschlechterung des Werkes ein nach § 300 vom Unternehmer zu vertretender Umstand mit, so bleibt es bei der dem Unternehmer obliegenden Tragung der Gefahr. Vgl. § 324 Abs 2.

4. **Die Gefahrtragung für den Stoff** bleibt unter allen Umständen auf dem Besteller ruhen, wenn er ihn selbst geliefert hat. Bei Verzug des Unternehmers hat dieser für den dadurch erwachsenden Schaden nach § 288 einzustehen.

5. Die **Gefahr der Versendung** geht nach § 447 auf den Besteller über, sobald der Unternehmer das fertige Werk der für die Versendung bestimmten Person oder Anstalt überliefert hat. Auch in diesem Falle hat aber der Unternehmer den Nachweis zu führen, daß er das Werk in abnahmefähiger Beschaffenheit und sachgemäßer Verpackung abgeschickt habe.

§ 645

Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat[1]), so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen[2]). Das gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird[3]).

Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschuldens bleibt unberührt[4]).

E I 577 II 580; M 2 500 ff.; P 2 331.

1. **Vergütungsanspruch des Unternehmers** trotz Untergangs, Verschlechterung oder Unausführbarkeit des Werkes vor der Abnahme (§ 640 A 2) — falls nach der Beschaffenheit des Werkes seine Abnahme ausgeschlossen ist, vor der Vollendung des Werkes (§ 646) —, wenn der Untergang ausschließlich auf den Besteller zurückzuführen ist, den jedoch hierbei ein Verschulden nicht zu treffen braucht.

Unterläßt der Unternehmer die Prüfung des vom Besteller gelieferten Stoffes (sofern sie ihm, als Sachverständigen, obliegt) und den Hinweis auf etwaige Mängel des Stoffes, so steht ihm ein Anspruch nach § 645 nicht zu.

2. **Umfang des Anspruchs,** also die ganze Vergütung bei vollendetem, einen entsprechenden Teil davon bei teilweise ausgeführtem Werke.

3. **Aufhebung des Vertrags** bei Nichteinhaltung der dem Besteller vom Unternehmer gesetzten Frist zur Nachholung einer Handlung.

4. **Weitergehende Haftung** des Bestellers. Vgl. insbesondere § 324. Unberührt bleibt der Entschädigungsanspruch des Unternehmers nach § 642 (OLG 36, 81).

§ 646

Ist nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen[1]), so tritt in den Fällen der §§ 638, 641, 644, 645 an die Stelle der Abnahme die Vollendung des Werkes.

E I 579 Nr 1 II 582; M 2 502 ff.; P 2 336.

1. **Ausschluß der Abnahme,** insbesondere bei einem nicht körperlichen, sondern künstlerischen oder wissenschaftlichen Werke oder bei einem bereits im Besitze des Bestellers befindlichen Werke. Hier tritt in bezug auf die Verjährung der Ansprüche des Bestellers (§ 638), die Entrichtung der Vergütung (§ 641), die Gefahrtragung (§ 644), den Untergang oder die Verschlechterung des Werkes (§ 645) an die Stelle der Übernahme die Vollendung des Werkes. Wenn von einem Bauunternehmer an einem Hause einzelne Arbeiten, für die eine förmliche Abnahme nicht stattzufinden pflegt, ausgeführt worden sind und nach dieser Ausführung das Haus abgebrannt ist, so trifft die Gefahr (§ 644), da sie erst nach Vollendung der Arbeiten eingetreten ist, nicht mehr den Unternehmer (SeuffA 64 Nr 191). — Vollendung des Werkes bei einem Schleppvertrage, sobald sich der Kahn an dem Orte befindet, an den er geschleppt werden sollte (RG 62, 210).

§ 647

Der Unternehmer[1]) hat für seine Forderungen aus dem Vertrag[2]) ein Pfandrecht[3]) an den von ihm hergestellten oder ausgebesserten beweglichen Sachen des Bestellers[4]), wenn sie bei der Herstellung oder zum Zwecke der Ausbesserung in seinen Besitz gelangt sind[5]).

E I 574 II 583 Abs 1; M 2 494; P 2 321 ff.

1. **Unternehmer** ist nur derjenige, welcher selbst mit dem Besteller einen Werkvertrag abgeschlossen hat, nicht derjenige, welcher zu dem Unternehmer in einem solchen Vertragsverhältnis steht (s. auch § 648 A 1).

2. Zu diesen **Forderungen** aus dem Werkvertrage gehören auch die durch Hinzutreten weiterer Umstände begründeten, wie die nach §§ 642, 645 erhobenen, außerdem auch Schadens- und Kostenersatzforderungen, dagegen nicht Ansprüche aus unerlaubten Handlungen.

3. Dieses **Pfandrecht** ist ein gesetzliches, auf welches § 1257 (Verkauf §§ 1233 ff.; RG Warn 1919 Nr 194), auch § 1210 und KO § 49 Nr 2 Anwendung finden (vgl. § 559 A 1). Über die Frage, ob demjenigen, der an den einzelnen Stücken eines nach Urheber- oder Verlagsrecht geschützten Werkes das gesetzliche Pfandrecht hat, z. B. dem Buchbinder, dem vom Verleger Bücher zum Einbinden übergeben worden sind, ein Veräußerungsrecht zusteht, s. einerseits LZ 1913, 955[5], anderseits LZ 1914, 971[7]. Das gesetzliche Pfandrecht an einem im Schiffsregister (§§ 1259 ff.) eingetragenen Schiffe wegen daran vorgenommener Reparaturen steht älteren eingetragenen Pfandrechten nach (RG 26. 10. 04 I 258/04). Das Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers aus §§ 273, 1000 besteht neben dem gesetzlichen Pfandrechte fort und ist namentlich von Bedeutung gegenüber dem Herausgabeanspruche des Eigentümers, wenn die ausgebesserte Sache dem Besteller nicht gehört.

4. Das Pfandrecht besteht auch an unpfändbaren Sachen (anders § 559 Satz 3), aber nicht an Sachen eines **Dritten,** sondern nur an Sachen des **Bestellers,** die aus Veranlassung des Werkvertrags in den Besitz des Unternehmers gelangt sind (vgl. § 559 A 2), und auch nur an den zu bearbeitenden, nicht an anderen anläßlich der Bestellung vom Besteller übergebenen Sachen, wie z. B. Werkzeugen.

5. **Besitz** (§ 854) ist erforderlich, Besitzdienerschaft (§ 855) genügt nicht. Unfreiwilliger Verlust des Besitzes hebt das einmal begründete Pfandrecht nicht auf (RG 72 S. 281, 285).

§ 648

Der Unternehmer[1]) eines Bauwerkes[2]) oder eines einzelnen Teiles eines Bauwerkes[2]) kann für seine Forderungen aus dem Vertrage die Einräumung einer Sicherungshypothek[3]) an dem Baugrundstücke des Bestellers[4]) verlangen. Ist das Werk noch nicht vollendet, so kann er die Einräumung der Sicherungshypothek für einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und für die in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen[5]).

E II 583 Abs 2 III 638; P 2 321 ff.

1. Als **Unternehmer** eines Bauwerks oder eines Bauwerkteils ist zunächst derjenige zu betrachten, der auf Grund eines mit dem Besteller (Grundstückseigentümer) abgeschlossenen Werkvertrags das Werk hergestellt hat. Weiter gehören dahin auch diejenigen, die einen Teil eines Bauwerks hergestellt haben, insbesondere die Bauhandwerker, die auf Grund eines mit dem Bauherrn (Besteller) abgeschlossenen Vertrags einzelne Arbeiten für das Bauwerk geleistet und ihm eingefügt haben, wie beim Neubau eines Wohnhauses die Maurer-, Zimmerer- und Dachdeckerarbeiten (RG 57, 377; 58, 301; Warn 08 Nr 24; OLG 1, 433; 2, 382; 13, 427). — Dagegen gilt nicht als Unternehmer eines Bauwerks: a) wer dem Bauherrn (Grundstückseigentümer) nur Stoffe zum Bauwerk auf Grund eines Kauf- oder Werklieferungsvertrags gewährt; b) wer als Architekt, Verfertiger von Voranschlägen oder Zeichnungen, Unternehmer von Ausschachtungen nur die Vorbereitungen zum Bauwerke liefert oder zu dessen Ausführung Dienste leistet (RG 63, 312; JW 06, 459[13]; SeuffA 62 Nr 83; OLG 10, 181; 12, 80; 13, 426); c) wer nicht zum Bauherrn, sondern zum Unternehmer in einem Werkvertragsverhältnis steht.

2. Über den Begriff des **Bauwerks** s. § 638 A 2. Dieser Begriff ist demnach weiter wie der des Gebäudes, umfaßt insbesondere einerseits Umbauten und Ausbesserungsbauten, anderseits auch Denkmäler, Brücken, Wegüberführungen (RG 56, 41).

3. Nur der persönliche **Anspruch auf die Sicherungshypothek** (§§ 1184 ff.), selbstverständlich nicht schon eine Hypothek, steht hiernach dem Unternehmer eines Bauwerks als Neben-

recht zu seinem Anspruch auf die Vergütung zu. Um diesen Anspruch zu verwirklichen, also die Eintragung der Sicherungshypothek zu erwirken, hat der Unternehmer die Einwilligung des Bestellers zur Eintragung oder, wenn ihm diese verweigert wird, zweckmäßigerweise im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung nach §§ 883, 885 BGB und §§ 916, 936 ZPO herbeizuführen, welche Vormerkung die Glaubhaftmachung einer Gefährdung des Anspruchs nicht erfordert, für die später einzutragende Hypothek und deren Rang maßgebend ist und im Falle einer Veräußerung des damit belasteten Grundstücks auf den neuen Erwerber mit übergeht. — Zu den zu sichernden Forderungen aus dem Vertrage gehören neben dem Anspruch auf die Vergütung auch die in § 647 A 2 erwähnten. — Bei Abtretung der Forderung aus dem Werkvertrage geht (vgl. § 401) auch der Anspruch auf die Einräumung einer Sicherungshypothek auf den neuen Gläubiger über (OLG 6, 84; 12, 82; 17, 426; a. M. OLG 4, 46).

4. Nur an dem Baugrundstücke des **Bestellers** kann die Sicherungshypothek eingetragen werden; die Eintragung ist also ausgeschlossen, wenn das Grundstückseigentum zur Zeit der verlangten Hypothekbestellung bereits in andere Hände übergegangen ist. Ist der Besteller eine offene Handelsgesellschaft, so kann die Sicherungshypothek auch dann verlangt werden, wenn das Baugrundstück nicht der Gesellschaft, sondern einem Gesellschafter gehört (OLG 34 47; SeuffA 63 Nr 257). — Der Anspruch auf Eintragung einer Sicherungshypothek umfaßt das ganze Baugrundstück, auch seine unbebauten Teile, und darf nicht durch willkürliche Teilung des Grundstücks zum Nachteil des Unternehmers geschmälert werden. Wird der bebaute Teil abgetrennt und auf ein besonderes Grundbuchblatt übertragen, so kann die Eintragung der Sicherungshypothek auch auf den unbebauten, nunmehr ein selbständiges Grundstück bildenden Teil verlangt werden, solange dieser Teil in der Hand des Bestellers bleibt (OLG 36 82; a. M. OLG 12, 83).

5. Der Anspruch auf **Eintragung der Sicherungshypothek** kann hiernach nicht schon nach Abschluß des Werkvertrags, sondern erst nach gänzlicher oder teilweiser Ausführung der danach zu leistenden Arbeit geltend gemacht werden (**RG** JW 04, 449[4]). Diese Voraussetzung gilt auch für eine etwaige Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf die Hypothek (**RG** 58, 301); die Bestimmung in § 883 Abs 1 BGB, wonach die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig ist, findet keine Anwendung, da hier nach besonderer Gesetzesvorschrift von der Sicherungshypothek nur insoweit, als die Arbeit am Bauwerk geleistet und durch deren Mehrwert dem Unternehmer ein Sicherungsobjekt geboten ist (Prot 2, 326), die Rede sein kann.

Daraus, daß den Bauhandwerkern der erforderliche Schutz erst nach Ausführung ihrer Arbeiten gewährt wird, zu dieser Zeit aber der Grundstücks- und Bauwerkswert vielfach durch andere, vorgehende Hypotheken erschöpft sein kann, ergibt sich, neben der Beschränkung auf das Gebiet des Werkvertrags, die Unzulänglichkeit der Gesetzesvorschrift. Zu ihrer Ergänzung ist daher durch das **Reichsgesetz über die Sicherung der Bauforderungen v. 1. 6. 09** (RGBl 449ff.), abgesehen von den in seinem ersten Abschnitt enthaltenen allgemeinen Sicherungsmaßregeln, in seinem zweiten Abschnitt für das Gebiet der durch landesherrliche Verordnung bestimmten Gemeinden im Falle eines Neubaues (wozu auch ein Ersatzbau, nicht aber auch ein Umbau oder ein Ausbesserungsbau gehört) eine erweiterte dingliche Sicherung der Bauforderungen eingeführt worden. Diese besteht im wesentlichen darin, daß bereits vor dem Beginne des Baues auf Ersuchen der Baupolizeibehörde auf dem Grundbuchblatte der Baustelle ein sog. Bauvermerk eingetragen wird. Mit der Eintragung erwerben die Baugläubiger, d. h. die an der Herstellung des Gebäudes auf Grund eines Werk-, Dienst- oder Lieferungsvertrags mit dem Eigentümer der Baustelle (unter Umständen auch mit einem dritten Unternehmer, §§ 18, 19 des Gesetzes) Beteiligten (also nicht nur Unternehmer im Sinne des § 648; s. oben A 1) den persönlichen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek für ihre Bauforderungen. Behufs Durchführung dieser Eintragung haben sie nach Vollendung des Baues und vor dessen Ingebrauchnahme binnen einer Ausschlußfrist von einem Monat nach Veröffentlichung der Fertigstellung (§ 22) ihre Bauforderungen unter Beifügung einer schriftlichen Zustimmung des Eigentümers oder einer die Anmeldung gegen den Eigentümer zulassenden einstweiligen Verfügung des zuständigen Amtsgerichts bei dem Bauschöffenamte (einer neu zu bildenden Behörde) anzumelden. Unter Vermittlung des Bauschöffenamts wird sodann vom Grundbuchamte wegen der sämtlichen angemeldeten Bauforderungen, jedoch unter Angabe der den einzelnen Baugläubigern zustehenden, unter sich gleichen Rang habenden Teilbeträge, eine als Bauhypothek zu bezeichnende Sicherungshypothek eingetragen, deren Rang anderen Rechten gegenüber sich nach der früheren Eintragung des Bauvermerks bestimmt. Durch diese Vorschriften des Gesetzes vom 1. 6. 09 wird das durch § 648 begründete Recht des beim Bau beteiligten Werkunternehmers an sich nicht berührt. Der Anspruch auf die Sicherungshypothek des § 648 oder auf deren Vormerkung wird vor allem in dem Falle von praktischer Bedeutung bleiben, wo der Bauvermerk für den betr. Bezirk durch landesherrliche Verordnung nicht ein-

geführt ist (§ 9 Abs 1 des angef. Ges.), sodann auch da, wo er wegen vorliegenden Um- oder Reparaturbaues (§ 9 Abs 1 Satz 1) oder wegen Sicherheitsbestellung durch Hinterlegung seitens des Grundstückseigentümers (§ 12 Abs 1) oder wegen der persönlichen Haftung gewisser Grundeigentümer (§ 12 Abs 2) oder mangels einer wirksamen Anmeldung eines Baugläubigers (§ 27) nicht zur Durchführung gelangt.

§ 649

[1]) Der Besteller kann bis zur Vollendung des Werkes jederzeit den Vertrag kündigen. Kündigt der Besteller[2]), so ist der Unternehmer berechtigt, die vereinbarte Vergütung zu verlangen; er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Aufhebung des Vertrags an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt[3]).

E I 578 II 584; M 2 502—506; P 2 335.

1. **Das Kündigungsrecht der Vertragsparteien** ist beim Werkvertrag abweichend vom Dienstvertrag (§ 626) geregelt. Der Unternehmer kann, abgesehen von § 643 (vgl. ferner Kündigungsrecht des Ehemanns § 1358), überhaupt nicht, auch nicht bei der Geschäftsbesorgung nach § 675, der Besteller aber bis zur Vollendung (nicht bis zur Abnahme) beliebig und ohne Angabe von Gründen (RG 86, 107) kündigen. Diese Kündigung hat zur Folge, daß der Vertrag für die Zukunft aufgehoben ist, der Unternehmer aber den Anspruch auf die Gegenleistung behält, während ihm ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht zusteht (RG Gruch 51, 946; RG 14. 6. 19 V 53/19; OLG 39, 164; vgl. auch § 642 A 2). Ist die Vergütung nicht in einer Pauschsumme, sondern nach Maßgabe der zur Herstellung erforderlichen Einzelleistungen bestimmt, so kann er seinen Anspruch in Anlehnung an die Einzelleistungen begründen (RG 30. 4. 07 VII 304/06). Die Kündigung eines Vertrags bezweckt die Beendigung des Vertragsverhältnisses; sie liegt nur dann vor, wenn der Kündigende sich endgültig und vollständig vom Vertrage lossagen will. Erklärt der eine Teil, daß er die früher entrichteten Preise (z. B. für die Abfuhr seiner Fabrikate) nicht mehr zahlen und nur zu bestimmten herabgesetzten Preisen fahren lassen wolle, so kann darin noch keine Kündigung gefunden werden; wohl aber ist darin eine Erfüllungsweigerung zu sehen (RG Warn 1911 Nr 23). — Der Besteller kann auf das ihm nach § 649 zustehende Kündigungsrecht im voraus verzichten, auch stillschweigend, was nach den Umständen des Falles zu beurteilen ist (RG 86, 107; 92, 168). Durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Unternehmers wird das Kündigungsrecht des Bestellers nicht aufgehoben (RG JW 1911, 770[36]).

2. **Neben dieser Kündigung** bleiben die allgemeinen Endigungsgründe der Schuldverhältnisse bestehen, so die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der Leistung. Diese tritt insbesondere mit dem Tode des Unternehmers ein, wenn es auf dessen persönliche Leistungsfähigkeit ankommt. Je nachdem die Unmöglichkeit auf einem zufälligen Ereignis oder auf einem von dem Unternehmer zu vertretenden Umstande beruht, bleibt der Besteller nur von der Entrichtung der Vergütung befreit oder erlangt er darüber hinaus nach § 325 noch einen Schadensanspruch gegen den Unternehmer. Abgesehen von dem obenerwähnten Falle (persönliche Ausführung durch den Unternehmer) ist der Tod des Unternehmers ohne Einfluß, ebenso auch der Tod des Bestellers, sofern nicht etwa auch dessen persönliche Mitwirkung zur Ausführung des Werkes unerläßlich ist. Hat der Werkvertrag eine Geschäftsbesorgung nach § 675 zum Gegenstande, so liegt im Falle des Todes des Unternehmers dessen Erben die Anzeige- und Besorgungspflicht des § 673 ob. — Wegen eines die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden Verhaltens des Unternehmers (z. B. der Unternehmer beleidigt oder belästigt während seiner zur Werkleistung erforderlichen Anwesenheit in den Geschäftsräumen des Bestellers dessen Angestellte) kann der Besteller nach allgemeinen Grundsätzen kündigen, ohne daß der Unternehmer für den noch ausstehenden Teil seiner Leistung die vereinbarte Vergütung verlangen könnte (RG 12. 10. 17 VII 177/17).

3. Der **Anspruch des Unternehmers** geht im Falle der Kündigung nach § 649 grundsätzlich auf die volle Vergütung (§ 634 A 2; § 632). Gegebenenfalls ermäßigt sich aber der Anspruch durch die Anrechnungspflicht. Ihr Wesen besteht nicht darin, daß dem Besteller ein Gegenrecht gewährt wird, auf das die Grundsätze der Aufrechnung entsprechend anwendbar wären. Dem Besteller erwächst infolge seiner Aufkündigung kein selbständiger, zur Aufrechnung geeigneter Anspruch auf Gewährung des vom Unternehmer ersparten Betrags; vielmehr ist die Anrechnungspflicht des Unternehmers so zu verstehen, daß der trotz der Aufkündigung an sich fortbestehende Anspruch auf die Vergütung um den ersparten Betrag von selbst gemindert wird. Eine ungerechtfertigte Bereicherung des Unternehmers soll ausgeschlossen werden.

Er soll nicht mehr erhalten, als er gehabt haben würde, wenn er die von ihm geschuldete Gegenleistung gewährt hätte. Es handelt sich um ein ähnliches Rechtsverhältnis wie die Vorteilsausgleichung (A 5 vor § 249). Die Anrechnung macht sich hiernach ohne weiteres mit rückwirkender Kraft geltend; sie bildet ein Ermäßigungsrecht, das sich von selbst aus dem Werkvertrag ergibt (RG 74, 197). Die Voraussetzungen der Anrechnung darzulegen, ist Sache des Bestellers. Über böswilliges Unterlassen andern Erwerbs s. § 615 Abs 4 und RG 22. 12. 05 VII 8/05.

§ 650

Ist dem Vertrag ein Kostenanschlag zugrunde gelegt worden, ohne daß der Unternehmer die Gewähr für die Richtigkeit des Anschlags übernommen hat, und ergibt sich, daß das Werk nicht ohne eine wesentliche Überschreitung des Anschlags ausführbar ist, so steht dem Unternehmer, wenn der Besteller den Vertrag aus diesem Grunde kündigt, nur der im § 645 Abs 1 bestimmte Anspruch zu[1].

Ist eine solche Überschreitung des Anschlags zu erwarten, so hat der Unternehmer dem Besteller unverzüglich Anzeige zu machen[2].

E II 585; M 2 503, 504; P 2 335.

1. **Überschreitung des Kostenanschlags.** Die Vorschrift findet Anwendung, gleichviel, wer den Kostenanschlag hergestellt hat, vorausgesetzt nur, daß er dem Vertrag zugrunde gelegt worden ist. Der Unternehmer bleibt auch in diesem Falle zur Ausführung verpflichtet (§ 631 Abs 1), hat aber auf angemessene oder taxmäßige Vergütung Anspruch (§ 632), wenn er nicht — was nach den Umständen des Falles durch Vertragsauslegung nach § 157 festzustellen ist — Gewähr für die niedrigere Anschlagssumme übernommen hat, in welchem Falle er den Schaden trägt (OLG 22, 314). Nur der Besteller kann auf Grund des § 649 das Kündigungsrecht ausüben. Wenn er hierbei die Überschreitung des Anschlags als Kündigungsgrund bezeichnet oder doch diese nachweisbar den Kündigungsgrund bildet, verwandelt sich der Anspruch des Unternehmers auf volle Vergütung (§ 649) in den Anspruch auf teilweise Vergütung und Ersatz der Auslagen nach § 645 Abs 1 Satz 1. Ein Verschulden des Unternehmers wird hierbei nicht vorausgesetzt. Liegt ein solches vor, so gelten die allgemeinen Grundsätze (§§ 286ff., 325).

2. **Unterlassung dieser Anzeige** begründet die Schadensersatzpflicht des Unternehmers, die indessen wegfällt, wenn der Besteller bereits in anderer Weise Kenntnis von der zu erwartenden Anschlagsüberschreitung erlangt hat.

§ 651

[1]) **Verpflichtet sich der Unternehmer, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe herzustellen, so hat er dem Besteller die hergestellte Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen[2]). Auf einen solchen Vertrag finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung[3]); ist eine nicht vertretbare Sache herzustellen[4]), so treten an die Stelle des § 433, des § 446 Abs 1 Satz 1 und der §§ 447, 459, 460, 462 bis 464, 477 bis 479 die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648.**

Verpflichtet sich der Unternehmer nur zur Beschaffung von Zutaten oder sonstigen Nebensachen, so finden ausschließlich die Vorschriften über den Werkvertrag Anwendung[5])[6]).

E I 568 Abs 1 2 Satz 1 II 586; M 2 474 ff.; P 2 337 ff.

1. § 651 enthält die Bestimmungen über den im Verkehrsleben wichtigen **Werklieferungsvertrag**, welche, teilweise abweichend von dem früheren gemeinen Rechte und von HGB § 381 Abs 2, eine für die praktische Handhabung keineswegs leichte und einfache Fassung erhalten haben. Ein solcher Vertrag liegt dann vor, wenn sich der Unternehmer verpflichtet, das Werk aus einem von ihm zu beschaffenden Stoffe (z. B. auch ein Gebäude auf einem vom Unternehmer zu beschaffenden Grundstück und aus den von ihm zu beschaffenden Stoffen, RG 94, 128) herzustellen. Dies gilt zuvörderst (außer dem in Abs 2 ausdrücklich hervorgehobenen Falle der „Zutaten und Nebensachen") dann nicht, a) wenn der Unternehmer das Werk zwar aus dem von ihm zu beschaffenden Stoffe, aber auf dem Grund und Boden des Bestellers (§ 94) herzustellen hat oder b) wenn jede Partei wesentliche Stoffbestandteile

zu dem herzustellenden Werke beizutragen hat. In beiden Fällen liegt ein reiner Werkvertrag vor, im ersteren insbesondere von der im § 648 vorausgesetzten Eigenart. — Übernahme der Ausführung und Einbauung einer Treppenanlage für einen Bau des Bestellers ist Werk-, nicht Werklieferungsvertrag (RG 97, 87). Lieferung einer Schaufensterbeleuchtung als ein aus Werklieferung (Lieferung der Beleuchtungskörper) und Werkvertrag (Anbringung der Beleuchtungskörper) gemischter Vertrag s. OLG 33, 260. — Übernimmt es der Verkäufer einer Sache, diese für eine bestimmte Zweckbestimmung besonders herzurichten, so handelt es sich nicht mehr um einen reinen Kaufvertrag, mag auch die Vergütung für die Umarbeitung in dem Kaufpreise mitenthalten sein. Vielmehr liegt ein Werkvertrag vor, soweit es sich um die Umarbeitung handelt. Es greift also § 651 Abs 1 Platz (RG Warn 1910 Nr 16).

2. Für den **eigentlichen Werklieferungsvertrag** gilt zunächst in jedem Falle der Grundsatz, daß der Unternehmer dem Besteller die herzustellende Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen hat wie beim Kaufvertrage. Im übrigen ist zu unterscheiden, ob den Gegenstand des Vertrags eine vertretbare oder eine nicht vertretbare Sache (§ 91) bildet.

3. **Die Bestimmungen über den Kauf** (§§ 433ff.) kommen in vollem Maße zur Anwendung, wenn den Gegenstand des Werklieferungsvertrags **eine vertretbare Sache bildet.** Der Anspruch des Bestellers geht also hier in letzter Linie nicht auf Stoffbeschaffung und Herstellung, sondern auf Übergabe der hergestellten Sache. Die vertragsmäßige Herstellung ist nur Gewähr einer zugesicherten Eigenschaft. Der Anspruch des Unternehmers geht auf Zahlung der vereinbarten Vergütung und Abnahme der hergestellten Sache. Unter Abnahme ist dabei nach § 433 Abs 2 die äußerliche Hinnahme, nicht eine Annahme als Erfüllung wie nach § 640 zu verstehen. Bei Sachmängeln gelten nicht die §§ 633ff., sondern die §§ 459ff.; insbesondere kann der Besteller nicht Nachbesserung, sondern nur Lieferung eines anderen Stückes (§ 480), Wandelung, Minderung oder Schadensersatz verlangen. Die Frage, ob bei der Lieferung einer vertretbaren Sache nicht wenigstens eine entsprechende Anwendung der §§ 642, 643, 645 stattfinden könne, erscheint gegenüber der ausdrücklichen Fassung des § 651 („die Vorschriften über den Kauf") nicht zweifellos, wird aber von der herrschenden Ansicht bejaht. S. auch unten A 4b. — Ob der Vertrag auf die Herstellung vertretbarer oder nicht vertretbarer Sachen gerichtet ist, muß vom Standpunkte des Vertrags aus, nicht nach dem einseitigen Zwecke des Bestellers, entschieden werden (RG LZ 1915, 1370[6]). Ist eine Menge gleichartiger Gegenstände herzustellen und zu liefern, die, wie jede Handelsware, an beliebige Personen verkauft werden sollen, so liegt ein Vertrag über vertretbare Sachen auch dann vor, wenn die Gegenstände nach einem den Angaben des Bestellers entsprechenden Muster anzufertigen sind und der Besteller ein Schutzrecht für den Grundgedanken der Konstruktion durch Weiterveräußerung auszunutzen beabsichtigt (RG 19. 2. 18 II 375/17). Die Vertretbarkeit der erst herzustellenden Sache wird nicht beeinträchtigt durch die Ausbedingung einer besonderen Eigenschaft, z. B. der Leistungskraft von 120 Elementen für eine Akkumulatorenbatterie (RG 9. 3. 06 II 473/05). Ein Vertrag über eine Maschine kann je nach Verschiedenheit des Falles bald eine vertretbare, bald eine nicht vertretbare Sache zum Gegenstande haben. Als vertretbare Sachen erscheinen Maschinen, wenn es sich um Maschinen bekannter, gewöhnlicher Art und üblicher Beschaffenheit handelt (RG LZ 1915, 1370[6]). Dagegen ist eine Maschine als nicht vertretbare Sache anzusehen, wenn ihr eine auf die Betriebsverhältnisse des Abnehmers berechnete besondere Ausgestaltung gegeben ist, so daß die Ersetzbarkeit der Maschine wegen dieser eigenartigen Gestaltung durch eine andere der nämlichen Gattung nach der Anschauung des regelmäßigen Verkehrs nicht mehr bejaht werden kann, auch die Veräußerung an andere Abnehmer aus dem angeführten Grunde erheblich erschwert ist (RG JW 1913, 27[14]). Der Umstand, daß eine Maschine erst nach Bestellung anzufertigen ist, schließt ihre Vertretbarkeit nicht aus, jedenfalls dann nicht, wenn der Besteller das Gewicht nicht auf die Anfertigung durch den anderen Teil, sondern auf die Lieferung einer Maschine der bestellten Art überhaupt legt (RG 16. 4. 01 VI 82/01; 31. 3. 03 II 444/02; 15. 3. 04 VII 499/03). Sachen, die nach Preisverzeichnissen verkauft werden, sind in der Regel vertretbar; doch können Abweichungen nicht nebensächlicher Art die Unvertretbarkeit begründen (OLG 34, 49). Kraftdroschke als vertretbare Sache OLG 28, 196. Ein Vertrag auf Lieferung eines „Wohnsalon" nach ausgestelltem Muster ist ein Werklieferungsvertrag, der die Herstellung eines Inbegriffs nicht vertretbarer Sachen zum Gegenstande hat (RG 23. 6. 08 III 616/07). Um nicht vertretbare Sachen handelt es sich, wenn Zahnärzte künstliche Zahnersatzstücke (Gebisse, einzelne Zähne) liefern (RG 95, 322). — Nach bestimmten Bauvorschriften und Zeichnungen herzustellende, unter sich verschiedene Dampfer sind als nicht vertretbare Sachen anzusehen (RG 15. 3. 04 VII 499/03). Lieferung von Herden zu einem bestimmten Neubau, ohne nähere Individualisierung, ist Lieferung vertretbarer Sachen, die Aufstellung und Installation nur Nebenleistung (RG LZ 08, 68[2]).

4. Auf den **Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare (bewegliche oder unbewegliche Sache)** finden sowohl Vorschriften über den Kauf, als solche über den Werkvertrag

Anwendung. a) Beseitigt sind zunächst von den Vorschriften des Kaufvertrags die in § 651 Abs 1 ausdrücklich angeführten; § 433: Verpflichtung des Verkäufers einer Sache zur Übergabe und Eigentumsverschaffung, des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises und zur Abnahme der Sache; §§ 446 Abs 1 Satz 1, 447: Übergang der Gefahr auf den Käufer im Falle der Übergabe und im Falle der Versendung (zu § 447 s. jedoch § 644 Abs 2 und unten vor b); §§ 459, 460, 462—464: Haftpflicht des Verkäufers für Fehler der Kaufsache, sofern der Käufer die Fehler nicht beim Kaufabschlusse kennt; Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen Mängel der Kaufsache: Wandelung, Minderung oder Schadensersatz, Ausschluß der Ansprüche bei vorbehaltsloser Annahme der Sache seitens des Käufers mit Kenntnis vom Mangel. Für nicht anwendbar sind auch erklärt die §§ 477—479: Verjährung der Gewährleistungsansprüche und durch rechtzeitige Mängelanzeige herbeizuführende Erhaltung des Rechtes des Käufers auf gänzliche oder teilweise Verweigerung der Kaufpreiszahlung und des Rechtes zur Aufrechnung des Schadensanspruchs auch nach Vollendung der Verjährung. Da aber an die Stelle der erwähnten Vorschriften diejenigen über den Werkvertrag treten sollen (s. unten), mit ihnen auch § 639, der seinerseits in Abs 1 wieder den § 477 Abs 2, 3 und die §§ 478, 479 für entsprechend anwendbar erklärt, so sind mit dem § 639 auch diese Vorschriften anzuwenden (RG 87, 305; 93, 158). Ebenso ist § 447 gemäß § 644 Abs 2 anwendbar. b) An die Stelle der unter a erwähnten Vorschriften über den Kauf treten „die Vorschriften über den Werkvertrag mit Ausnahme der §§ 647, 648"; zunächst also die entsprechenden, mit den aufgehobenen Bestimmungen gleichartigen, insbesondere § 631: Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung des versprochenen Werkes, Verpflichtung des Bestellers zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung, wozu noch die in § 651 Abs 1 Satz 1 vorgeschriebene Erweiterung hinzutritt: Verpflichtung des Unternehmers zur Übergabe der hergestellten Sache und Verschaffung des Eigentums zugunsten des Bestellers; ferner § 632: stillschweigende Vereinbarung der Vergütung; §§ 633—636: Verpflichtung des Unternehmers zur Herstellung eines fehlerfreien Werkes, beim Vorhandensein von Fehlern Gewährleistungsansprüche des Bestellers zunächst auf Beseitigung binnen angemessener Frist, bei deren fruchtlosem Ablauf auf Wandelung (d. i. Rücktritt vom Vertrage nach § 327) oder auf Minderung oder Schadensersatz; §§ 638, 639: Verjährung der Gewährleistungsansprüche des Käufers mit Berechnung der Frist von der Abnahme des Werkes an (RG 21. 12. 06 VII 149/06; JW 1910, 659[25]); §§ 640, 641 Abs 1: Verpflichtung des Bestellers zur Abnahme des vertragsmäßig hergestellten Werkes im Sinne einer Annahme als Erfüllung (nicht nur äußerliche Hinnahme, wie nach § 433 Abs 2), Einfluß seiner Kenntnis von einem vorhandenen Mangel; weitere Verpflichtung des Bestellers zur Entrichtung der Vergütung bei der Abnahme (wogegen die Verzinsung der Vergütung nicht nach § 641 Abs 2, sondern nach § 452 eintritt); §§ 644—646: Gefahrtragung des Unternehmers bis zur Abnahme (oder Vollendung) des Werkes; Anspruch des Unternehmers auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung bei gänzlicher oder teilweiser Unausführbarkeit infolge eines von dem Besteller zu vertretenden Umstandes. Außer diesen Vorschriften sind, da in § 651 allgemein „die Vorschriften über den Werkvertrag" als Ersatz für die aufgehobenen des Kaufvertrags eingeführt sind, gleichfalls anwendbar die weiteren mit den vorstehend angeführten zusammenhängenden Bestimmungen in §§ 642, 643: Verzug des Bestellers mit einer bei Herstellung des Werkes von ihm vorzunehmenden Handlung; in § 649: ausgedehntes Kündigungsrecht des Bestellers; in § 650: beiderseitige Rechte bei Überschreitung eines Kostenanschlags. c) Neben diesen Vorschriften über den Werkvertrag kommen aber bei dem Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare Sachen auch die nach obigem Abs 1 nicht durch die Vorschriften des Werkvertrags ersetzten Vorschriften des Kaufvertrags zur Anwendung, soweit sie überhaupt auf diesen Lieferungsvertrag passen, insbesondere §§ 434—436, 439, 440, 442, 443: über die Haftung des Verkäufers für Mängel im Rechte (zu unterscheiden von Mängeln des Werkes §§ 633ff.), dagegen Nichthaftung für die Freiheit eines Grundstücks von öffentlichen Abgaben und Lasten, die zur Eintragung in das Grundbuch nicht geeignet sind; ferner § 446 Abs 1 Satz 2, Abs 2: Übergang der Nutzungen und Lasten der Kaufsache auf den Käufer; §§ 448, 449: Tragung der Kosten der Übergabe sowie der Abnahme und Versendung bei einer beweglichen Kaufsache, der Kosten der Auflassung und Eintragung bei einem verkauften Grundstück; § 450: Verpflichtung des Käufers zum Ersatze der vor der Übergabe gemachten Verwendungen des Verkäufers; § 452: Verpflichtung des Käufers zur Verzinsung des Kaufpreises; § 455: Eigentumsvorbehalt des Verkäufers einer beweglichen Sache; §§ 465—467, 469—475: Vollziehung der Wandelung und Minderung (§ 634) im einzelnen; § 476: Nichtigkeit einer die Mängelhaftung des Verkäufers ausschließenden Vereinbarung bei arglistigem Verschweigen des Mangels seitens des Verkäufers, wodurch die gleichwertige Vorschrift des § 637 gegenstandslos wird. Über die Anwendung der in § 639 Abs 1 für entsprechend anwendbar erklärten §§ 477 Abs 2, 3, 478, 479 und des in § 644 Abs 2 in Bezug genommenen § 447 s. oben a am Ende. — § 381 Abs 2 HGB unterstellt die dort bezeichneten Werklieferungsverträge nicht in jeder Hinsicht

den Vorschriften über den Kauf, sondern fügt nur zu den nach § 651 anwendbaren Bestimmungen über den Kauf die der §§ 373ff. HGB (Pflicht zur unverzüglichen Untersuchung, § 377) hinzu und beläßt es im übrigen bei den Vorschriften des § 651, insbesondere auch bei der Anwendbarkeit der Verjährungsvorschriften der §§ 638, 639 (RG JW 1910, 659[25]).

5. Beschaffung von Zutaten und sonstigen Nebensachen seitens des Unternehmers ist zwar Stoffbeschaffung (A 1), kann aber die Anwendung der Vorschriften vom Kauf nicht begründen.

6. Durch **Vereinbarung** können die Vorschriften über den Werklieferungsvertrag **abgeändert** werden. Als eine solche Abänderung erscheint auch der sog. **unregelmäßige Werklieferungsvertrag,** wobei dem Unternehmer zwar der Stoff geliefert, aber freigestellt wird, diesen Stoff durch einen anderen (gleichartigen) zu ersetzen (M 2, 477). Die nähere Durchführung des Verhältnisses ergibt sich aus der den Umständen zu entnehmenden Parteiabsicht. Diese wird in der Regel dahin gehen, daß der Unternehmer die Gefahr des zufälligen Unterganges oder der zufälligen Verschlechterung des Stoffes zu tragen hat, aber auch über den ihm gelieferten Stoff frei verfügen kann.

Achter Titel

Mäklervertrag

1. Begriff. Im Anschluß an das HGB hat das BGB als besonderen Vertrag den Mäklervertrag aufgestellt, nach welchem der eine Teil für den anderen, ohne in dessen dauernden Diensten zu stehen, die Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags nachzuweisen oder einen solchen zu vermitteln, der andere Teil aber, wenn dadurch der Vertrag zustande kommt, einen Lohn dafür zu entrichten hat. Der Mäklervertrag unterscheidet sich vom Auftrage namentlich durch die entgeltliche Tätigkeit des Mäklers, vom Dienstvertrage dadurch, daß der Mäkler seinen Lohn nur bei Herbeiführung eines bestimmten Erfolges beanspruchen kann, und vom Werkvertrage wie auch vom Gesellschaftsvertrage (RG JW 05, 73[7]; Warn 1919 Nr 31) dadurch, daß er zur Herbeiführung dieses Erfolges wohl berechtigt, aber in der Regel nicht verpflichtet ist (RG Warn 08 Nr 144). Es gehört nicht zum Wesen des Mäklervertrags, daß der Mäkler sich zu einer Tätigkeit verpflichtet (RG JW 1911, 758[15]) oder gar für den Erfolg seiner Tätigkeit einsteht. Die Annahme eines Mäklervertrags wird aber anderseits nicht dadurch ausgeschlossen, daß er gewisse Dienstleistungen (z. B. auch Vorarbeiten für den abzuschließenden Vertrag) übernimmt, oder daß sonstige besondere Abreden getroffen werden, die den Vertrag einem Dienst- oder Werkvertrag nähern (RG JW 1915, 1351[2]). Es kann sich dabei um bloße Nebenleistungen, aber auch um einen besonderen, mit dem Mäklervertrag verbundenen Nebenvertrag handeln, für den dann insbesondere § 652 Abs 2 nicht gilt. — Der Vertrag zwischen dem Mäkler und einem **Untermäkler** ist im BGB nicht besonders geregelt und nach §§ 157, 242 zu beurteilen. Aus seinem Wesen als Hilfsvertrag zur Erreichung der Ziele des Hauptmäklervertrags ergibt sich, daß gewisse Eigenheiten dieses, wie z. B. die freie Widerruflichkeit des Auftrags, auch hier gelten müssen (RG 88, 1). Wie der Auftraggeber des Hauptmäklers das Geschäft nicht nur deshalb abzuschließen braucht, damit dieser den Mäklerlohn verdiene, so ist auch der Hauptmäkler nicht zum Nachweise oder zur Vermittlung verpflichtet, damit der Untermäkler seinen Anteil am Lohn erhält. Der Hauptmäkler darf sich vielmehr von einer verständigen und redlichen Wahrnehmung seiner eigenen Interessen leiten lassen. Das kann unter Umständen sogar dazu führen, daß der Hauptmäkler auf den Mäklerlohn verzichtet, ohne deshalb dem Untermäkler, der vertragsmäßig einen Teil des dem Hauptmäkler zugesicherten Mäklerlohns zu beanspruchen hat, verantwortlich zu werden (RG JW 1918, 301[3]). Darf sich der Mäkler der Hilfstätigkeit eines Untermäklers bedienen, so muß er sich auch dessen schuldhaftes Verhalten bei Ausführung dieser Tätigkeit nach dem Grundsatze des § 278 anrechnen lassen (§§ 652 A 2a, 654 A 1). Die Tätigkeit des Untermäklers beschränkt sich aber in der Regel auf das zu vermittelnde Geschäft. Zu Erklärungen, die den Mäklervertrag unmittelbar berühren, wie z. B. zu einem Verzicht auf den dem Mäkler zustehenden Lohn, ist er ohne besondere Ermächtigung nicht berechtigt (RG 15. 11. 19 V 220/19). — Das Bestehen eines Mäklerverhältnisses schließt, unbeschadet des § 654, vertragliche Beziehungen des Mäklers zum Vertragsgegner seines Auftraggebers nicht aus. Empfiehlt z. B. der vom Darlehnssucher beauftragte Mäkler dem zu seiner Kundschaft gehörigen Darlehnsgeber das Geschäft als sicher, so ist er diesem zur Offenlegung der wesentlichen Verhältnisse des Darlehnssuchers vertraglich verpflichtet (RG 26. 5. 19 VI 97/19). Vgl. auch § 654 A 2.

2. Geltungsbereich. Die Vorschriften über den Mäklervertrag erstrecken sich nicht auf die im HGB §§ 84ff. geregelten, im übrigen nach den Grundsätzen des Dienstvertrags (§ 611 A 4) zu beurteilenden Verhältnisse der Handlungsagenten, der ständig betrauten Geschäfts-

vermittler im Handelsverkehr (vgl. RG 95, 134), und nicht auf die im HGB §§ 93ff. behandelten Verhältnisse der Handelsmäkler, der nicht ständigen Vermittler von Verträgen über Anschaffung oder Veräußerung von Waren oder Wertpapieren, über Versicherungen, Güterbeförderungen, Bodmerei, Schiffsmiete oder sonstige Gegenstände des Handelsverkehrs. Dagegen finden die Vorschriften des BGB Anwendung auf den Nachweis oder die Vermittlung anderer als der in § 93 Abs 1 HGB bezeichneten Geschäfte, insbesondere auf die Vermittlung von Geschäften über unbewegliche Sachen, auch wenn die Vermittlung durch einen Handelsmäkler geschieht (HGB § 93 Abs 2). Die genannten Vorschriften gelten ferner für den Nachweis oder die Vermittlung von Darlehns- und Hypothekengeschäften, von Eheschließungen, von Mietverträgen, sowie von Dienst-, insbesondere Gesindeverträgen. Die besonderen Vorschriften der Gesindeordnungen sind aufgehoben (Vorbem 2a vor § 611). — Ob die Tätigkeit des Mäklers eine gewerbsmäßige ist oder nicht, macht für die Anwendbarkeit der §§ 652ff. keinen Unterschied (RG 27. 11. 08 III 143/08); im Falle der Gewerbsmäßigkeit greifen aber die Vorschriften der GewO §§ 34 Abs 1, 35 Abs 3, 38 und — für gewerbsmäßige Stellenvermittler — einschließlich der sog. Gesindevermieter — die Bestimmungen des die GewO ergänzenden, seit dem 1. Oktober 1910 geltenden Stellenvermittlergesetzes v. 2. 6. 10, RGBl 860 (über das Verhältnis zur GewO s. §§ 14, 19, über die Anwendung der §§ 3, 5 auf nicht gewerbsmäßig betriebene Stellen- oder Arbeitsnachweise s. § 15 d. Ges.), sowie die etwaigen landespolizeilichen Vorschriften ein. Die hiernach für die sog. Zivilmäkler geltenden §§ 652ff. enthalten keine erschöpfende Regelung dieses Vertragsverhältnisses; zur Ergänzung werden neben den allgemeinen Bestimmungen eintretendenfalls auch einzelne Vorschriften anderer Vertragsarten, namentlich die des dem Mäklervertrag am nächsten verwandten Werkvertrags, heranzuziehen sein. — Das BGB enthält keine besonderen Bestimmungen für den Trödelvertrag, der in der Übergabe einer Sache mit der Verpflichtung des Empfängers besteht, dem Geber entweder die Sache zurückzugeben oder die dabei festgesetzte Schätzungssumme zu zahlen, so daß der Empfänger die Sache selbst für diese Summe behalten oder beim Verkauf an einen Dritten den von diesem gezahlten Mehrerlös als seinen Gewinn verrechnen kann. Je nach der Sachlage werden hier ebenfalls in der Regel die Bestimmungen über den Dienst-, unter Umständen über den Werkvertrag oder auch über den Kaufvertrag anzuwenden sein.

3. Eine besondere **Form** ist für den Mäklervertrag nicht vorgeschrieben, auch nicht, wenn die Veräußerung eines Grundstücks vermittelt werden soll. Für seinen **Inhalt** gelten neben §§ 655, 656 die allgemeinen Grundsätze. Der Mäklervertrag ist insbesondere nichtig, wenn er gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt (§§ 134, 138, s. auch RVerf Art 152 Abs 2). Nichtig, weil gegen die guten Sitten verstoßend, ist eine Vereinbarung, wonach sich der Auftraggeber allgemein verpflichtet, Lieferungsbestellungen des durch den Mäkler ermittelten Bestellers, nicht durch andere Vermittler und auch nicht unmittelbar von dem Besteller, sondern nur durch Vermittlung des Mäklers entgegenzunehmen (RG Gruch 62, 778). Unsittlich kann auch die Vereinbarung eines übermäßig hohen Mäklerlohns, insbesondere für die Vermittlung von Kriegslieferungen, sein (RG 90, 400; 93, 207; RG Gruch 62, 778; 64, 120; RG LZ 1919, 1229[8]; 1920, 301[8]; RG Warn 1920 Nr 9). Dabei genügt aber nicht jeder entfernte, nur mittelbare Zusammenhang des Mäklervertrags mit einer Heereslieferung, um die Vereinbarung eines höheren als des angemessenen Mäklerlohns als nichtig erscheinen zu lassen. Das Versprechen eines übermäßig hohen Lohnes für die Beschaffung eines Kapitals zur Vergrößerung einer Fabrik für Heereslieferungen verstößt daher nicht schon deshalb gegen die guten Sitten, weil anzunehmen ist, der Unternehmer werde den Mäklerlohn auf die späteren Heeresaufträge abwälzen (RG JW 1920, 138[2]). S. auch RG SeuffA 75 Nr 40. Die BRVO gegen Preistreiberei v. 8. 5. 18 (RGBl 395) § 1 Nr 2 stellt das Fordern, Sichgewähren- und Sichversprechenlassen übermäßiger Vergütungen für die Vermittlung von Geschäften über Gegenstände des täglichen Bedarfs und des Kriegsbedarfs sogar unter Strafe. Aus der nur gegen den Mäkler sich richtenden Strafbestimmung allein würde allerdings die Nichtigkeit des Mäklervertrags noch nicht zu folgern sein (vgl. auch RG 98, 293). S. auch die VO gegen den Wucher bei der Vermittlung von Mieträumen v. 31. 7. 19 (RGBl 1364), geändert durch VO v. 31. 5. 20 (RGBl 1201). — Nach § 4 des Stellenvermittlergesetzes v. 2. 6. 10 (Vorbem 2) sind Verträge nichtig, durch die sich ein Arbeitnehmer oder Arbeitgeber verpflichtet, sich auch in späteren Fällen der Mitwirkung eines bestimmten gewerbsmäßigen Vermittlers zu bedienen. Dazu OLG 36, 87.

§ 652

[1]) Wer für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags oder für die Vermittelung eines Vertrags einen Mäklerlohn verspricht, ist zur Entrichtung des Lohnes nur verpflichtet, wenn der Vertrag infolge des

Nachweises oder infolge der Vermittelung des Mäklers zustande kommt[2]). Wird der Vertrag unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossen, so kann der Mäklerlohn erst verlangt werden, wenn die Bedingung eintritt[3]).

Aufwendungen sind dem Mäkler nur zu ersetzen, wenn es vereinbart ist. Dies gilt auch dann, wenn ein Vertrag nicht zustande kommt[4]).

E I 580 II 587; M 2 509 ff.; P 2 342.

1. **Der Mäklervertrag** stellt sich als ein zweiseitiger Vertrag dar, hat aber die Eigentümlichkeit, daß der Mäkler in der Regel zu einer bestimmten Tätigkeit wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet und der Auftraggeber bis zum Zustandekommen des zu vermittelnden Vertrags zum Widerruf berechtigt ist. Diese Berechtigung kann jedoch, wie z. B. bei Übertragung des Alleinverkaufs eines Grundstücks, dahin beschränkt werden, daß der Auftraggeber, falls er ohne gerechten Grund bis zu einem gewissen Zeitpunkte widerrufen oder die Vermittlung einem anderen Mäkler übertragen würde, dem ersten Mäkler für den Mäklerlohn aufzukommen habe (RG 22, 381; RG JW 05, 339[9]; RG 19. 11. 04 I 306/04; 2. 10. 06 III 56/06). Es ist eine Auslegungsfrage, ob die Erteilung eines festen Auftrags auf bestimmte Zeit nur den Vezicht auf Widerruf des Auftrags für diese Zeit oder auch die Verpflichtung des Auftraggebers bedeutet, weder selbst noch durch einen anderen Vermittler den Vertrag abzuschließen. Ein Rechtssatz, daß die Erteilung eines festen Auftrags für bestimmte Zeit stets oder auch nur im Zweifel eine solche Verpflichtung des Auftraggebers mitumfasse, läßt sich bei der Mannigfaltigkeit der Einzelfälle und bei der Verschiedenartigkeit der tatsächlichen Verhältnisse nicht aufstellen. Diese Auffassung entspricht auch der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG JW 05 S. 75[7], 339[9]; RG 22, 381; 76, 361; Warn 1912 Nr 302; vgl. auch OLG 8, 76; 22, 317; 36, 83). Gibt der Auftraggeber dem Mäkler ein Geschäft ohne bestimmte Frist „fest an die Hand", so liegt darin ein Verzicht auf den Widerruf nur für eine nach der Verkehrssitte und nach billigem Ermessen zu bestimmende angemessene Zeit (RG JW 1905, 339[9]; LZ 1919, 607[3]). Auch ein fest erteilter Auftrag kann beim Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Mäklers widerrufen werden (vgl. RG JW 05, 339[9]), so z. B. bei vertragswidrigem Verhalten des Mäklers (OLG 22, 322). Aus dem bloßen Verzicht auf den Widerruf folgt selbstverständlich nicht die Verpflichtung des Auftraggebers, auch im Falle des Nichtzustandekommens des Geschäfts den Mäklerlohn zu zahlen (RG Warn 08 Nr 143); vgl. aber A 2c g. E. — Ein Vertrag, durch den sich der Kläger gegen Entgelt verpflichtet, zur Herbeiführung eines Zwangsvergleichs zugunsten des im Konkurse befindlichen Beklagten Vergleichsvorschläge zu entwerfen, mit den Gläubigern zu verhandeln und vor allem die nötigen Geldmittel bereitzuhalten, ist kein Mäklervertrag, sondern entweder ein sog. unbenannter Vertrag oder möglicherweise ein auf Geschäftsbesorgung gerichteter Werkvertrag, auf den § 324 Anwendung findet (RG 2. 3. 09 III 320/08). — Zum Abschlusse des zu vermittelnden Geschäfts im Namen des Auftraggebers bedarf der Mäkler einer Vollmacht. § 85 HGB findet keine Anwendung (OLG 34, 335). — Wird das in Aussicht genommene Geschäft zwischen dem Auftraggeber und dem Mäkler von letzterem als selbständiger Vertragspartei abgeschlossen, so ist ein Mäklervertrag nicht zustande gekommen und ein Anspruch auf Mäklerlohn nicht begründet (RG SeuffA 65, 393). — Verjährung des Mäklerlohnanspruchs eines Kaufmanns, auch wenn er nur bei Gelegenheit vermittelt, nach § 196 Nr 1 und Abs 2 (SeuffA 73 Nr 115), bei gewerbsmäßiger Vermittlung auch durch einen Nichtkaufmann, nach § 196 Nr 7; sonst § 195.

2. **Voraussetzungen für den Anspruch auf den Mäklerlohn** (s. auch § 653).

a) Die **Tätigkeit des Mäklers,** welche je nach dem Inhalte des Vertrags auf den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse des vom Auftraggeber bezeichneten Geschäfts oder auf dessen Vermittlung gerichtet sein muß. Der Nachweis setzt die Bekanntgabe einer dem Auftraggeber bis dahin unbekannt gewesenen Gelegenheit voraus. Der Begriff der Vermittlung ist im Gesetz ebenfalls nicht bestimmt. Man versteht unter Vermittler eine Mittelsperson, die durch Verhandeln mit beiden Teilen einen Vertrag zustande zu bringen sucht. Es genügt daher zur Begründung des Anspruchs auf den Mäklerlohn nicht, daß der Vermittler seinem Auftraggeber mit Rat und Tat zur Seite steht, vielmehr muß er auch persönlich oder durch andere, deren er sich als Gehilfen — Unter- oder Zwischenmäkler — bedient, in eine Beziehung zum anderen Teile treten, auf diesen, sei es auch nur durch ein Angebot, in der Richtung auf einen Vertragsschluß einwirken (RG JW 1916, 738[3]; 1917, 538[6]; RG LZ 1917, 190[5]). Nicht aber ist umgekehrt erforderlich, daß der Vermittler seinem Auftraggeber mit Rat und Tat zur Seite steht und ihm zum Abschlusse des Vertrags rät. Es genügt, wenn er auf Grund des Auftrags mit dem anderen Teile verhandelt und diesen zum Vertragsschluß veranlaßt (RG Gruch 61, 642). „Besorgen" eines Käufers s. OLG 34, 50 A 1. — Dazu treten je nach Umständen als Nebenverpflichtungen mit der Folge einer Schadensersatzpflicht und der Verwirkung des Mäklerlohns (RGSt 41, 245; RG JW 1910, 284[15]; SeuffA 56 Nr 148)

im Falle schuldhafter Verletzung: die treue und gewissenhafte, möglichst dem Interesse des Auftraggebers entsprechende Ausführung (RG 19. 4. 00 VI 65/00; 7. 1. 05 V 294/04), Bewahrung von Verschwiegenheit, Mitteilung über die wesentlichen Punkte des anzubahnenden Geschäfts (RG JW 1910, 284[15]; RG SeuffA 56 Nr 75), über die dem Mäkler bekannt gewordenen Vermögensverhältnisse der Gegenpartei (RG 7. 1. 05 V 294/04; 28. 10. 07 VI 7/07) und überhaupt über alle ihm bekannten Umstände, deren Kenntnis geeignet ist, auf die Entschließung des Auftraggebers einzuwirken, insbesondere ihn von einem nachteiligen Geschäftsabschlusse abzuhalten (RG Gruch 45, 1011; vgl. auch OLG 2, 119; 22, 320; 24, 387; 34, 53). Kein Anspruch des Mäklers auf Mäklerlohn besteht z. B., wenn er unter Verletzung der ihm obliegenden Treupflicht seinem Auftraggeber beim Ankaufe eines Hauses von dessen Schwammverdächtigkeit, die dem Mäkler bekannt war, keine Mitteilung gemacht hat (RG JW 1910, 284[15]). Unter Umständen muß sich der Mäkler auch nach den Verhältnissen erkundigen, so z. B. nach der Zahlungsfähigkeit des anderen Teiles (RG Recht 1911 Nr 1924; OLG 34, 53). Maßgebend sind dabei aber immer die tatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles. Daß der Mäkler grundsätzlich verpflichtet sei, sich nach den Vermögensverhältnissen zu erkundigen und nur einen zahlungsfähigen Vertragsgegner (z. B. Käufer) beizubringen, ist nicht anzuerkennen (vgl. RG Gruch 43, 1166; 45, 1012). Bei arglistiger Täuschung über die Zahlungsfähigkeit des Vertragsgegners ist der Mäkler nach Vertrag und wegen unerlaubter Handlung (§ 826) zum Schadensersatze verpflichtet (RG LZ 1915, 522[11]). Hat sich der Mäkler erboten, einen guten ausländischen Verkäufer zu benennen, der für unverzügliche Lieferung und Möglichkeit der Ausfuhr nach Deutschland einstehe, so muß er bei Meidung der Schadensersatzpflicht sich darüber vergewissern, ob der benannte Verkäufer gut und die von ihm zu übernehmende Gewährleistung erfüllbar ist (RG 22. 1. 19 V 320/18). Nebenpflicht der Ratserteilung s. OLG 20, 219. Der Mäkler, der einen Mäklervertrag abschließen will, muß ferner seinem Auftraggeber alle Umstände mitteilen, die das Mäklerverhältnis wesentlich berühren, so auch den Umstand, daß nach dem ausgesprochenen Willen desjenigen, mit dem ein Vertrag vermittelt werden soll, ein solcher nur unter Ausschluß von Vermittlern abgeschlossen werden darf. Ein Verschweigen dieses Umstandes kann die Anfechtung des Mäklervertrags und den Verlust des Lohnanspruchs wegen Verletzung der Treupflicht begründen (RG LZ 1918, 686[1]). Schadensersatzpflicht und Verwirkung des Mäklerlohns bei pflichtwidrigem Entgegenwirken gegen das Zustandekommen eines Vertrags s. OLG 6, 87; 12 S. 85, 87. Verschulden seines Untermäklers ist dem Mäkler nach dem Grundsatze des § 278 anzurechnen. Schon beim Vorhandensein der Voraussetzung unter a und vor dem Eintritt derjenigen unter b—d kann der Anspruch auf Mäklerlohn einen Bestandteil des Vermögens des Mäklers bilden, dessen Abtretung der Gläubigeranfechtung unterliegt (RG Warn 08 Nr 510).

b) **Zustandekommen des vom Auftraggeber in Aussicht genommenen Vertrags** (RG Gruch 47, 927), insbesondere auch in der zu seiner Gültigkeit erforderlichen Form (RG 25, 319; 29, 230; RG JW 02 Beil 228; RG 26. 6. 03 III 85/03; 4. 1. 07 III 242/06) oder Anerkenntnis der Rechtsgültigkeit des Vertrags durch beide Parteien. Ist ein Mäklerlohn von 1% für Beschaffung einer Hypothek von 200000 Mark versprochen und weist der Mäkler nur eine solche von 190000 Mark nach, so kann er regelmäßig überhaupt keinen Lohn, auch keinen solchen von 1900 Mark fordern (RG 13. 2. 06 III 285/05). Doch kann im einzelnen Falle der Sinn des Lohnversprechens auch ein anderer sein. Macht der Auftraggeber dem Mäkler Angaben über den zu erzielenden Verkaufserlös, so kann dies den Zweck haben, dem Mäkler eine Grundlage für die Verhandlungen mit dem Käufer zu geben; es kann aber auch bedeuten, daß der Mäklerlohn nur bei Erzielung eines bestimmten Erlöses verdient sein soll (RG LZ 1915, 1150[17]). Der Anspruch des Mäklers wird nicht dadurch berührt, daß die Parteien selbst irrtümlich den Vertrag für nicht zustandegekommen ansehen oder sein Zustandekommen für so zweifelhaft halten, daß sie von seiner Ausführung absehen oder sich vergleichen (RG LZ 1914, 678[7]). Unerheblich ist es, wenn der abgeschlossene Vertrag von dem gewünschten in Nebenpunkten abweicht. Der Mäklerlohn darf auch nicht schon deshalb versagt werden, weil der erstere mit dem in Aussicht genommenen in der rechtlichen Fassung nicht übereinstimmt. Entscheidend ist vielmehr in der Regel die wirtschaftliche Bedeutung des abgeschlossenen Vertrags. Ist er auch in dieser Beziehung für den Auftraggeber minderwertig, so entfällt jedenfalls der Anspruch des Mäklers auf den versprochenen Lohn (RG LZ 1911, 547[27]; RG JW 1916, 1475[3]; RG 1. 1. 14 III 294/13). Jedoch kann, wenn der Mäkler nicht das nach dem ursprünglichen Auftrag zu vermittelnde Geschäft, aber ein anderes zustande bringt, unter Umständen eine neue, stillschweigende Vereinbarung vorliegen und die Höhe des Lohnes nach § 653 zu bestimmen sein (RG Warn 1918 Nr 32). Ist der Mäklerlohn versprochen, falls infolge des Nachweises des Mäklers der Verkauf eines Grundstücks zustande kommt, so ist der Lohn noch nicht damit verdient, daß der Kaufliebhaber sich zur Zahlung einer entsprechend hohen Vertragsstrafe für den Fall der Ablehnung des gemachten Verkaufsantrags verpflichtete, der Nießbrauch an ihn übertragen und eine Vormerkung zur Erhaltung seines Rechtes auf Auflassung eingetragen

wurde (RG JW 1911, 939[3]). Dagegen ist, wenn es sich um die Vermittlung eines Grundstücksverkaufs handelt, die Auflassung nicht erforderlich, vielmehr wird die Vergütung bereits mit dem Abschlusse des schuldrechtlichen Vertrags fällig (RG JW 06, 134[5]). Ob, wenn der Mäkler schlechthin mit dem „Verkauf" eines Grundstücks beauftragt ist, der Mäklerlohn unter allen Umständen erst mit der Vermittlung des Kaufabschlusses verdient wird, ist nach den Umständen des Falles zu beurteilen (RG Gruch 59, 120). Die Nichtausführung des vermittelten Geschäfts läßt den Anspruch des Mäklers regelmäßig unberührt (LZ 1919, 1030[5]). S. jedoch unten. — Beim Darlehnsgeschäft ist der Mäklerlohn regelmäßig erst dann verdient, wenn der Darlehnsvertrag durch Auszahlung des Darlehns zustande gekommen ist (vgl. Vorbem 2 vor § 607; RG 39, 231), nicht schon mit dem Zustandekommen eines Darlehnsvorvertrags (RG 30. 6. 08 III 584/07). Davon kann indessen durch Vereinbarung abgewichen werden (RG Warn 1919 Nr 115). Dabei ist auf die Verkehrssitte (§§ 157, 242) und unter Kaufleuten auf die im Handelsverkehre geltenden Gewohnheiten und Gebräuche (§ 346 HGB) Rücksicht zu nehmen. Über den Handelsgebrauch des Berliner Grundstücks- und Hypothekenverkehrs, wonach die Provision für eine Hypothekenvermittlung schon dann als verdient gilt, wenn ein rechtsverbindlicher Darlehnsvorvertrag in dem Sinne geschlossen ist, daß der Geldgeber zur Hingabe, der Geldnehmer zur Annahme verpflichtet ist, s. RG JW 1912, 240[8]. Der Lohnanspruch ist namentlich auch in solchen Fällen als schon vor der Auszahlung des Darlehns begründet anzusehen, in denen es dem Auftraggeber weniger auf die sofortige Erlangung des Darlehnsbetrags als darauf ankommt, die bindende Verpflichtung eines sicheren Darlehnsgebers zu erlangen, wie z. B. beim Baugelddarlehn, das in Teilbeträgen je nach dem Fortschreiten des Baues zu zahlen ist (Vorbem 3 vor § 607). Mäklerlohn bei Verlängerung eines Darlehns s. LZ 1919, 166[4]. — Es handelt sich bei dem Zustandekommen des Vertrags nicht um eine wirkliche Bedingung, vielmehr ist kraft Gesetzes der Lohnanspruch von dem Eintritt einer bestimmten Tatsache, nämlich von dem Zustandekommen des Geschäfts abhängig (RG JW 1911, 758[15]). Der Lohnanspruch gehört aber zur Konkursmasse des Mäklers auch dann, wenn das vermittelte Geschäft erst nach der Eröffnung des Konkurses und nur der Mäklervertrag vorher abgeschlossen worden ist (SeuffA 73 Nr 149). — Kein Mäkleranspruch entsteht, wenn der Vertragsabschluß an den später vom Auftraggeber gestellten Anforderungen scheitert (RG 21. 3. 02 III 460/01); ebenso wenn eine Vermittlungstätigkeit des Mäklers durch das Verhalten des Auftraggebers (z. B. Nichtzahlung von Vorschüssen) unmöglich wird (OLG 34, 50); ferner bei Nichtigkeit des vermittelten Geschäfts oder im Falle seiner Anfechtbarkeit bei erfolgreicher Anfechtung (RG 76, 354; RG 20. 12. 04 III 271/04; 18. 2. 10 III 154/09; OLG 4, 238). Fehlen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts s. OLG 4, 240. Der auf Zahlung des Mäklerlohns Belangte kann sich auch darauf berufen, daß der vermittelte Vertrag durch seine eigene arglistige Täuschung zustande gekommen und deshalb mit Erfolg angefochten ist. Die replica doli generalis steht hier dem Mäkler nicht zu. Die das Zustandekommen des Vertrags bezweckende und erreichende Täuschung zielte nicht auf Vereitelung des Mäklerlohns. Ohne die Arglist des auf Mäklerlohn belangten Vertragschließenden wäre der durch sie bewirkte Vertrag überhaupt nicht vorhanden und daher ein Mäklerlohnanspruch noch gar nicht erwachsen. Die Arglist hat weder die Entstehung des Mäklerlohns verhindert noch einen schon entstandenen Lohnanspruch beseitigt (RG 76, 354). Ebenso ist der Anspruch ausgeschlossen, wenn der Mäkler seinen Auftraggeber über die Person der Gegenpartei im unklaren gelassen und dadurch die außerdem vermeidbare Zuziehung des Mäklers veranlaßt hat (RG 15. 1. 07 III 375/06). — Voraussetzung für die Entstehung des Anspruchs auf den Mäklerlohn ist regelmäßig nur das Zustandekommen des Geschäfts, nicht seine **Ausführung**. Wird der Mäklerlohn ausdrücklich oder stillschweigend (A 4) von der Ausführung abhängig gemacht, so ist der Auftraggeber gegenüber dem Mäkler nicht verpflichtet, diese Ausführung herbeizuführen. Er hat bezüglich ihrer ebenso freie Hand wie vorher bezüglich des Abschlusses, und der Anspruch des Mäklers ist unbegründet, wenn aus irgendeinem Grunde, sei es auch durch ein gegenüber dem Geschäftsgegner schuldhaftes Verhalten des Auftraggebers, das Geschäft nicht ausgeführt wird. Nur darf dieser (vgl. § 162) die Ausführung nicht in einer wider Treu und Glauben verstoßenden Weise, insbesondere nicht in der Absicht, dem Mäkler den Lohnanspruch zu entziehen, vereiteln. Die Vorschrift des § 88 Abs 2 HGB ist auf den Mäklervertrag nicht entsprechend anzuwenden (RG 95, 134; RG JW 1916, 1585[4]; OLG 22, 320). Ist der Anspruch auf den Mäklerlohn für die Vermittlung eines Kaufvertrags von der Bezahlung des Kaufpreises abhängig gemacht worden, so braucht der Auftraggeber nicht einen Rechtsstreit mit dem zahlungssäumigen Käufer zu führen, nur damit der Mäkler seinen Lohn erhält (OLG 34, 51). Die Vertragsbestimmung, wonach über den Mäklerlohn „pro rata nach Eingang der Fakturenbeträge" abgerechnet werden soll, kann als Festsetzung eines Fälligkeitstermins (nicht etwa nur als Bedingung) gemeint sein (RG 24. 1. 19 VII 336/18). Über die Frage der Abhängigkeit des Mäklerlohns von der Ausführung bei Kriegsgeschäften s. LZ 1920, 179[4]. — Stirbt der Mäkler vor dem Zustande-

kommen des Geschäfts, so geht damit, da es regelmäßig auf die persönliche Tätigkeit des Mäklers ankommt, das Verhältnis aus dem Mäklervertrage zu Ende. Dagegen hebt der vor dem Zustandekommen des Geschäfts erfolgte Tod des Auftraggebers dieses Verhältnis nicht ohne weiteres auf. Wenn die Erben auf das in Aussicht genommene Geschäft in Kenntnis der Vermittlertätigkeit des Mäklers eingehen (wozu sie an sich nicht verpflichtet sind), so ist damit der Zusammenhang zwischen dieser und dem Geschäftsabschluß begründet (RG 47, 253).

c) **Herbeiführung des Geschäftsabschlusses durch die nachweisende oder vermittelnde Tätigkeit des Mäklers — ursächlicher Zusammenhang** (RG 6. 3. 06 III 205/05; 20. 3. 06 III 492/05; 8. 10. 07 III 54/07). Doch braucht, wenn es sich um den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Vertrags handelt, der vom Mäkler gelieferte Nachweis weder die alleinige noch die hauptsächliche Ursache des späteren Abschlusses gewesen zu sein; genug, wenn er dazu überhaupt mitgewirkt hat (RG 10. 1. 01 VI 312/00; 24. 10. 02 III 260/02; 21. 2. 07 III 334/06; SeuffA 72 Nr 74). Auch genügt bei der Vermittlung eines Geschäfts die Tätigkeit des Mäklers als mitwirkende Ursache, selbst wenn er zu den weiteren Verhandlungen nicht zugezogen worden ist, und beim Geschäftsabschluß nicht er, sondern ein anderer Mäkler mitgewirkt hat, sofern nur dieser Geschäftsabschluß auf der vom erstgenannten Mäkler geschaffenen Grundlage zustande gekommen ist (RG 6, 187; RG JW 01, 90[31]; RG LZ 1915, 976[23]; RG 2. 5. 05 III 443/04; 26. 3. 07 III 280/06; 3. 12. 07 III 191/07). Der Anspruch auf den Mäklerlohn entfällt jedoch, wenn der Mäkler von einer Fortsetzung seiner Tätigkeit, die den Abschluß eines Vertrags herbeizuführen geeignet ist, seinerseits absieht und dadurch den Auftraggeber nötigt, einen anderen Mäkler beizuziehen (RG JW 1913, 685[3]). Ebenso, wenn es überhaupt erst durch die Bemühungen eines anderen Mäklers oder der Vertragsteile selbst zum Abschlusse gekommen ist (SeuffA 74 Nr 133). Steht fest, daß der Mäkler die Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrags nachgewiesen oder zwischen den Parteien vermittelt hat und daß nachher der Vertrag abgeschlossen worden ist, so ergibt sich der Schluß auf den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Abschlusse des Vertrags von selbst, und es ist Sache des Auftraggebers, besondere Umstände darzutun, die den ursächlichen Zusammenhang ausschließen (RG JW 02, 282 Beil 236; RG Gruch 59, 124). Der Anspruch des Mäklers kann auch dann begründet sein, wenn die Verhandlungen längere Zeit unterbrochen waren und ohne seine Mitwirkung oder unter Mitwirkung eines anderen Mäklers zum Abschlusse eines Vertrags führten, vorausgesetzt, daß es sich nur um Fortsetzung der früheren, nicht um völlig neue Verhandlungen handelt (OLG 23, 49; 28, 199). Ferner kann das Erfordernis des ursächlichen Zusammenhangs wegbedungen werden. Doch bedarf dies einer deutlichen Erklärung, im Zweifel ist ein Vertrag mit dem Regelinhalt des § 652 anzunehmen (RG Warn 1914 Nr 118). Anderseits genügt das bloße Vorliegen eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Tätigkeit des Mäklers und dem Vertragsschluß nicht, sondern der Mäkler muß sich, dem Geschäftsherrn erkennbar (s. unten d), bemüht haben, den Vertrag zustande zu bringen (RG JW 1911, 939[3]; RG 11. 10. 19 V 119/19; OLG 18, 17). Der Anspruch auf Mäklerlohn bleibt bestehen wenn der Auftraggeber arglistig, um dem Mäkler die ihm zukommende Provision zu entziehen, unter Umgehung und Hintansetzung des Mäklers den von ihm vermittelten Vertrag mit dem Dritten selbst abgeschlossen hat. Der Auftraggeber haftet ferner nach § 826 auf Schadensersatz, wenn er durch unwahre Angaben den Mäkler von Vermittlungsversuchen zurückhält, um unter Ausschaltung seiner Person Geschäfte abschließen zu können (RG 29. 11. 18 III 254/18). Auch steht dem Mäkler ein Schadensersatzanspruch (nach § 826) gegen den Käufer zu, der behufs Ermäßigung des Kaufpreises den Verkäufer veranlaßt hat, unter Übergehung des von diesem zugezogenen Verkaufsmäklers den Kaufvertrag abzuschließen (RG Warn 09 Nr 142). Ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, daß ein den Vereinbarungen mit dem Mäkler zuwiderlaufender Vertragsabschluß ohne dessen Vermittlung ohne weiteres und auf alle Fälle den Provisionsanspruch des Mäklers begründe, läßt sich jedoch nicht aufstellen. Möglich ist, daß der Auftraggeber, der dem Widerrufsrechte für bestimmte Frist entsagt zugleich sich für den Fall des vertragswidrigen Geschäftsabschlusses ohne Vermittlung des Mäklers schlechthin zur Zahlung des Mäklerlohns verpflichten will, sei es als vertragsmäßige Gegenleistung für dessen Bereitschaft zur Tätigkeit und etwaige bereits entfaltete Tätigkeit, sei es in Form einer Vertragsstrafe (vgl. A 1). Aber ein solcher Vertragswille ist im Einzelfalle nach den jeweiligen Umständen darzutun. In der Regel hat der Bruch der Vereinbarung nur zur Folge, daß der Auftraggeber dem Mäkler schadensersatzpflichtig wird und den Zustand herzustellen hat, der bestehen würde, wenn der Auftraggeber seinen Vertrag gehalten hätte. Kann der Mäkler dann nachweisen, daß er durch seine Vermittlung den Abschluß eines Geschäfts der ihm aufgetragenen Art herbeigeführt hätte, so ergibt sich die Verpflichtung zur Zahlung des Mäklerlohns abzüglich etwaiger Unkosten. Die Annahme, daß in einem solchen Falle die Beweislast sich umkehre, ist nich gerechtfertigt. Der Mäkler genügt seiner Beweislast, wenn er nachweist, daß er innerhalb der ihm gesetzten Frist einen zum Ankauf unter sachgemäßen Bedingungen bereiten und fähigen Vertragschließenden gestellt haben würde. Sache

des Gegenbeweises für den Auftraggeber würde es sein, daß er gleichwohl mit dieser Person bei verständiger Würdigung der Sachlage (seine Laune ist nicht maßgebend) nicht abgeschlossen haben würde (RG 76, 361; RG JW 1911 S. 757[14], 758[15]; OLG 36, 83). Kein Anspruch dagegen auf Mäklerlohn, wenn die vom Mäkler nachgewiesene Gelegenheit zum Vertragsabschluß dem Auftraggeber schon bekannt war (RG 21. 2. 07 III 341/06) oder wenn der Vertragsabschluß durch einen anderen als den ursprünglich zugezogenen Mäkler auf veränderter Grundlage vermittelt wurde (RG 3. 7. 06 III 555/05; 20. 3. 08 III 434/07).

d) **Kenntnis des Auftraggebers beim Abschlusse des Vertrags mit dem Dritten von der dazu mitwirkenden Tätigkeit des Mäklers**, um danach bei Bestimmung des Kaufpreises usw. den dem Mäkler zu zahlenden Lohn berücksichtigen zu können (RG 31, 291; RG Gruch 48, 344; RG 18. 12. 03 III 258/03; 8. 11. 04 III 168/04; 24. 1. 05 III 552/04; 21. 10. 07 III 81/07; 30. 10. 08 III 38/08; OLG 12, 36). Der Auftraggeber braucht sich aber der Ursächlichkeit der Tätigkeit des Mäklers für den Abschluß nicht bewußt gewesen zu sein. Es genügt, wenn die Ursächlichkeit gegeben ist und der Auftraggeber weiß, daß der Mäkler für den Abschluß tätig war (RG 83, 32). Bedient sich der Mäkler zur Vermittlung eines Untermäklers (Vorbem 1 vor § 652), so muß der Auftraggeber auch wissen, daß der Untermäkler für den Mäkler tätig war. Ausnahmsweise ist eine Kenntnis der Vermittlertätigkeit dann nicht zu verlangen, wenn feststeht, daß der Auftraggeber auch bei ihrer Kenntnis nicht anders abgeschlossen haben würde (RG 68, 202; RG Gruch 59, 120).

3. Erst mit der **Erfüllung der aufschiebenden Bedingung** tritt nach § 158 die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Rechtsgeschäfts ein. Daher (unbeschadet abweichender Vereinbarung, A 4) kein Anspruch auf den Mäklerlohn bei Abschluß eines aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfts und Ausfall der Bedingung (RG Warn 1919 Nr 205; SeuffA 72 Nr 73), es müßte denn sein, daß der Auftraggeber den Eintritt der Bedingung wider Treu und Glauben verhindert hat (RG Warn 1919 Nr 205; OLG 4, 241; 20, 215). Anders dagegen beim Abschluß des Vertrags unter einer **auflösenden Bedingung**. Zunächst steht in diesem Falle so viel außer Zweifel, daß der Mäklerlohn mit dem Abschuß des unter einer auflösenden Bedingung eingegangenen Vertrags verdient und seine Fälligkeit nicht bis zu dem möglicherweise in weiter Ferne liegenden Zeitpunkte hinausgeschoben bleibt, wo der Nichteintritt der auflösenden Bedingung feststeht. So auch M 2, 513. Aber auch die fernere, sehr bestrittene Frage, ob nach dem Eintritte der Bedingung und des damit zusammenhängenden früheren Rechtszustandes der Mäklerlohn dem Mäkler verbleibt, wird zu bejahen sein; denn der unter der auflösenden Bedingung abgeschlossene Vertrag ist zunächst wirksam zustande gekommen und damit der Lohn verdient, hiermit aber der Mäklervertrag erledigt. Das Rechtsverhältnis zwischen Auftraggeber und Mäkler auch nach diesem Zeitpunkte noch in der Schwebe zu lassen und den Mäkler möglicherweise nach langer Zeit zur Rückzahlung des von ihm verdienten Lohnes zu verpflichten, entspricht weder der Rechtslage noch der vorauszusetzenden Absicht der Parteien. Die Sache steht vielmehr im Ergebnisse dem Falle gleich, wo der wirksam zustande gekommene Vertrag nachträglich durch Vereinbarung der Parteien oder durch Ausübung des einer von ihnen zustehenden Rücktrittsrechts rückgängig gemacht worden ist, in welchem Falle der Lohnanspruch unbestritten bestehen bleibt (RG 31. 5. 01 III 110/01; RG Warn 1919 Nr 31; RG LZ 1915, 504[4]; OLG 1 402; 20, 216; 28, 196). Diese Auffassung, die übrigens nur im Zweifel anzuwenden ist und eine abweichende Auslegung des Lohnversprechens nach den tatsächlichen Umständen des einzelnen Falles nicht ausschließt, steht auch im Einklang mit dem Wortlaute des Gesetzes, insofern dieses durch die Erwähnung der bei der aufschiebenden Bedingung eintretenden Hinausschiebung der Wirksamkeit des Lohnversprechens und durch die Nichterwähnung der auflösenden Bedingung zum Ausdruck bringt, daß bei der letzteren das Lohnversprechen alsbald mit dem Abschluß des Geschäfts voll und endgültig wirksam werden solle. Vgl. OLG 22, 320; 28 S. 196, 197; 32, 310; 34, 52; 36, 115[1]; 36, 267; LZ 1916, 628[8]; aber auch LZ 1918, 461[9].

4. So auch bei Zurückziehung des Auftrags (RG JW 02, 449[22]; OLG 4, 48). — Durch Vereinbarung der Parteien können die Bestimmungen des § 652, namentlich auch zugunsten des Mäklers, **abgeändert** werden (RG JW 1911, 94[16]). So kann ihm ein Lohn auch für den Fall versprochen werden, daß der zu vermittelnde Vertrag nicht zustande kommt (RG JW 1911, 94[16]), oder nur unter einer Bedingung, oder daß die aufschiebende Bedingung, unter der er abgeschlossen wird, ausfällt (RG Warn 1919 Nr 205; OLG 14, 30). Umgekehrt ist es zulässig, daß sein Anspruch von anderen als den gesetzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht wird, wie z. B. von der Ausführung des zu vermittelnden Vertrags, insbesondere auch vom Eingang der bedungenen Gegenleistung (RG LZ 1915, 504[4]; 1920, 40[8]; RG 8. 11. 19 V 167/19 und oben A 3b). Für die Gebühren und Auslagen der Stellenvermittler s. jedoch Stellenvermittlergesetz v. 2. 6. 10 § 5 Abs 2, 3.

§ 653

Ein Mäklerlohn gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die dem Mäkler übertragene Leistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist[1])[2]).

Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, so ist bei dem Bestehen einer Taxe der taxmäßige Lohn[3]), in Ermangelung einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart anzusehen[4]).

E II 588 III 643; M 2 514; P 2 345.

1. Daß ein **Mäklerlohn** gewährt werden soll, kann ausdrücklich vereinbart sein. Fehlt eine ausdrückliche Vereinbarung, so ist nach Abs 1 zu prüfen, ob ein Lohn als stillschweigend vereinbart zu gelten hat. Ist die Gewährung eines Lohnes ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart, aber seine Höhe nicht bestimmt, dann — aber auch nur dann — ist Abs 2 anzuwenden. § 653 findet keine Anwendung, wenn ein Mäklerlohn ausdrücklich und in bestimmter Höhe versprochen worden ist. Der Mäkler kann daher, wenn ihm ein der Höhe nach bestimmter Lohn unter einer Bedingung versprochen worden ist und die Bedingung nicht eintritt, weder den bestimmten Lohn noch eine angemessene Vergütung verlangen (RG 95, 137; RG LZ 1918, 385[17]; s. auch § 652 A 2b). Hat der mit der Vermittlung eines Vertrags beauftragte Mäkler nur die Gelegenheit zum Abschlusse eines solchen nachgewiesen, so kann er weder den versprochenen Lohn noch etwa eine Vergütung für den Nachweis nach § 653 beanspruchen (OLG 39, 207). Ebenso ist § 653 nicht anzuwenden, ein Lohnanspruch vielmehr überhaupt nicht begründet, wenn der Mäklervertrag z. B. wegen übermäßiger Höhe des vereinbarten Lohnes (Vorbem 3 vor § 652) nichtig ist (RG Warn 1920 Nr 9). Ist ein Mäklervertrag wegen arglistiger, durch den Mäkler verübter Täuschung mit Erfolg angefochten, so kann der Mäkler einen Anspruch auf Vergütung für seine Tätigkeit nicht aus § 653 oder aus HGB § 354 ableiten (RG 9. 10. 17 III 141/17). Lohnversprechen zugunsten des Mäklers (§ 328) im Veräußerungsvertrag s. RG LZ 1914, 941[7]. — Beweislast: Behauptet der beklagte Auftraggeber, es sei beim Abschlusse des Mäklervertrags Unentgeltlichkeit der Vermittlung vereinbart worden, so liegt darin ein Leugnen des Klagegrundes und der klagende Mäkler muß beweisen, daß Unentgeltlichkeit nicht vereinbart worden ist. Dagegen trifft die Beweislast den Auftraggeber, wenn er eine besondere, vom Mäklervertrag unabhängige Vereinbarung der Unentgeltlichkeit behauptet (RG Warn 1914 Nr 14). Ist streitig, ob der Mäklerlohn unbedingt oder nur bedingt, z. B. nur für den Fall der Ausführung des Vertrags und der Bezahlung des Kaufpreises versprochen ist, so muß der Mäkler die Unbedingtheit des Versprechens beweisen (RG LZ 1918, 499[8]). — Der Mäklerlohn braucht nicht in Geld bestimmt zu sein. Er kann bei Vermittlung eines Kaufvertrags auch in einem zugunsten des Auftraggebers zu erzielenden Überpreise bestehen (RG Warn 1919 Nr 31, auch LZ 1918, 584[5]). Über den Fall, daß eine Ware dem Mäkler mit der Klausel „rein netto“ an die Hand gegeben wird, s. SeuffA 73 Nr 203 und LZ 1919, 657[6]. Ist der Mäklerlohn, wie gewöhnlich, in Hundertteilen des Kaufpreises vereinbart, so hat der Mäkler den so berechneten Lohn auch aus einer Erhöhung des Kaufpreises zu beanspruchen, es müßte denn sein, daß die Erhöhung nur als Ersatz von Mehrauslagen bewilligt ist (RG 94, 237). Anderseits kann der Mäkler mangels besonderer Vereinbarung auch nur die vereinbarten Hundertteile verlangen, nicht etwa den ganzen Mehrbetrag, den er über den ihm aufgegebenen Preis zugunsten seines Auftraggebers erzielt hat (RG SeuffA 74 Nr 172). Wird im einzelnen Falle die Höhe des Mäklerlohns (z. B. infolge Veränderung des Wertes des deutschen Geldes) durch Verzug des Vertragsgegners des Auftraggebers ungünstig beeinflußt, so ist letzterer dem Mäkler gegenüber verpflichtet, seine Schadensersatzansprüche gegen den Vertragsgegner, nötigenfalls durch Klage, zu verfolgen. Weigert sich der Auftraggeber, dies zu tun, so muß er sich dem Mäkler gegenüber so behandeln lassen, als hätte er es mit Erfolg getan (RG LZ 1918, 689[3]). — Anspruch des Mäklers auf Rechnungslegung oder Auskunft vgl. RG 53, 252.

2. **Stillschweigende Vereinbarung.** Vgl. §§ 612, 632. So regelmäßig bei gewerbsmäßigem Betriebe des Mäklergeschäfts, vorausgesetzt, daß im einzelnen Falle die Leistung dem Mäkler (rechtsverbindlich) übertragen, dieser nicht etwa unaufgefordert tätig geworden ist. Freilich wird einem gewerbsmäßigen Mäkler der Auftrag zur Vermittlung eines Vertrags nicht selten stillschweigend erteilt, insbesondere dadurch, daß der Geschäftsherr sich die Dienste des Mäklers gefallen läßt. Dies setzt aber voraus, daß der Geschäftsherr erkannte oder wenigstens erkennen mußte, der Mäkler sei für ihn und nicht etwa für die Gegenpartei tätig, und daß er die Tätigkeit des Mäklers nur gegen eine von ihm zu zahlende Vergütung erwarten konnte (RG JW 05, 138[17]; RG 11. 10. 19 V 119/19; OLG 4, 47). Tritt der Mäkler als Beauftragter der Gegenpartei auf, so liegt regelmäßig darin, daß die Partei sich die Dienste gefallen läßt, kein Abschluß eines Mäklervertrags (RG Warn 1910 Nr 318;

RG JW 1917, 101[2]). Bei der Frage, ob die Leistung des Mäklers den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist, kommt es aber in allen Fällen nur auf die tatsächlichen Verhältnisse, nicht auf die Meinung der Beteiligten an. Wer die Dienste eines Mäklers in Anspruch nimmt, ist daher unter der Voraussetzung des Abs 1 zur Bezahlung eines Lohnes auch dann verpflichtet, wenn er irrig angenommen hat, es werde ein Lohn von ihm nicht verlangt werden (RG 95, 137). — Das nachträgliche Versprechen einer Vergütung für eine — mit oder ohne Erfolg — bereits geleistete Vermittlertätigkeit ist keine Schenkung (RG JW 1911, 94[16]; RG LZ 1915, 436[2]). Vgl. dazu für den Dienstvertrag § 612 A 2.

3. **Höhe der Vergütung.** Bei Grundstücksverkäufen in der Regel ein Hundertteil der Kaufsumme. Für Vermittlung der Vermietung von Gastwirtschaftsräumen s. OLG 28, 200. Die früheren Bestimmungen der Landesgesetze, insbesondere der kurhessischen Verordnung vom 20. August 1800, über einen auch durch Parteivereinbarung nicht zu überschreitenden Höchstbetrag des Mäklerlohns, sind beim Mangel eines Vorbehalts im Einführungsgesetze nach Art 55 dieses Gesetzes für aufgehoben zu erachten (RG 68, 195; JW 08, 321[1]). Vgl. §§ 612 A 3, 632 und für Stellenvermittler das Ges. v. 2. 6. 10 (Vorbem 2) § 5.

4. Ein solcher **üblicher Lohn** kann nicht nur für die Vergütung der Tätigkeit des gewerbsmäßigen Vermittlers, sondern auch für diejenige des nicht gewerbsmäßigen zugrunde gelegt werden (RG 27. 11. 08 III 143/08). Der Mäkler, der den üblichen Lohn verlangt, muß im Streitfalle auch beweisen, daß nicht ein anderer (niedrigerer) Lohn vereinbart worden ist (OLG 6, 86). Besteht keine Taxe und kann auch ein üblicher Lohn nicht festgestellt werden, so sind §§ 315, 316 anzuwenden (OLG 8, 439).

§ 654

Der Anspruch auf den Mäklerlohn und den Ersatz von Aufwendungen ist ausgeschlossen[1]), wenn der Mäkler dem Inhalte des Vertrags zuwider auch für den anderen Teil tätig gewesen ist[2]).

M 2 514 ff; P 2 348.

1. Dieser **Ausschluß** tritt beim Vorhandensein der angegebenen Voraussetzung ipso iure ein. Eine Verwirkung des Mäklerlohns kann aber auch in anderen Fällen bei Verletzung der Treu- und Sorgfaltspflicht des Mäklers stattfinden (§ 652 A 2a). Ferner kann in allen Fällen neben der Verwirkung des Mäklerlohns auch eine weitergehende Schadensersatzpflicht des Mäklers begründet sein. Ein Verschulden seiner Gehilfen, z. B. eines Untermäklers, muß sich der Mäkler nach dem Grundsatze des § 278 wie eigenes Verschulden anrechnen lassen. Vertragliche Haftung des Mäklers gegenüber dem anderen Teile s. RG JW 1917, 101[2]; OLG 36, 115.

2. Das **Tätigsein für den anderen Teil,** sowie die Annahme eines Mäklerlohns von diesem ist dem Mäkler nicht unter allen Umständen, sondern nur dann untersagt, wenn es dem Inhalte des Vertrags, insbesondere einer ausdrücklichen Abrede, oder bei vorhandenem Widerstreit der Interessen dem Interesse des Auftraggebers zuwiderläuft (RG 10. 12. 06 IV 222/06; 25. 10. 07 III 148/07). In letzterer Beziehung kommt es wesentlich darauf an, ob nach dem Inhalte des Mäklervertrags der Mäkler nur als unparteiischer Vermittler für das Zustandekommen eines Vertrags überhaupt (so vielfach bei Grundstücksvermittlungen, RG LZ 1915, 504[5]) oder (was z. B. aus der ungewöhnlichen Höhe des versprochenen Lohnes zu folgern sein kann, RGSt JW 05, 752[46]) als Vertrauensmann des einen Teiles und ausschließlich in dessem Interesse tätig sein sollte (RG JW 1913, 200[11]). Ist der Mäkler nicht Vertrauensmann des einen Teiles, so z. B. auch, wenn er nur den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrags zu erbringen hat (vgl. RG SeuffA 56 Nr 24), so kann er, unbeschadet seines Anspruchs auf den Mäklerlohn, auch dann für den anderen Teil tätig werden, wenn sein Auftraggeber nichts von dieser Tätigkeit weiß. Soll er aber als Vertrauensmann seines Auftraggebers tätig werden, dann kommt es regelmäßig auf dessen Kenntnis von der Tätigkeit des Mäklers an (RG 25. 1. 19 V 316/18). Handelt der Mäkler in dieser Vertrauensstellung der übernommenen Verpflichtung zuwider auch für den anderen Teil, drückt er z. B. als Vertrauensmann des Verkäufers zu dessen Ungunsten und zugunsten des Käufers den Kaufpreis herunter, so kann er einen Mäklerlohn von seinem Auftraggeber nicht beanspruchen (RG 12. 4. 07 III 415/06; 13. 12. 07 III 202/07; SeuffA 64 Nr 89). Hatte der Auftraggeber den Mäklervertrag mit Kenntnis von der für den anderen Teil in Aussicht stehenden Tätigkeit des Mäklers (z. B. mit Kenntnis eines vom anderen Teile gegebenen Lohnversprechens, RG 15. 11. 19 V 220/19) abgeschlossen, so kann er sich nachträglich auf § 654 nicht berufen (RG JW 1913, 641[4]). In gleicher Weise kann zu entscheiden sein, wenn der Auftraggeber beim Abschlusse des vermittelten Vertrags mit dem anderen Teile von einer Doppeltätigkeit des Mäklers Kenntnis hatte. Sofern indessen eine ausdrückliche Verabredung des Mäklers mit seinem Auftraggeber über die Doppeltätigkeit nicht vorliegt, ist über deren Zulässig-

keit nach der gesamten Sachlage des einzelnen Falles zu entscheiden. S. angef. RG JW 1913, 200[11]. Zu weit ginge die Annahme, daß der Mäkler, wenn der Auftraggeber wissentlich ein Tätigwerden für einen anderen geschehen ließ, immer seinem Auftraggeber gegenüber im Falle des Zustandekommens des Vertrags Anspruch auf den Mäklerlohn habe. Denn selbst wenn der Mäkler mit Kenntnis seines Auftraggebers auch für den anderen Teil tätig wird, so bleibt er doch mindestens insoweit immer noch die Vertrauensperson des ersteren Auftraggebers, daß er ihn nicht durch sittenwidrige Mittel zugunsten des anderen Teiles zu einem unvorteilhaften Entschlusse verleiten darf (RG JW 1913, 641[4]; RG 15. 11. 19 V 220/19). Im übrigen ist der Mäkler, wenn seine Tätigkeit für beide Teile nicht zu beanstanden ist, nicht gehindert, beim Abschluß des Vertrags von jedem dieser Teile den vollen Lohn in Anspruch zu nehmen. S. jedoch bezüglich der Stellenvermittler § 5 Abs 2 des Stellenvermittlergesetzes v. 2. 6. 10. Wenn der vom Mäkler vermittelte Vertrag zustande gekommen, der Auftraggeber aber vom Mäkler durch unwahre Angaben über die Vermögensverhältnisse der zahlungsunfähigen Gegenpartei irregeführt und geschädigt worden ist, so geht der Anspruch des Auftraggebers gegen den Mäkler nicht auf Rückzahlung des Mäklerlohns, sondern auf Schadensersatz (SeuffA 64 Nr 128).

§ 655

Ist für den Nachweis der Gelegenheit zum Abschluß eines Dienstvertrags[1]) oder für die Vermittelung eines solchen Vertrags ein unverhältnismäßig hoher Mäklerlohn vereinbart worden, so kann er auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden[2]). Nach der Entrichtung des Lohnes ist die Herabsetzung ausgeschlossen.

KB 1980.

1. Dienstvertrag, und zwar nicht nur der Gesindevertrag, sondern auch der **auf höhere Dienstleistungen** gerichtete Vertrag. Hierunter fällt also auch die Tätigkeit der sog. Placierungsbureaus und Artistenagenten. Bei Vermittlung anderer Verträge findet eine Herabsetzung nicht statt.

2. Richterliches Ermäßigungsrecht. Bei der Prüfung, ob der Mäklerlohn angemessen oder unverhältnismäßig hoch ist, muß dieser als einheitliches Ganzes betrachtet werden. Ein in Hundertteilen fortlaufender Bezüge zu entrichtender Mäklerlohn kann daher sowohl durch Ermäßigung der Hundertteile als auch durch Verkürzung der Zeitdauer herabgesetzt werden. Auch allgemein übliche (oder in polizeilich genehmigten Tarifen enthaltene) Lohnsätze können herabgesetzt werden, wenn sie unverhältnismäßig hoch sind (RG JW 07, 512[12]). — Das Versprechen eines unverhältnismäßig hohen Lohnes kann aber auch, und zwar nicht nur, wenn es sich um Dienstverträge handelt, die Nichtigkeit des Mäklervertrags begründen (Vorbem 3 vor § 652). — Bei gewerbsmäßiger Stellenvermittlung greifen jetzt die Vorschriften des Stellenvermittlergesetzes v. 2. 6. 10 §§ 4, 5 ein.

3. Keine Rückforderung gezahlter Beträge. Wird bei Teilzahlungen der angemessene Betrag des Mäklerlohns durch die bisherigen Leistungen erreicht, dann findet die Herabsetzung des Lohnes dadurch statt, daß der Anspruch auf weitere Zahlungen wegfällt (RG JW 07, 512[12]).

§ 656

[1]) Durch das Versprechen eines Lohnes für den Nachweis der Gelegenheit zur Eingehung einer Ehe oder für die Vermittelung des Zustandekommens einer Ehe wird eine Verbindlichkeit nicht begründet[2]). Das auf Grund des Versprechens Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat[3]).

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der andere Teil zum Zwecke der Erfüllung des Versprechens dem Mäkler gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht, insbesondere für ein Schuldanerkenntnis[4]).

M 2 511.

1. Ehemäklerlohn. Die Vorschrift gilt auch dann, wenn dem Auftraggeber die Eheschließung nur das Mittel zur Erreichung eines wirtschaftlichen Zweckes (z. B. der Verschaffung von Geldmitteln) ist (OLG 34, 54), trifft aber anderseits nicht jede Tätigkeit, die das Zustandekommen einer Ehe möglich machen soll, z. B. nicht die Bemühungen eines Rechtsanwalts, die elterliche Einwilligung oder ihre Ersetzung durch das Vormundschaftsgericht (§§ 1305ff.) oder die Befreiung von Ehehindernissen (§ 1322) zu erwirken (RG JW 06, 713[10]). — Ist

der Lohn vor dem Inkrafttreten des BGB versprochen, der Erfolg der Mäklertätigkeit aber, d. h. das Zustandekommen der Ehe, erst nach dieser Zeit eingetreten, so ist § 656 nicht anwendbar (RG 46 S. 152, 177; 57, 21; RG Gruch 46, 908).

2. **Kein klagbarer Anspruch** (vgl. § 762), obwohl das Versprechen an sich nicht als unsittlich gilt, sondern nur als ungeeignet zur Begründung eines klagbaren Anspruchs. Durch § 656 wird auch die Klagbarkeit eines Anspruchs auf Erstattung der durch die Ehemäklertätigkeit erwachsenen Auslagen (wozu indessen die Kosten von bloßen Heiratsanzeigen nicht ohne weiteres zu rechnen sind) ausgeschlossen (RG SeuffBl 71, 577). Ebensowenig kann für den Anspruch auf Ehemäklerlohn ein gültiges Pfandrecht bestellt werden. Dagegen entbehrt ein Vergleich, durch den die Parteien den Streit darüber schlichten, ob ein zwischen ihnen geschlossener Vertrag ein gültiger Dienstvertrag oder ein klagloser Ehevermittlungsvertrag sei, nicht deshalb der Wirksamkeit, weil in Wahrheit ein Vertrag der letzteren Art vorliegt (RG 23. 10. 06 VII 44/06). Vgl. § 762 A 4.

3. **Keine Rückforderung** gemäß §§ 812ff. Ist jedoch die Eingehung der Verbindlichkeit aus einem anderen Grunde, insbesondere wegen Betrugs und Zwanges anfechtbar, so ist die Zurückforderung zulässig.

4. **Schuldanerkenntnis.** Ist auf Grund eines derartigen unwirksamen Lohnversprechens der Auftraggeber dem Mäkler gegenüber eine Wechselverbindlichkeit eingegangen oder hat er ein schriftliches Schuldanerkenntnis abgegeben, so ist auch eine solche urkundliche Verpflichtung zur Begründung eines Rechtsanspruchs ungeeignet, weil darin eine Leistung im Sinne des § 656 Abs 1 Satz 2 nicht zu erblicken ist (vgl. RG SeuffBl 71, 577; OLG 4, 236). Der Auftraggeber kann daher vom Mäkler nach § 812 die Herausgabe des Wechsels oder, wenn er von einem gutgläubigen Erwerber zur Bezahlung gezwungen worden ist, die Herausgabe des vom Mäkler darauf empfangenen Wertes und, falls der Mäkler den Wechsel in der Absicht begeben hat, dem Auftraggeber den Einwand aus § 656 abzuschneiden, also einen vom Gesetz gemißbilligten Vermögensvorteil zu erlangen, nach § 826 BGB Schadensersatz beanspruchen. Vgl. § 762 A 4.

Neunter Titel

Auslobung

In betreff der rechtlichen Gestaltung der Auslobung ist streitig, ob hierbei ein Vertragsantrag an eine unbestimmte Person mit Annahme des Antrags durch die Ausführung der erforderten Handlung (Vertragstheorie), oder ein für sich rechtswirksames einseitiges Versprechen mit tatsächlicher Erfüllung der gestellten Bedingung durch den Handelnden (Pollizitationstheorie) vorliegt. Nach der unzweideutigen Fassung und namentlich nach den letzten Worten des § 657 wird man der zweiten Annahme den Vorzug geben und, als Ausnahme von § 305, ebenso wie bei der Schuldverschreibung auf den Inhaber § 793, die einseitige Erklärung als Verpflichtungsgrund anzusehen haben (s. auch M 2, 519). Zu ihrer Rechtswirksamkeit muß diese Erklärung den allgemeinen Erfordernissen genügen, darf insbesondere nicht gegen Treu und Glauben und nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen (§§ 134, 138), der erforderlichen Ernstlichkeit nicht entbehren, sich also nicht als bloße marktschreierische Ankündigung darstellen (§ 118). Die Erklärung kann auch von dem Auslobenden selbst wegen Irrtums, Betrugs und Drohung (§§ 119 ff.) angefochten werden — eine Anfechtung, die, wenn sie nicht einer bestimmten Person gegenüber geschehen kann, in derselben Form wie die Auslobung selbst zu bewirken ist, und namentlich bei vorliegendem Verzicht auf den Widerruf (§ 658 Abs 2) von praktischer Bedeutung werden kann.

§ 657

Wer durch öffentliche Bekanntmachung[1]) eine Belohnung[2]) für die Vornahme einer Handlung, insbesondere für die Herbeiführung eines Erfolges[3]), aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, welcher die Handlung vorgenommen hat, auch wenn dieser nicht mit Rücksicht auf die Auslobung gehandelt hat[4]).

E I 581 II 589; M 2 518 ff.; P 2 347.

1. **Die Öffentlichkeit der Bekanntmachung,** d. h. die Zugänglichkeit für jedermann, ist wesentlich. Beim Mangel der Öffentlichkeit, also z. B. bei Bekanntmachung innerhalb einer geschlossenen Privatgesellschaft, ist das Versprechen nur als ein Vertragsantrag des Versprechenden, der durch nachträgliche Annahme mittels Ausführung der erforderlichen Handlung bindend wird, aufrechtzuerhalten. Im übrigen kann die Auslobung sich an bestimmte Klassen von

Personen, an Künstler, Techniker usw., ja auch an einen bestimmten Kreis von Personen (z. B. Angehörige einer bestimmten Gemeinde, eines bestimmten Regiments) richten, in schriftlicher oder mündlicher Form geschehen, von einer natürlichen oder einer juristischen Person oder von einer öffentlichen Behörde, z. B. von einer Polizeibehörde (Belohnung für die Entdeckung eines Verbrechens oder für die Ergreifung eines Verbrechers), in gleich wirksamer Weise ausgehen. Durch den Tod des Auslobenden oder durch den späteren Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit wird die durch die Auslobung begründete Verpflichtung nicht aufgehoben; vielmehr gehen in diesen Fällen die Rechte (auch das des Widerrufs nach § 658) und die Pflichten des Auslobenden auf seine Erben oder auf den ihm bestellten gesetzlichen Vertreter über.

2. **Belohnung,** und zwar Geld oder ein sonstiger Vermögensvorteil.

3. Daß die **Handlung** oder der **Erfolg** dem Nutzen oder auch nur dem Wunsche des Auslobenden oder einer anderen Person oder dem öffentlichen Interesse entspreche, ist nicht erforderlich. Der gewöhnliche Fall ist die Aussetzung einer Belohnung für eine Werkleistung, z. B. für die Herbeischaffung eines gestohlenen Gemäldes, für eine bestimmte Fliegerleistung; es kann aber auch irgendein beliebiges Verhalten, einschließlich der Unterlassung, z. B. langjährige treue Dienstleistung bei dem nämlichen Dienstherrn, als Bedingung gesetzt werden. Dagegen läßt die Fassung des Gesetzes deutlich erkennen, daß ein Ereignis, für dessen Eintritt der einzelne nicht irgendwie, auch nicht im Zusammenwirken mit anderen, tätig zu werden vermag, bei der Auslobung keine geeignete Bedingung bilden kann. In solchen Fällen kommt namentlich der Schenkungsvertrag in Frage. — Wird die Handlung mehrmals oder von mehreren vorgenommen, so sind die §§ 559, 560 anzuwenden.

4. **Zeit der Handlung.** Im allgemeinen ist davon auszugehen, daß die Handlung auch schon vor der Auslobung vorgenommen sein kann, es sei denn, daß es dem Auslobenden gerade auf die spätere Vornahme ankam. Eine Fristbestimmung (§ 658 Abs 2) ist, abgesehen von § 661 Abs 1, nicht erforderlich. Darüber, ob die ausgesetzte Belohnung verdient sei, hat, abgesehen von § 661, im Streitfalle nicht der Auslobende, sondern das Gericht zu entscheiden.

§ 658

Die Auslobung kann bis zur Vornahme der Handlung widerrufen werden[1]). Der Widerruf ist nur wirksam, wenn er in derselben Weise wie die Auslobung bekanntgemacht wird oder wenn er durch besondere Mitteilung erfolgt[2]).

Auf die Widerruflichkeit kann in der Auslobung verzichtet werden; ein Verzicht liegt im Zweifel in der Bestimmung einer Frist für die Vornahme der Handlung.

E I 582 II 590; M 2 521 ff; P 2 347.

1. Entscheidend ist die Vornahme, d. h. Vollendung der Handlung. Der **Widerruf** ist daher auch noch während der Vorbereitung und selbst während der Ausführung der betreffenden Handlung zulässig. Im Falle des Widerrufs kein Anspruch auf Ersatz des durch etwaige Vorbereitungshandlungen verursachten Aufwandes (M 2, 522). Wer nach dem wirksamen Widerruf die verlangte Handlung vornimmt oder vollendet, erwirbt einen Anspruch gegen den Auslobenden auch dann nicht, wenn er ohne sein Verschulden von dem Widerruf nichts weiß. — Die Anfechtung der Auslobung wegen Willensmängeln wird durch § 658 nicht berührt (vgl. Vorbem vor § 657). — Über den Einfluß des Todes des Auslobenden s. § 657 A 1.

2. **Form des Widerrufs.** Die Bekanntmachung muß „in derselben Weise wie die Auslobung" geschehen. Unwesentliche Abweichungen schaden nicht; wesentlich ist, daß der Widerruf genügend bekannt wird. Die besondere Mitteilung des Widerrufs, die nur der damit bedachten Person gegenüber wirksam ist, wird namentlich am Platze sein, wenn bereits die Auslobung dieser Person mitgeteilt oder dem Auslobenden bekannt geworden ist, daß sie an die Vorbereitung herangegangen sei. Im übrigen ist die besondere Mitteilung neben der öffentlichen Bekanntmachung des Widerrufs nicht erforderlich.

§ 659

[1]) Ist die Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, mehrmals vorgenommen worden, so gebührt die Belohnung demjenigen, welcher die Handlung zuerst vorgenommen hat[2]).

Ist die Handlung von mehreren gleichzeitig vorgenommen worden, so gebührt jedem ein gleicher Teil der Belohnung. Läßt sich die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit nicht teilen oder soll nach dem Inhalte der Auslobung nur einer die Belohnung erhalten, so entscheidet das Los[3]).

E I 583 II 591; M 2 523; P 2 348.

1. Sowohl für den in diesem, als für den im folgenden Paragraphen geregelten Fall kann der **Auslobende eine abweichende Bestimmung** treffen, welche alsdann der gesetzlichen vorgeht.

2. **Der zeitliche Vorrang entscheidet.** Wer hiernach die Belohnung verdient hat, kann darauf nicht einseitig mit der Wirkung verzichten, daß nun ohne weiteres die Belohnung dem nachstehenden Bewerber zufällt; er kann aber diesem den erworbenen Anspruch abtreten; eine solche Abtretung kann auch unter Umständen in einem „Verzichte zugunsten des nächsten Bewerbers" zu finden sein.

3. **Mehrere Berechtigte.** Zur Verteilung und zur Vornahme der Verlosung ist der Auslobende berechtigt und verpflichtet, unbeschadet der gerichtlichen Entscheidung über die Gültigkeit seiner Verteilung.

§ 660

Haben mehrere zu dem Erfolge mitgewirkt[1]), für den die Belohnung ausgesetzt ist, so hat der Auslobende die Belohnung unter Berücksichtigung des Anteils eines jeden an dem Erfolge nach billigem Ermessen unter sie zu verteilen[2]). Die Verteilung ist nicht verbindlich, wenn sie offenbar unbillig ist; sie erfolgt in einem solchen Falle durch Urteil[3]).

Wird die Verteilung des Auslobenden von einem der Beteiligten nicht als verbindlich anerkannt, so ist der Auslobende berechtigt, die Erfüllung zu verweigern, bis die Beteiligten den Streit über ihre Berechtigung unter sich ausgetragen haben; jeder von ihnen kann verlangen, daß die Belohnung für alle hinterlegt wird[4]).

Die Vorschrift des § 659 Abs 2 Satz 2 findet Anwendung.

E II 591; M 2 523; P 2 348.

1. **Mitwirkung mehrerer,** z. B. zur Ergreifung eines flüchtigen Verbrechers (**RG** 11, 281).

2. Die **Verteilung** steht dem Auslobenden zu. Sie kann auch nur **einem der Beteiligten** gegenüber rechtswirksam geschehen. Wird sie von den Beteiligten oder durch einen von ihnen als unbillig beanstandet, so ist von diesen **untereinander,** ohne Heranziehung des Auslobenden, durch Feststellungsklage die gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. — Abweichende Bestimmung des Auslobenden s. § 659 A 1.

3. **Offenbare Unbilligkeit.** Vgl. § 319. Nach der Zweckbestimmung des § 660 (Durchführung der Verteilung) tritt das **Gericht** auch dann **an die Stelle des Auslobenden,** wenn er — abgesehen von den Fällen des Todes und der Geschäftsunfähigkeit (§ 657 A 1) — die Verteilung nicht vornehmen kann oder wenn er sie nicht vornehmen will und er dies ausdrücklich erklärt hat oder das von den Beteiligten gegen ihn beantragte Zwangsverfahren nach ZPO § 888 ohne Erfolg geblieben ist.

4. Der Auslobende ist auch ohnedies zur **Hinterlegung** nach § 372 befugt.

§ 661

Eine Auslobung, die eine Preisbewerbung zum Gegenstande hat[1]), ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt wird[2]).

Die Entscheidung darüber, ob eine innerhalb der Frist erfolgte Bewerbung der Auslobung entspricht oder welche von mehreren Bewerbungen den Vorzug verdient, ist durch die in der Auslobung bezeichnete Person, in Ermangelung einer solchen durch den Auslobenden zu treffen[3]). Die Entscheidung ist für die Beteiligten verbindlich[4]).

Bei Bewerbungen von gleicher Würdigkeit finden auf die Zuerteilung des Preises die Vorschriften des § 659 Abs 2 Anwendung.

Die Übertragung des Eigentums an dem Werke kann der Auslobende nur verlangen, wenn er in der Auslobung bestimmt hat, daß die Übertragung erfolgen soll[5]).

E I 584 II 592; M 2 523 ff.; P 2 350.

1. Die **Auslobung in bezug auf eine Preisbewerbung** (sog. Preisausschreiben) kann für eine Leistung auf dem Gebiete der Wissenschaft, der Kunst, der Technik, des Sportes usw. geschehen. Der Bewerber muß davon Kenntnis haben und daraufhin rechtzeitig seine Bewerbung erklären.

2. Die **Fristbestimmung** ist nach Inhalt der Motive für notwendig erachtet worden, weil ohne diese der Auslobende immer noch auf eine bessere Leistung warten und die Entscheidung auf unabsehbare Zeit hinausschieben könnte. Die Fristbestimmung macht die Auslobung „im Zweifel" unwiderruflich (§ 658 Abs 2). Der Fristablauf hat zur Folge, daß nunmehr einesteils der Auslobende in keinem Falle mehr widerrufen (§ 658 Abs 1), anderenteils eine Bewerbung nicht mehr stattfinden kann.

3. Der **Preisrichter** und der **Auslobende** sind dabei an die Vorschriften der §§ 317—319, insbesondere auch des § 317 Abs 2, nicht gebunden. Stimmenmehrheit der Preisrichter, deren Stellung der von Schiedsrichtern ähnlich ist, muß als entscheidend angesehen werden. Der Auslobende wird auch dann einzutreten haben, wenn der Preisrichter die Entscheidung nicht treffen kann oder will (Enneccerus I § 379 IV 2).

4. Also **im Rechtswege nicht weiter anfechtbar.** Vgl. dazu die oben angeführte Entsch. des **RG** 11, 281 und JW 08, 645.

5. Die **Übertragung des Eigentums** umfaßt in dem angegebenen Falle auch das sog. geistige Eigentum, und zwar ohne weitere Vergütung von seiten des Auslobenden.

Zehnter Titel

Auftrag

1. Der 10. u. 11. Titel handeln von der **Geschäftsbesorgung,** der erstere von der Geschäftsbesorgung kraft Auftrags, der letztere von der Geschäftsbesorgung, hier Geschäftsführung genannt, ohne Auftrag. Während die §§ 662—674 des 10. Titels ferner den eigentlichen Auftrag regeln, dessen wesentlichstes Merkmal nach dem BGB die Unentgeltlichkeit ist, schließt § 675 eine Bestimmung an, die einer Reihe der Vorschriften des Titels auch für Dienst- und Werkverträge entsprechende Anwendung verschafft, sofern diese eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben. Erst durch diesen § 675 wird den Rechtsregeln des 10. Titels eine größere Bedeutung und ein weiteres Anwendungsgebiet verliehen, da der Auftrag im Sinne des § 662 im heutigen Verkehrsleben keinen breiten Raum einnimmt. In § 676 ist dem Titel eine Regelung der Schadensersatzpflicht aus Rat und Empfehlung angehängt, die wegen einer gewissen Verwandtschaft des Stoffs hier ihre Stelle gefunden hat.

2. Der Begriff der **Geschäftsbesorgung** in den §§ 662, 675, 677 (vgl. dazu ferner §§ 831 Abs 2, 1357 Abs 1, 196 Nr 1 u. 7 BGB, § 354 Abs 1 HGB, §§ 23 u. 27 KO) ist viel umstritten. Während die einen den Begriff auf die Vornahme von Rechtsgeschäften und Rechtshandlungen für einen Dritten beschränken wollen, begreifen darunter andere jede beliebige Art einer für einen andern geleisteten Tätigkeit. Mit dem Streit hierüber hängt der andere zusammen, ob der Begriff der Geschäftsbesorgung in den §§ 662 u. 677 derselbe sei wie in § 675, oder ob er für den letzteren Paragraphen einen engeren Inhalt habe, und endlich, ob die Bestimmung des § 675 sich auf alle Dienst- und Werkverträge erstrecke oder nur für einen abgesonderten Teil von diesen Geltung beanspruche. Der Umstand, daß § 675 seine Stelle in dem Titel vom Auftrage erhalten hat, dessen Bestimmungen gleich der des § 675 eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, spricht deutlich dafür, daß der Begriff der Geschäftsbesorgung in § 675 denselben Inhalt haben soll wie in dem Titel überhaupt, ganz abgesehen davon, daß derselbe Begriff in demselben Gesetzbuche nicht ohne Not für verschiedene Einzelbestimmungen verschieden aufgefaßt werden darf. Daraus aber, daß § 675 diejenigen Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, aus dem ganzen Kreise der Dienst- und Werkverträge aussondert und von anderen Verträgen dieser Art unterscheidet, ergibt sich des weiteren, daß die Geschäftsbesorgung nicht schlechthin alle Dienstleistungen umfassen kann. Daß § 675 auf die für den Auftrag gegebenen Bestimmungen zur entsprechenden Anwendung verweist, bedeutet hiernach, daß die entgeltlichen Verträge, die dieselben Leistungen zum Gegenstande haben wie der unentgeltliche Auftrag, in gewissen Beziehungen auch rechtlich diesem gleich behandelt werden sollen. — Das Merkmal, das die Leistungen des Auftrags und der Geschäftsführung ohne Auftrag, sowie der Dienst- und Werkverträge des § 675 von anderen rechtlich erheblichen Tätigkeiten zunächst unterscheidet,

ist das Handeln für einen andern (vgl. § 677). Die Besorgung einer Angelegenheit für einen andern ist die Vornahme einer Tätigkeit, die an und für sich der Sorge dieses andern obliegen würde und in dessen Interessenbereich fällt, in seinem Interesse. Nicht dagegen notwendig in seiner Vertretung, an seiner Stelle; daß der andere die Tätigkeit sonst selbst vorzunehmen hätte und vornehmen könnte, ist nicht erforderlich. Sie muß nur Gegenstand seiner Sorge sein, und diese Sorge muß ihm durch die Besorgung seitens des Handelnden abgenommen werden. Daß ferner die Angelegenheit ein Geschäft sein muß, bedeutet einmal, daß ihr eine wirtschaftliche Beziehung anhaften, sodann, daß eine Tätigkeit Gegenstand der Besorgung sein muß. Ein bloß duldendes Verhalten, ein Gewährenlassen oder ein Unterlassen sind keine Geschäfte (so die Gestattung des Mitfahrens in einem ohnehin fahrenden Wagen), auch nicht die bloße Verwahrung, bei der nicht zugleich eine Tätigkeit übernommen wird (RG 65, 17). Tätigkeiten ferner, die keinen wirtschaftlichen Zweck, keinen Zusammenhang mit dem Vermögen haben, sind wiederum keine Geschäfte. Im übrigen aber kann Gegenstand der Geschäftsbesorgung jede Tätigkeit rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein; weder technische und mechanische noch wissenschaftliche Tätigkeiten sind an sich ausgeschlossen, sofern sie nur den vorgedachten Voraussetzungen entsprechen und eine Besorgung für einen Dritten zulassen. Durch das Merkmal der Sorge für einen andern, die zugleich eine Betätigung des Willens und der Überlegung einschließt, unterscheidet sich die Geschäftsbesorgung wesentlich von der bloßen Leistung von Diensten wirtschaftlicher Art, und dadurch sondern sich auch die Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, von andern Dienst- und Werkverträgen: Dienste im engeren Sinne werden an einen andern geleistet, Geschäfte werden für ihn besorgt; vgl. in § 831 die Scheidung von Verrichtung — dem weiteren Begriff — in Abs 1 Satz 1 und Geschäftsbesorgung in Abs 1 Satz 2 und Abs 2 (Auswahl der Personen, Beschaffung der Gerätschaften, Leitung der Verrichtung). Geschäftsbesorgung ist hiernach eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlichen Charakters, die im Interesse eines andern vorgenommen wird (RG 97, 65). Regelbeispiele der Geschäftsbesorgung sind die Tätigkeiten des Rechtsanwalts (RG JW 1914, 468[8], 870[10]), des Liquidators einer offenen Handelsgesellschaft, wenn er nicht selbst Gesellschafter ist (RG Warn 1913 Nr 160), des Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft (RG 81, 153), des Notars und des Gerichtsvollziehers, soweit deren Tätigkeit nach vertraglichen Gesichtspunkten betrachtet werden kann (vgl. darüber A 1 zu § 675), des Kommissionärs und des Agenten, des Haus- und des Gutsverwalters, des Hausmeisters und des Pförtners, des Gasthofleiters und des Oberkellners, des Fabrikleiters des bauleitenden Architekten, des Werkmeisters und des Poliers. Angelegenheiten der Geschäftsbesorgung sind auch die Tätigkeiten in Treuhänderverhältnissen (RG 83, 71; 84, 214; 91, 12; Warn 09 Nr 84; 1913 Nr 136). Der Arzt, der einen Kranken behandelt, besorgt diesem gegenüber kein Geschäft; er leistet ihm Dienste; wohl aber besorgt der Arzt ein Geschäft, der für einen unterstützungspflichtigen Armenverband die Behandlung eines Kranken übernimmt, oder der in seiner Heilanstalt die Ehefrau oder ein Kind für den unterhaltspflichtigen Ehemann oder Vater behandelt und verpflegt, da er diesem eine wirtschaftliche Sorge abnimmt (vgl. RG JW 1913, 1147[4]). Der Bauleiter ist Geschäftsbesorger, nicht aber der Bauunternehmer. Der Arbeiter, der auf Bestellung des zur Straßenreinigung verpflichteten Hausbesitzers bei Glatteis streut, führt eine Verrichtung aus, kein Geschäft; zum Geschäfte wird seine Tätigkeit jedoch, wenn er zugleich die Wachsamkeit darüber übernommen hat, daß bei Eintritt des Bedürfnisses und zu rechter Zeit gestreut wird. Von der Übernahme einer Bürgschaft als Geschäftsbesorgung für den Schuldner handeln RG 59, 10 u. 207, sowie JW 07, 831[8]. Die Erteilung einer Auskunft oder eines Rates ist keine Geschäftsbesorgung; wohl aber kann dies die Beschaffung von solchen, die Einziehung einer Auskunft über die Kreditverhältnisse eines Kaufmanns, sein (RG JW 1910, 808[22]; 8. 5. 11 VI 245/10). — Bei der hier gegebenen Begriffsbestimmung der Geschäftsbesorgung fehlt es freilich für diejenigen unentgeltlichen Dienste, die nicht in den Kreis der wirtschaftlichen Tätigkeit für einen andern fallen, an einer besonderen Regelung; gegen eine entsprechende Anwendung der für die Geschäftsbesorgung gegebenen Vorschriften je nach der Sachlage wird nichts zu erinnern sein, sofern die besonderen Vertragsvereinbarungen und die allgemeinen Vertragsregeln nicht ausreichen. Wenn das RG Warn 1914 Nr 183 auch eine Hilfeleistung bei der Verfolgung eines Verbrechens als eine Tätigkeit der Geschäftsbesorgung aufgefaßt hat, so ist dem nur in diesem übertragenen Sinne zuzustimmen.

3. **Auftrag** ist nach alledem die vertragsmäßige unentgeltliche Übernahme einer selbständigen Tätigkeit, sei es rechtlicher, sei es tatsächlicher Art, für den Auftraggeber, die in dessen wirtschaftlichem Interesse gelegen ist. Der Auftrag begründet nur einseitige Verpflichtungen des Beauftragten; Verpflichtungen des Auftraggebers ergeben sich erst als Folge aus der Ausführung des Auftrags. Durch diese Einseitigkeit der Verpflichtungen unterscheidet sich der Auftrag wesentlich vom Dienst- und Werkvertrage, durch das Merkmal des tätigen Handelns von der Verwahrung und den auf ein Unterlassen oder Gewährenlassen

gerichteten Verträgen, durch die Vertragsmäßigkeit von der Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Auftrag kann auf ein einzelnes Geschäft, aber auch auf eine Mehrheit von Geschäften gerichtet sein; auch eine Vermögensverwaltung oder die Besorgung aller geschäftlichen Angelegenheiten des Auftraggebers gehört hierher (vgl. RG 90 S. 129, 214). Der Auftrag kann mit einer Vollmacht (§§ 164ff.) verbunden sein, und die Vollmacht zur Vertretung bei vertraglichen Handlungen schließt regelmäßig auch einen Auftrag, für den Machtgeber zu verhandeln, ein; ist es anders gemeint, so muß der Machtgeber dies zum Ausdruck bringen (RG 5. 10. 08 VI 547/07). Begrifflich sind beide durchaus verschieden. Der Auftrag bedeutet ein Schuldverhältnis, die Vollmacht ein Vertretungsverhältnis; jene erzeugt eine Verpflichtung nach innen, diese eine Berechtigung nach außen, die Berechtigung, für den Machtgeber Dritten gegenüber mit Rechtswirkung für und gegen ihn aufzutreten (RG 71, 219; Warn 1913 Nr 86). Der mit vorbereitenden Handlungen zu einem Vertragsschlusse Betraute ist Beauftragter, nicht Bevollmächtigter; Vollmacht ist immer rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, und diese erfordert eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung als Gegenstand (RG 26. 1. 09 II 337/08). — Die auf Grund eines anderweiten vertragsmäßigen Dienstverhältnisses vorgenommenen einzelnen Geschäftsbesorgungen werden durch Weisungen des Dienstherrn für die Ausführung der einzelnen Geschäfte nicht zu Aufträgen im Rechtssinne, die einen auf die einzelnen Geschäfte gerichteten unentgeltlichen Vertrag voraussetzen würden. — Vom Auftrage sind endlich zu unterscheiden die gesellschaftlichen Gefälligkeiten des täglichen Lebens, die nicht in verpflichtender Absicht übernommen werden (s. die oben A 2 angezogene Entscheidung RG 65, 17; ebenso 6. 6. 07 VI 449/06).

§ 662

Durch die Annahme2) eines Auftrags1) verpflichtet sich3) der Beauftragte, ein ihm von dem Auftraggeber übertragenes Geschäft1) für diesen unentgeltlich4) zu besorgen1).

E I 585 II 593; M 2 525—530; P 2 351, 352.

1. Über die rechtliche Natur des **Auftrags** und der Geschäftsbesorgung s. Vorbem 2 u. 3. Aus der Begriffsbestimmung ergibt sich, daß die übernommene Tätigkeit ein Interesse des Auftraggebers verfolgen muß; sie kann daneben auch im Interesse des Beauftragten, darf aber nicht ausschließlich in dessen Interesse liegen (RG 56, 130, Kreditauftrag). Deshalb ist der Versicherungsagent, der von der Versicherungsgesellschaft bestellte Mittler und Vertrauensmann (RG 73, 302; JW 1912, 84[32]; 1913, 542[5]), insoweit er den Versicherungsantrag entgegennimmt und für den Versicherungsnehmer an die Gesellschaft zur Entschließung weitergibt, Beauftragter des Versicherungsnehmers, nicht aber der Generalagent, der als Vertreter der Gesellschaft in deren Interesse den Vertrag abschließt und den Versicherungsbrief (Police) ausfertigt (RG 21, 90; 62, 315). Ebenso wird der Mäkler, der durch Vertrag eine Geschäftsvermittlung, aber auch von der Gegenpartei des in Aussicht genommenen Geschäfts die Besorgung von vorgängigen Erkundigungen für dasselbe Geschäft übernommen hat, zugleich Beauftragter der Gegenpartei (RG 76, 250). Einen Fall des Auftrags bei gemeinschaftlichem Interesse des Auftraggebers und Beauftragten behandelt RG JW 05, 682[3] (Bieten in der Zwangsversteigerung), Fälle entsprechender Anwendung der §§ 662ff. bei Dienstleistungen im öffentlichen Interesse RG 98, 195 und RG JW 1914, 676[4] (Aufforderung eines Polizeibeamten, ihm die Täter bei einer Schlägerei zu zeigen, als Auftrag der Stadtgemeinde). Die Zahlung für Rechnung eines Dritten bedeutet regelmäßig einen Auftrag an den Zahlungsempfänger, die Zahlung als Leistung des Dritten zu behandeln (RG 45, 235; 26. 6. 11 VI 378/10). Die Sicherungsübertragung von Forderungen stellt, obwohl sie wesentlich das Interesse des Zessionars verfolgt, zugleich einen Auftrag zur Wahrnehmung der Interessen des Übertragenden bei der Beitreibung und Verwertung der abgetretenen Forderung dar (RG 59, 190; Warn 1913 Nr 136; 1914 Nr 7). Dasselbe gilt selbstverständlich bei allen anderen treuhänderischen Rechtsübertragungen; so bei Verkäufen und Eigentumsübertragungen zur Sicherheit hinsichtlich der Verwahrung, Verwaltung und Rückübertragung (RG 76, 345; JW 1911, 581[23]; Warn 1912 Nr 58). Die Übertragung eines Schiedsrichteramts dagegen begründet wohl ein Vertrags-, aber kein Auftragsverhältnis, da der Schiedsrichter kein Interesse der Parteien wahrnehmen und nicht für diese eine Tätigkeit entfalten, sondern über ihnen stehend im öffentlichen Interesse der Rechtspflege handeln soll (RG 59, 247; Warn 1913 Nr 76). Ebensowenig wird der Beamte, der als solcher Anträge entgegennimmt, Beauftragter der Antragsteller. — Einen besonderen Verwaltungsvertrag kennt das BGB nicht; bei einer ohne Entgelt übernommenen Vermögensverwaltung kommen die §§ 662ff. zur unmittelbaren Anwendung; die entgeltlich übernommene erscheint als Dienstvertrag (RG JW 80, 229; 30. 5. 10 VI 226/09).

2. Der Auftrag kommt zustande durch die **Annahme.** Auftrag wie Annahme bedürfen keiner Form. Deshalb bedürfen auch der Auftrag zur Erstehung eines Grundstücks für den Auftraggeber und dessen Annahme nicht der Form des § 313 (RG 54, 75; 62, 335; 77, 130). Die Verpflichtungen des Beauftragten, insbesondere auch auf Herausgabe des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten (§ 667), entstehen von selbst durch die Annahme des Auftrags, die ebenso wie die Auftragserteilung auch durch schlüssige Handlungen erfolgen kann. Widerspruchsloses Dulden des Beginns der Geschäftsbesorgung, zu der der Besorger sich erboten hat, kann als Auftragserteilung angesehen werden (RG 16. 2. 07 V 284/06; 6. 6. 07 VI 449/06). Der Beginn der Ausführung des erhaltenen Auftrags bedeutet auf der andern Seite dessen Annahme. Auch in der Entgegennahme der Vollmachtsurkunde zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts wird regelmäßig die Annahme des Auftrags, der mit der Vollmacht verbunden ist, zu finden sein. Bloßes Stillschweigen bedeutet in der Regel weder Annahme des Auftrags noch anderseits Auftragserteilung durch Annahme der Dienste; für Kaufleute gilt § 362 HGB. — Ist eine Mehrheit von Handlungen Gegenstand des Auftrags, ohne daß diese, wie bei einer Vermögensverwaltung, sich zu einer einheitlichen Tätigkeit zusammenschließen, wird z. B. einem Rechtsanwalte die Einklagung verschiedener Ansprüche gegen denselben Beklagten übertragen, so liegt darin regelmäßig auch eine Mehrheit von Aufträgen, die demgemäß teilweise angenommen, teilweise abgelehnt werden können. Insbesondere ist dies der Fall, wenn die mehreren Ansprüche mehreren Personen jeder für sich — Schadensersatzansprüche der Familienmitglieder eines Getöteten nach § 844 — zustehen (RG 22. 9. 05 II 4/05). Für eine Mehrheit von Auftraggebern oder Beauftragten gelten im übrigen die allgemeinen Bestimmungen der §§ 420 ff.

3. Aus der Annahme des Auftrags wird der Beauftragte zu dessen Ausführung mit Beobachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, d. i. unter Haftung für jedes Verschulden nach § 276 **verpflichtet.** Er kann, wenn er sich beim Abschlusse des ihm aufgetragenen Rechtsgeschäfts schuldhaft von dem dritten Vertragschließenden hat täuschen lassen, den Auftraggeber wegen des diesem entstandenen Schadens nicht an den Dritten verweisen. Der Treuhänder, dem eine den Gläubigern des Eigentümers zur Sicherheit bestellte Hypothek eingetragen worden ist, ist beim Mangel ausdrücklicher Weisungen nicht verpflichtet, das Grundstück in der Zwangsversteigerung nötigenfalls für die Auftraggeber zu erstehen; er ist deshalb auch nicht gehindert, sich selbst beim Bieten zu beteiligen und das Grundstück für sich zu erstehen (RG JW 1918, 38[14]). Hat das aufgetragene Geschäft die Abwendung einer dem Auftraggeber drohenden dringenden Gefahr zum Gegenstande, so wird es regelmäßig richtig sein, nach der für die Geschäftsführung ohne Auftrag in § 680 gegebenen Bestimmung auch für den Beauftragten eine Beschränkung der Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit als gewollt anzunehmen (s. § 680 A 1); doch ist dies Frage tatsächlicher Beurteilung, die aus den Umständen des Falles zu entnehmen ist; eine allgemeine entsprechende Anwendung des § 680 auf alle Fälle des Auftrags möchte bedenklich erscheinen. — Die Haftung des Beauftragten für das Verschulden von Gehilfen ergibt sich aus § 278, ist aber in § 664 auch ausdrücklich ausgesprochen.

4. Die **Unentgeltlichkeit** der Geschäftsbesorgung, die das bezeichnende Merkmal des Auftragsverhältnisses bildet, schließt die nachträgliche Gewährung einer Vergütung für die geleisteten Dienste nicht aus; ob darin alsdann eine nicht der Rückforderung und dem Widerrufe unterliegende Schenkung im Sinne des § 534 zu erblicken ist, ist Frage des einzelnen Falles; eine Schenkung liegt jedenfalls immer nur dann vor, wenn beide Teile über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (vgl. RG 72, 188; 74, 139). Auch dadurch, daß der Auftraggeber dem Geschäftsbesorger die Möglichkeit offen läßt, von Dritten eine Vergütung zu erhalten, wird das Vertragsverhältnis zwischen ihnen nicht zu einem entgeltlichen (RG Warn 1915 Nr 168). Über die Stellung des einer armen Prozeßpartei zugeordneten Rechtsanwalts zu dieser vgl. RG Warn 1914 Nr 204. Aus dem bloßen Verwandtschaftsverhältnis kann die Unentgeltlichkeit von Diensten nicht entnommen werden (RG 74, 139; JW 09, 670[26]). Bei nahem Verwandtschaftsverhältnis kann mangels der Vereinbarung einer Vergütung zunächst die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung angenommen werden (Mutter und Sohn); der Geschäftsbesorger hat dann darzutun, daß eine Vergütung dennoch gewollt sei (RG Warn 1915 Nr 169).

§ 663

[1]) Wer zur Besorgung gewisser Geschäfte öffentlich bestellt ist oder sich öffentlich erboten hat[2]), ist, wenn er einen auf solche Geschäfte gerichteten Auftrag nicht annimmt, verpflichtet, die Ablehnung dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen[3]). Das gleiche gilt, wenn sich jemand dem Auftraggeber gegenüber zur Besorgung gewisser Geschäfte erboten hat[4]).

E I 587 II 594; M 2 530; P 2 353, 354.

Staub § 362 Anm 20

1. Die Bedeutung des § 663, der nach § 675 auch auf die Dienst- und Werkverträge, die eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, entsprechende Anwendung findet, beruht hauptsächlich auf dieser entsprechenden Anwendung; für die unentgeltlichen Aufträge kommt § 663 wenig in Betracht. Im Handelsverkehr gilt § 362 HGB; über dessen vom BGB abweichende Regelung vgl. Anm 3. Wo die besonderen Voraussetzungen des § 362 HGB auf Geschäftsbesorgung gerichteten Gewerbebetrieb und Geschäftsverbindung mit dem Auftraggeber nicht vorliegen, kommt auch im Handelsverkehre § 663 BGB zur Anwendung.

2. Der Begriff der **Öffentlichkeit** ist für die bestellten und die sich erbietenden Personen der gleiche (vgl. jedoch zu der entsprechenden Vorschrift in § 407 ZPO RG 50, 391); sie bedeutet, daß die Personen dem Publikum, der Allgemeinheit zur Besorgung gewisser Geschäfte zur Verfügung stehen, sei es, daß sie von dritter Seite ihm zur Verfügung gestellt (bestellt) worden sind oder daß sie sich selbst zur Verfügung gestellt (erboten) haben. Die öffentliche Bestellung ist nicht notwendig eine behördliche; auch gemeinnützige Vereine können Personen zur Geschäftsbesorgung öffentlich bestellen, indem sie bekanntmachen, daß diese Personen von Vereins wegen dem Publikum für gewisse Dienste zur Verfügung gestellt sind. Nach dieser Begriffsbestimmung sind öffentlich bestellt nicht nur Rechtsanwälte (§ 30 RAO), Notare und Schiedsmänner, sondern auch Auskunftspersonen der Fremdenverkehrs- und Gebirgsvereine, der Ausstellungs- und Festspielausschüsse u. a.; öffentliches Erbieten liegt nur bei Patentanwälten, Mäklern, auch Ärzten, soweit diese für die Besorgung von Geschäften in Betracht kommen, vor (s. Vorbem 2), wenn sie durch öffentliche Anzeige in den Blättern oder durch Schilder am Hause sich dem Publikum anbieten.

3. Eine Verpflichtung zur Annahme des Auftrags besteht auch für die in § 663 bezeichneten Personen nicht; aber die **Ablehnung** ist dem Auftraggeber **unverzüglich**, d. i. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121; Rechtsfrage RG 49, 395; JW 06, 707[2]), **anzuzeigen**. Die Unterlassung der Anzeige gilt aber nicht als Annahme, wie im Handelsverkehr nach § 362 HGB, sie begründet nur eine Schadensersatzpflicht auf das negative Vertragsinteresse (§ 122), während § 362 HGB eine Schadensersatzpflicht auf das Erfüllungs- (positives Vertrags-) Interesse zur Folge hat. Die Schadensersatzpflicht aus § 663 ist keine vertragliche, sie erwächst auch nicht aus unerlaubter Handlung, vielmehr handelt es sich um einen Fall, in welchem das BGB die allgemein nicht geregelte Vertretung eines Verschuldens beim Vertragsschluß (culpa in contrahendo) anerkannt hat. In den Fällen, in denen das Stillschweigen als Annahme zu gelten hat, worüber § 151 sich verhält, ist auch außerhalb des Handelsverkehrs die Haftung auf das Erfüllungsinteresse begründet.

4. Auch dieses **besondere Erbieten** ist nicht rechtsgeschäftliche Willenserklärung, sondern erst Einladung zum Vertragsangebot, wie sich dies bei dem allgemeinen öffentlichen Erbieten von selbst versteht.

§ 664

[1]) Der Beauftragte darf im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem Dritten übertragen[2]). Ist die Übertragung gestattet, so hat er nur ein ihm bei der Übertragung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten[3]). Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich[4]).

Der Anspruch auf Ausführung des Auftrags ist im Zweifel nicht übertragbar[5]).

E I 588, 589 II 595; M 2 530—534; P 2 354—357.

1. § 664 findet entsprechende Anwendung auf den Vorstand oder die Liquidatoren eines eingetragenen Vereins (§ 27 Abs 3, § 48 Abs 2), die geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713; dazu RG JW 07, 830[6]) und den Testamentsvollstrecker (§ 2218 Abs 1). Für den Dienst- oder Werkvertrag nach § 675 ist § 664 Abs 1 Satz 2 entsprechend anwendbar, obgleich er in § 675 nicht mit angezogen ist (RG 78, 310; Warn 1920 Nr 8); im übrigen gelten beim Dienstvertrage § 613, beim Werkvertrage § 267. Auch die Vollmacht ist Vertrauensverhältnis wie der Auftrag. Für die mit einem Auftrage verbundene Vollmacht versteht sich die Anwendung des § 664 von selbst; aber auch ohne diese Verbindung muß die Unübertragbarkeit im Zweifel angenommen werden (RG JW 1912, 526[3]).

2. Satz 1 des § 664 enthält lediglich eine Auslegungsregel, wie aus den Worten „**im Zweifel**" hervorgeht. Wo ein anderer Parteiwille erhellt, ist dieser maßgebend. In vielen Fällen wird die **Übertragung** dem Parteiwillen wenigstens für den Fall entsprechen, daß der Beauftragte den Auftrag selbst auszuführen behindert sein wird. Maßgebend für die Ermittlung des Parteiwillens ist insbesondere, inwieweit etwa das den Auftrag im allgemeinen beherrschende persönliche Vertrauensverhältnis im einzelnen Falle zurücktritt. Die Einfachheit des Geschäfts, und daß dieses ebensowohl von einem Dritten ausgeführt werden kann, lassen hierauf nicht ohne weiteres schließen (RG JW 07, 741[7]).

3. Ist die Übertragung gestattet, so haftet der Beauftragte nur für ein **Verschulden bei der Übertragung,** d. i. in der Auswahl und in der Unterweisung des von ihm weiter Beauftragten, nicht für dessen Verschulden und nicht für seine Beaufsichtigung (RG Warn 1918 Nr 167 mit Hinweis auf § 408 HGB). Ist sie nicht gestattet, so hat der Beauftragte wegen des in der Unterübertragung liegenden vertragswidrigen Verhaltens allen auch sonst unverschuldeten Schaden, der aus der Übertragung entsteht, zu vertreten. Doch steht ihm der Nachweis frei, daß der Schaden auch ohne die Übertragung entstanden sein würde, wodurch der zunächst anzunehmende ursächliche Zusammenhang zwischen der Übertragung und dem Schaden ausgeschaltet wird. Das trotz der Unzulässigkeit der Übertragung auftraggemäß ausgeführte Geschäft muß der Auftraggeber nach dem Grundsatze von Treu und Glauben anerkennen (a. M. Planck A 1 b). Ein unmittelbares Verhältnis entsteht auch bei zulässiger Übertragung zwischen dem Unterbeauftragten und dem Auftraggeber nicht; nur die Rechtsbeziehungen der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.) können eintreten.

4. Unter der **Zuziehung von Gehilfen** ist im Gegensatze zur Übertragung der Ausführung des Auftrags im ganzen die Heranziehung Dritter zur nur unterstützenden Mitwirkung zu verstehen (RG 78, 310; eine Anwendung auf den Testamentsvollstrecker s. RJA 11, 271). Sie ist gestattet, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Ist letzteres der Fall, so hat die vertragswidrige Verwendung von Gehilfen dieselben Folgen wie die unerlaubte Übertragung (s. A 3).

5. **Im Zweifel nicht übertragbar,** daher auch nicht pfändbar, nicht verpfändbar, nicht aufrechenbar, nicht Konkursgegenstand, nicht nießbrauchbar s. zu § 399. Die Bestimmung ist, wie die des Abs 1 Satz 1, Auslegungsregel (s. zu 2).

§ 665

[1]) **Der Beauftragte ist berechtigt, von den Weisungen des Auftraggebers[2]) abzuweichen[3]), wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Auftraggeber bei Kenntnis der Sachlage die Abweichung billigen würde[4]). Der Beauftragte hat vor der Abweichung dem Auftraggeber Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten[5]), wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[6]).**

E I 590 II 596; M 2 535, 536; P 2 357.

1. Der Paragraph findet entsprechende Anwendung für die Geschäftsbesorgung auf Grund eines Dienst- oder Werkvertrags nach § 675, sowie auf den Vorstand oder die Liquidatoren eines Vereins (§ 27 Abs 3, § 48 Abs 2) und den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713).

2. **Die Weisungen des Auftraggebers** sind die im Vertrage enthaltenen oder vorbehaltenen Umgrenzungen der Tätigkeit des Beauftragten. Sonstige nachträgliche Weisungen braucht der Beauftragte nur zu befolgen, wenn sie die Ausführung des Auftrags nicht erschweren. Sie stellen einen Widerruf des ursprünglichen anders gearteten Auftrags dar, verbunden mit einem neuen Auftrage, den der Beauftragte ablehnen darf. Tut er dies nicht, so muß er die neuen Weisungen befolgen. Beim Mangel bestimmter Weisungen hat der Beauftragte das Interesse des Auftraggebers nach Maßgabe der Sachlage wahrzunehmen (RG JW 05, 43[5]).

3. Die **Abweichung** setzt einen Widerspruch mit den Weisungen des Auftraggebers, wie sie erkennbar im Vertrage enthalten sind, voraus (RG JW 1912, 910[6]). Eine andersartige Ausführung, die als in der Richtung der Willensmeinung des Auftraggebers liegend angesehen werden darf, ist keine Abweichung (RG 56, 149). Eine Ausführung des aufgetragenen Geschäfts unter dem Auftraggeber günstigeren Bedingungen, als die Weisungen vorschrieben, ist ebenfalls regelmäßig keine Abweichung. Ebensowenig ein Handeln über die Weisungen hinaus, aber nicht ihnen zuwider, wenn der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, das ausgeführte Geschäft, soweit es außerhalb des Auftrags liegt, abzulehnen; innerhalb der Grenzen des letzteren ist er dann gebunden. Der erstinstanzliche Rechtsanwalt, der ohne besonderen Auftrag Berufung eingelegt hat, ist zu deren Zurücknahme ohne die Zustimmung der Partei nicht berechtigt (RG Warn 1913 Nr 414). — Die unstatthafte Abweichung von den Weisungen ist Vertragsverschulden und macht den Beauftragten für allen, auch den zufällig daraus entstandenen Schaden haftbar. Der Auftraggeber braucht das Geschäft nicht als für ihn erfolgt gelten zu lassen; will er sich aber dessen Vorteile aneignen, so muß er auch die Abweichungen genehmigen. Ist die vertragsmäßige Ausführung noch möglich, so kann er diese verlangen; macht ihn der Beauftragte von den Nachteilen frei (vgl. § 386 Abs 2 HGB), so ist der Auftraggeber zur Genehmigung für verpflichtet zu erachten. Vgl. über alles dies RG 57, 392. Bei der entsprechenden Anwendung im Falle des § 675 kommen die §§ 325 u. 326 in Betracht (RG ebenda).

4. **Die Abweichung ist gerechtfertigt,** wenn die Sachlage sie sachlich vernünftig erscheinen läßt und der Beauftragte nach seiner Kenntnis von der Willensmeinung des Auftraggebers dessen Genehmigung erwarten darf. Sie kann, wie aus dem Schlußsatze des Paragraphen hervorgeht, unter Umständen zur Pflicht werden. Ob das aufgetragene Geschäft für den Auftraggeber vorteilhaft ist, hat der Beauftragte beim Vorhandensein bestimmter Weisungen nicht selbständig zu prüfen (RG 54, 329; bankmäßiger Giroverkehr); doch wird, insbesondere bei der entsprechenden Anwendung nach § 675 zu gelten haben, daß der sachverständige Beauftragte, dessen Dienste in dieser Eigenschaft in Anspruch genommen werden, den nicht selbst fachkundigen Geschäftsherrn auf schwerwiegende Bedenken gegen die Ausführung des Geschäfts nach dessen Weisungen aufmerksam machen muß (vgl. RG JW 05, 20[18]; Werkvertrag).

5. **Vorherige Anzeige und Abwartung der Entschließung.** Die letztere erfordert in der Regel eine ausdrückliche Äußerung des Auftraggebers. Stillschweigen ist im allgemeinen nicht als Zustimmung zu erachten (vgl. RG 60, 187; zu § 85 HGB); dies ist aber dann anzunehmen, wenn der Beauftragte die Ausführung des Auftrags mit der Abweichung für den Fall des Ausbleibens eines Widerspruchs angekündigt hat.

6. Die Beweislast für die **Gefahr des Aufschubs** trifft den Beauftragten.

§ 666

[1]) Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber die erforderlichen Nachrichten[2]) zu geben, auf Verlangen über den Stand des Geschäfts Auskunft[2]) zu erteilen und nach der Ausführung des Auftrags Rechenschaft abzulegen[3]) [4]).

E I 591 II 597; M 2 537, 538; P 2 357—360.

1. Entsprechende Anwendung findet der Paragraph nach §§ 675, 27 Abs 3, 48 Abs 2, sowie für die Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 681 Abs 1), den geschäftsführenden Gesellschafter (§ 713) und den Testamentsvollstrecker (§ 2218 Abs 1; s. dazu RG Warn 1914 Nr. 8). Über eine entsprechende Anwendung bei fahrlässiger Verletzung des Urheberrechts RG Warn 1918 Nr 232; ferner, wenn die Ehefrau dem Manne die Verwaltung des Vorbehaltsguts überlassen hatte, wobei regelmäßig ein Auftrag anzunehmen ist (RG 87, 100); weiter, wenn ein Schadensersatzberechtigter bei Erfüllung der Vertragsverpflichtungen des Ersatzpflichtigen und ohne dessen die Schadensersatzpflicht begründende Handlung einen Anspruch nach § 666 aus seiner Geschäftsführung gegen einen Dritten erworben haben würde (RG 89, 99).

2. Die **Auskunft** über den Stand des Geschäfts ist nur auf Verlangen zu erteilen; die erforderlichen, d. i. der Sachlage entsprechenden **Nachrichten,** namentlich über die Ausführung des Geschäfts oder über Hindernisse der Ausführung, Veränderung der Geschäftslage (RG JW 1912, 910[6]) sowie die Notwendigkeit von Vorschüssen sind auch ohne Verlangen des Geschäftsherrn zu geben (RG Gruch 49, 834). Der mit der Erwirkung eines Patents beauftragte Patentanwalt hat, solange der Auftrag noch nicht vollständig ausgeführt ist, die Fälligkeit der Jahresgebühren für die Erhaltung des Patents zu überwachen und den Auftraggeber darauf aufmerksam zu machen (RG 69, 26).

3. Die **Rechenschaftsablegung** begreift nach § 259 auch die Rechnungslegung nebst Vorlegung der Belege, wo diese mitgeteilt zu werden pflegen, und die Leistung des Offenbarungseides. Über die Ausantwortung der Belege verhält sich § 667. Rechnung ist nach Erlöschen des Auftrags in jedem Falle zu legen, auch wenn das Geschäft nicht zu Ende geführt wurde (RG 56, 116). Sind jedoch periodische Rechnungen während der Geschäftsführung gelegt worden, so braucht nicht noch eine die ganze Geschäftsführung umfassende Schlußrechnung, sondern nur eine abschließende Rechnung für die letzte Periode gelegt zu werden (RG Gruch 49, 834). Eine Rechnung muß auch gelegt werden, wenn nichts eingenommen wurde. Auch eine mit Mängeln belastete Abrechnung stellt eine Rechnungslegung dar, wenn sie eine geordnete Darstellung der Einnahmen und Ausgaben unter Beifügung der Belege enthält, eine verständliche rechnungsmäßige Übersicht und die Möglichkeit gibt, an der Hand der Belege die Rechnung zu prüfen (RG LeipzZ 1917, 1251[17]). Für die Rechnungslegung an mehrere Auftraggeber gilt § 432. Im Falle der Geschäftsbesorgung auf Grund eines Dienstvertrags nach § 675 bildet die Rechnungslegung den Abschluß der Dienste; vor der ordnungsmäßigen Rechnungslegung kann der Dienstverpflichtete daher keine Vergütung der Dienste fordern (RG JW 07, 479[11]). Aber die Rechnungslegung ist nur ein Recht des Geschäftsherrn; dieser ist nicht gehindert, anstatt Rechnungslegung zu fordern, die Rechnung selbst aufzumachen (RG JW 1911, 95[18]); auch in diesem Falle trifft den Beauftragten die Beweispflicht über den Verbleib der Einnahmen; das rechtliche Verhältnis zwischen Geschäftsherrn und Beauftragten wird dadurch nicht geändert (RG Warn 1915 Nr 169; LZ 1916, 1642[9]). — Zwingendes Recht, wie Oertmann A 2 meint, enthält der Para-

graph auch in der dem Beauftragten zur Pflicht gemachten Rechenschaftsablegung nicht. Über einen stillschweigenden Verzicht vgl. **RG** Warn 1915 Nr 277.

4. Für die Bemessung der Anforderungen, die an die **Vertragstreue eines Beauftragten** zu stellen sind, bieten die für den Kommissionär geltenden Vorschriften des HGB §§ 384, 387, 400 u. 401 auch in den Fällen, in denen sie nicht unmittelbar Anwendung finden können, einen naheliegenden Maßstab. Schließt der Beauftragte zu vorteilhafteren Bedingungen ab, als der Auftraggeber annahm, kauft er zu einem geringeren, wie dem ihm gesetzten Preise ein, so kommt dies dem Auftraggeber zustatten (§§ 387, 401 HGB; **RG** Warn 08 Nr 464).

§ 667

[1]) Der Beauftragte ist verpflichtet, dem Auftraggeber alles, was er zur Ausführung des Auftrags erhält[2]) und was er aus der Geschäftsbesorgung erlangt[3]), herauszugeben[4]).

E I 592 II 598; M 2 538, 539; P 2 360—365.

1. Die Bestimmung findet entsprechende Anwendung nach §§ 675, 27 Abs 3, 48 Abs 2, 681 Satz 2, 713. 2218 Abs 1. Auch sie ist nicht zwingendes Recht, sondern läßt abweichender Vereinbarung Raum (**RG** Warn 1915 Nr 168).

2. **Erhalten** hat der Beauftragte, was ihm der Auftraggeber an Geld, Urkunden, Karten, Zeichnungen, Gerätschaften zum Zwecke der Ausführung des Auftrags übergeben hatte (vgl. den Fall **RG** JW 1912, 34[20]). Ob der Beauftragte Eigentümer erhaltenen Geldes wird, ist nach dem Willen des Auftraggebers und der Natur des Geschäfts im einzelnen Falle zu beurteilen. Insbesondere gehört zu den erhaltenen Gegenständen die zur rechtsgeschäftlichen Vertretung etwa erteilte Vollmachtsurkunde.

3. Aus der Geschäftsbesorgung **erlangt** sind die Sachen, Rechte und Ansprüche, die der Beauftragte infolge der Geschäftsführung von Dritten empfangen hat, mit den darauf bezüglichen Urkunden, Zubehörstücken, Früchten, Zinsen und Nutzungen. Auch die Belege über Einnahmen und Ausgaben sowie über die Geschäftsführung überhaupt gehören hierher, nicht aber der Briefwechsel mit Dritten über die Auftragsangelegenheit (**RG** 6. 11. 13, VII 278/13). Vermittlungsgebühren und Preisnachlässe, die dem Beauftragten bei Abschluß eines Rechtsgeschäfts in Verbindung mit diesem von der Vertragsgegenseite bewilligt werden, sind aus der Geschäftsbesorgung also für Rechnung des Auftraggebers, erlangt (**RG** 96, 53; 30. 4. 07, III 470/06). Davon zu unterscheiden sind Zuwendungen, die dem Beauftragten anläßlich der Geschäftsbesorgung, insbesondere nach Abschluß des Geschäfts ausdrücklich oder nach der Sachlage schlüssig für seine eigene Person gemacht werden (**RG** 55, 86; Warn 1915 Nr 168). Was der Beauftragte einzuziehen hatte, aber nicht eingezogen hat, schuldet er nicht auf Grund des § 667 (**RG** 53, 327).

4. Das Erhaltene wie das Erlangte ist nach Beendigung des Auftrags dem Auftraggeber **herauszugeben,** soweit es nicht für die Zwecke der Geschäftsbesorgung verbraucht ist (**RG** 30. 10. 11 VII 203/11). — Die Herausgabepflicht ist nicht abhängig von vorgängiger Rechenschaftsablage, die nur ein Recht des Geschäftsherrn ist (**RG** JW 1911, 59[18]). Der Auftraggeber, der ohne solche auf Zahlung einer bestimmten Summe klagt, übernimmt damit keine Beweispflicht über den Verbleib der Einnahmen; er hat soviel anzuführen, daß sein Anspruch aus seinem Vortrage schlüssig sich ergibt, und die wirklichen oder nach der Sachlage anzunehmenden Einnahmen darzutun; wo diese geblieben sind, hat der Beauftragte nachzuweisen (**RG** Warn 1915 Nr 169; LZ 1916, 1642[9]). Verschuldetes Abhandenkommen erzeugt die Verpflichtung zum Schadensersatz (**RG** JW 06, 109[7]), wobei den Beauftragten die Beweislast trifft, daß er ohne Verschulden ist (**RG** 18. 1. 06 VI 155/05). Für zufälligen Untergang steht der Beauftragte nicht ein. — Für das Verhältnis zwischen Auftraggeber und Beauftragtem ist es im übrigen gleichgültig, ob der letztere das aufgetragene (Rechts-) Geschäft im eigenen Namen oder auf den Namen des Geschäftsherrn abschließen sollte und abgeschlossen hat; die Herausgabepflicht ist die gleiche (**RG** 54, 75 u. 103; 59, 190 Sicherheitsübertragung). Der unmittelbare Vertreter berechtigt und verpflichtet durch seine Geschäftsführung ohne weiteres den Auftraggeber; der mittelbare Vertreter berechtigt (vgl. **RG** JW 1910, 1000[5]) und verpflichtet durch das abgeschlossene Geschäft allein sich; die Herausgabepflicht schließt im letzteren Falle mithin die Pflicht der Rechtsübertragung (Auflassung, Abtretung **RG** JW 07, 830[6]; 1911, 581[23]), beim Treuhänderverhältnis die Rückübertragung ein (**RG** 54, 103; 58, 273; Warn 09 Nr 84). Sie erstreckt sich bei befugter Unterbeauftragung (§ 664) ferner auf das von dem Unterbeauftragten Erlangte. — Der Rechtsanwalt hat seine Handakten nicht als Ganzes dem Auftraggeber herauszugeben, sondern nur die den beiden Gruppen des § 667 entsprechenden Stücke, also nicht die Teile, die seine eigenen Arbeiten und Briefschaften enthalten; soweit die Herausgabe nicht geboten ist, tritt die Vorlegungspflicht nach §§ 810, 811 ein. Herausgabe eines Inbegriffs nach §§ 260, 261; über verwen-

detes Geld s. § 668. Über Belassung an Stelle der Herausgabe, wenn der Auftraggeber den herauszugebenden Gegenstand in seinen Besitz gebracht hat, vgl. RG 72, 192. Die Verjährung des Herausgabeanspruchs ist die gewöhnliche des § 195, auch wenn das Verhalten des Beauftragten zugleich den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllt (RG 96, 53).

§ 668

[1]) **Verwendet der Beauftragte Geld für sich, das er dem Auftraggeber herauszugeben oder für ihn zu verwenden hat, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen[2]).**

E I 593 II 599; M 2 539, 540; P 2 365.

1. Entsprechend anwendbar ist der Paragraph nach § 27 Abs 3, § 48 Abs 2, §§ 675, 681, 713, 2218 Abs 1.

2. **Verzinsungspflicht.** Die Bestimmung, die in gleicher Weise für den Verwahrer (§ 698) und den Vormund (§ 1834) gegeben ist, bezieht sich nur auf **verwendetes Geld.** Die tatsächliche Verwendung genügt zu ihrer Anwendung, die Beweislast für diese trifft den Auftraggeber. Die Verzinsungspflicht schließt weitergehenden Schadensersatz bei Verschulden des Beauftragten nicht aus.

§ 669

[1]) **Für die zur Ausführung des Auftrags erforderlichen[2]) Aufwendungen hat der Auftraggeber dem Beauftragten auf Verlangen Vorschuß zu leisten[3]).**

E I 594 II 600; M 2 540; P 2 365.

1. Der Paragraph findet entsprechende Anwendung in den Fällen der §§ 27 Abs 3, 48 Abs 2, 675, 713, ferner §§ 1694 Abs 1, 1835 Abs 1, 1915 Abs 1 (Beistand, Vormund und Gegenvormund, Pfleger).

2. Die **erforderlichen Aufwendungen** — s. darüber des näheren zu § 670 — sind die nach der Sachlage (objektiv) gebotenen.

3. Die **Vorschußpflicht** entfällt, wenn sie mit der Natur des einzelnen Auftrags nicht vereinbar und deshalb als wegbedungen anzusehen ist; so bei der Übernahme einer Bürgschaft infolge Auftrags (s. zu § 775). — Die Verweigerung des verlangten Vorschusses berechtigt den Beauftragten nicht nur, von der Ausführung des Auftrags abzustehen, sie gibt ihm auch ein Klagerecht auf die Leistung (a. M. Mot 2, 540). Ist die Verfolgung im Klagewege auch für den eigentlichen Auftrag bei dessen Widerruflichkeit ohne praktischen Wert, so doch bei den entsprechenden Anwendungen, insbesondere im Falle des § 675. Verschuldete Weigerung kann auch einen Schadensersatzanspruch des Beauftragten begründen. Die Verpflichtung des Beauftragten, von der Notwendigkeit des Vorschusses dem Auftraggeber rechtzeitig Mitteilung zu machen, ergibt sich aus § 666. Eine Verauslagungspflicht des Beauftragten besteht nicht, wenn er sie nicht vertragsmäßig übernommen hat (RG JW 08, 324[1]: Vorschußpflicht im Falle der Bestellung von Lotterielosen zum gemeinsamen Spiel durch einen von den anderen beauftragten Mitspieler; RG 77, 29: der Gefälligkeitsakzeptant eines Wechsels braucht nicht mit Zahlung der Wechselsumme dem Aussteller gegenüber in Vorschuß zu gehen; des letzteren Sache ist es, Deckung zu schaffen). Die Beweislast dafür, daß Vorschuß gegeben ist, trifft den Auftraggeber (RG SeuffA 61 Nr 81).

§ 670

[1]) **Macht der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags[3]) Aufwendungen[2]), die er den Umständen nach für erforderlich halten darf[4]), so ist der Auftraggeber zum Ersatze verpflichtet[5]).**

E I 595 Abs 1 II 601 Abs 1; M 2 541; P 2 365—369.

1. Entsprechende Anwendung: §§ 27 Abs 3, 48 Abs 2, 675, 713, 1694 Abs 1, 1835 Abs 1, 1915 Abs 1, 2218 Abs 1. Selbstverständlich enthält § 670 nachgiebiges Recht (RG Warn 1919 Nr 60).

2. **Aufwendungen** sind freiwillige Opfer an Vermögenswerten, in erster Linie Verausgabungen an Geld, dann auch übernommene Verbindlichkeiten oder die Aufgabe eigener Forderungen (durch Aufrechnung gegen Dritte RG Warn 1912 Nr 19; vgl. auch JW 1913, 264[3]). Dazu gehören auch die Aufwendungen, die der Beauftragte zur Erfüllung des Auftrags selbst machte (Zahlung an einen Dritten zur Erfüllung eines Zahlungsauftrags (RG 95, 51), sowie die Aufwendungen, die zwar nicht zum Zwecke der Ausführung des Auftrags gemacht wurden, aber eine notwendige Folge dieser Ausführung waren (Umsatzsteuer RG 75,

208). Dagegen nicht die Opfer an Arbeitskraft; denn die letztere hat der Beauftragte dem Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Auch der Verlust an Verdienst während der dem Auftrage gewidmeten Zeit ist nicht als Aufwendung zu betrachten, da mit der Arbeitskraft auch die Arbeitszeit in den Dienst des Auftrags gestellt ist. Doch sind — in entsprechender Anwendung von § 1835 Abs 2 — Dienste des Beauftragten, die seinem Gewerbe oder Berufe angehören, dann als Aufwendungen anzusehen, wenn sie in der Ausführung des Auftrags erforderlich werden, ohne daß dieser sie schon an sich zum Gegenstande hat (Prozeßführung durch einen Rechtsanwalt, die in einer übernommenen Vermögensverwaltung erforderlich wird). — Zufällige Schäden, die der Beauftragte bei der Ausführung des Auftrags erleidet (z. B. infolge eines Reiseunfalls), sind als unfreiwillige Vermögensopfer keine Aufwendungen (RG JW 09, 311[7]). Für sie kann der Auftraggeber nur im Falle eines Verschuldens — so, wenn er die mit der Ausführung des Auftrags verbundene besondere Gefahr kannte, den Beauftragten aber nicht darauf aufmerksam machte (vgl. § 694) — haftbar gemacht werden (RG 23. 4. 06 IV 380/05). Kennt der Beauftragte die Gefahr, so muß sie als von ihm übernommen gelten; denn wenn auch der Beauftragte der Gefahr sich freiwillig ausgesetzt hat, so wird dadurch doch der Schaden, den diese im Erfolg herbeiführte, nicht zu einem gewollten Vermögensopfer (RG JW 09, 311[7]). Mit der Ausführung des Auftrags von selbst verbundene, notwendig oder doch mit größter Wahrscheinlichkeit eintretende, deshalb von beiden Seiten vorauszusehende Schäden — so die Beschädigungen an Körper und Kleidern bei Rettungstätigkeiten anläßlich eines Brandes oder in ähnlichen Lagen (Einfangen eines tollwütigen Hundes usw.) — sind indessen als freiwillige Aufwendungen anzusehen (RG 94, 169; 98, 195; JW 1914, 676[4]; weitergehend Oertmann A 3, enger Staudinger A 6, Planck A 5).

3. **Zum Zwecke der Ausführung des Auftrags:** vorbereitende und bei der Ausführung des Auftrags selbst im Dienste der Geschäftsbesorgung gemachte Verausgabungen, dagegen nicht allgemeine Geschäftsunkosten, die dem Beauftragten auch unabhängig von dem besonderen Auftrage entstanden sind (Bureauaufwand, Fernsprechgesamtgebühr); doch sind Einzelgesprächsgebühren für Benutzung eines Fernsprechers an der öffentlichen Fernsprechstelle als Aufwendungen anzusehen. Zum Zwecke der Ausführung des Auftrags sind auch solche Ausgaben aufgewendet, die nicht unmittelbar zu diesem Zwecke gemacht wurden, aber der Ausführung als notwendig damit verbundene Aufwendungen nachfolgten (Zahlung der Umsatzsteuer nach einer Auflassung RG 75, 208).

4. Nicht die **erforderlich** sind, nicht die der Beauftragte für erforderlich hält, sondern die er für erforderlich halten darf, die er ohne Verschulden, bei vernünftiger und sorgfältiger Überlegung für erforderlich halten konnte (Anwendungen RG 59, 207; Warn 1910 Nr 108). Ob die Tätigkeit den durch den Auftrag bezweckten Erfolg hatte, ist gleichgültig (RG Warn 1919 Nr 60).

5. Zum **Ersatze:** also zur Erstattung der aufgewendeten Gelder, zur Befreiung von den übernommenen Verbindlichkeiten (§ 257). Doch kann es dem Auftragsverhältnisse entsprechen (kaufmännische Kommission) oder in der Sachlage begründet sein, daß die Lösung der Verbindlichkeiten durch den Beauftragten selbst erfolgt und der Auftraggeber diesem dafür Deckung leistet (RG 47, 118; 55, 86). Der Bürge, der im Auftrage des Schuldners die Bürgschaft übernommen hatte, erlangt mit der Befriedigung des Gläubigers unabhängig von dem Rechte aus § 774 den Anspruch auf Erstattung des Aufgewendeten nach § 670 (RG JW 07, 831[8]); vor der Befriedigung des Gläubigers hat er einen Befreiungsanspruch nur nach Maßgabe des § 775. Über den Anspruch aus der Einlösung eines aus Gefälligkeit angenommenen Wechsels s. RG 77, 29; JW 08, 410[13]. Der Ersatz der Aufwendungen ist von der vollendeten Ausführung des Auftrags nicht abhängig (RG LZ 1912, 326[6]). — Der Beauftragte hat die Beweislast für Aufwendungen; Sache der Einrede des Auftraggebers ist der Beweis, daß diese etwa aus Mitteln geleistet seien, die er dem Beauftragten gegeben, oder daß sie aus den vom Beauftragten gezogenen Einnahmen zu leisten seien (RG SeuffA 61 Nr 81; 13. 5. 06 VI 431/05; 13. 10. 06 V 616/05). — Der Auftraggeber ist dem Beauftragten nach § 256 zur Verzinsung der Aufwendungen verpflichtet; der Beauftragte hat wegen ihrer das Zurückbehaltungsrecht nach § 273.

§ 671

[1]) Der Auftrag kann von dem Auftraggeber jederzeit widerrufen[2]), von dem Beauftragten jederzeit gekündigt werden[3])[4]).

Der Beauftragte darf nur in der Art kündigen, daß der Auftraggeber für die Besorgung des Geschäfts anderweit Fürsorge treffen kann, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt[5]). Kündigt er ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem Auftraggeber den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Liegt ein wichtiger Grund vor, so ist der Beauftragte zur Kündigung auch dann berechtigt, wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat[5]).

E I 597, 598 II 602; M 2 543—547; P 2 370, 371.

1. Entsprechende Anwendung findet der Paragraph in den Fällen der §§ 27 Abs 1, 48 Abs 2, 712 — hier nur in seinen Abs 2 u. 3 —, sowie mit Abs 2 in den Fällen des § 675, sofern der Dienst- oder Werkvertrag ohne Kündigungsfrist kündbar ist; im übrigen gelten für den Dienstvertrag die §§ 620—629, für den Werkvertrag die §§ 649, 643. Auf den Schiedsvertrag findet § 671 wegen dessen eigenartiger Natur, s. zu § 622 Anm 1, keine Anwendung (RG 59, 247).

2. Das **uneingeschränkte Widerrufsrecht** liegt im Wesen des Auftrags; es kann deshalb vom Auftraggeber nicht darauf verzichtet werden. Vgl. für das frühere Recht RG 3, 186 (GR). Der Verzicht ist nichtig. Das Widerrufsrecht wird auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß mit dem Auftrage eine treuhänderische Übertragung von Rechten an den Beauftragten erfolgt ist (RG 53, 416). Der Widerruf des Auftrags hat in solchem Falle nicht ohne weiteres das Erlöschen der Übertragung zur Folge; er erzeugt nur die Verpflichtung des Beauftragten, das Recht zurückzuübertragen; der Schuldner des abgetretenen Rechtes kann ihm gegenüber, wenn er von der Sachlage Kenntnis hat, die Einrede der Arglist haben (RG LZ 1917, 389). Anders, wenn die Abtretung zwar zum Zwecke der Beitreibung der Forderung, aber im Interesse des Nachgläubigers (Zessionars) erfolgte; hier liegt insoweit ein Auftragsverhältnis nicht vor, sondern lediglich ein Vollmachtsverhältnis, auf das § 168 Anwendung findet (RG a. a. O. in Verbindung mit 59, 190, sowie 13. 12. 07 II 328/07; vgl. aber auch RG Warn 1913 Nr 136; s. Anm 1 zu § 662). Die Vollmacht, der ein Auftragsverhältnis zugrunde liegt, ist schlechthin widerruflich; sie erlischt mit dem Auftrage (RG Warn 1912 Nr 369 u. 413).

3. Auch der **Beauftragte** kann das Auftragsverhältnis jederzeit einseitig lösen, doch kann er auf das ihm zustehende jederzeitige **Kündigungsrecht** wirksam verzichten (Abs 2); auch dann verbleibt ihm aber das Recht der Kündigung wegen eines wichtigen Grundes (Abs 3). Anwendung des Kündigungsrechts für den Kreditauftrag § 778: RG 51, 120. Der einer armen Prozeßpartei bestellte Rechtsanwalt hat weder ein jederzeit ausübbares Kündigungsrecht noch ein solches wegen eines wichtigen Grundes; die ihm auferlegte öffentlichrechtliche Vertretungspflicht hindert ihn daran; ebenso wie er nicht von vornherein die Wahrnehmung der Rechte der armen Partei ablehnen, sondern nur mit einem Antrage an das Gericht die Wiederaufhebung seiner Bestellung erreichen kann, kann er auch das Auftragsverhältnis nicht einseitig kündigen (RG Warn 1914 Nr 204).

4. **Widerruf wie Kündigung** können auch unter einer Bedingung erfolgen (bestr., M 2 S. 544 u. 547 nehmen die Zulässigkeit eines aufschiebend bedingten Widerrufs an, nicht aber die einer bedingten Kündigung, da die Kündigung dem Auftraggeber Gewißheit über die Aufhebung des Auftrags geben müsse. So auch Staudinger A 3. Aber nicht jede Bedingung wird diese Gewißheit ausschließen; es ist Sache der Prüfung des einzelnen Falles, ob die bedingte Kündigung als eine wirkliche Kündigung wird angesehen werden können). Der Widerruf wie die Kündigung sind einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen nach § 130. Über den Widerruf durch Fernsprecher s. RG 61, 125. Die Anwendung des § 130 schließt nicht aus, daß die Erklärung nicht auch durch schlüssige Handlungen erfolgen kann. Ob bei mehreren Auftraggebern wie mehreren Beauftragten Widerruf und Kündigung von allen und an alle erklärt werden müssen, hat sich nach den Umständen des einzelnen Falles — Teilbarkeit oder Unteilbarkeit des Auftrags und seiner Ausführung — zu richten (bestr., Dernburg § 298 A 2 und Oertmann A 2c nehmen bei mehreren Auftraggebern an, daß die Erklärung von allen und an alle erfolgen müsse; wie hier M 2, 544).

5. **Unzeitig** ist die Kündigung, die dem Auftraggeber nicht die Möglichkeit anderweitiger Fürsorge für das Geschäft beläßt. Sie verpflichtet den Beauftragten zum Schadensersatze. **Wichtige Gründe,** die eine auch unzeitige Kündigung rechtfertigen, sind Krankheit oder sonstige ernstliche Behinderung an der Ausführung des Auftrags. Auch Ehrverletzungen seitens des Auftraggebers (vgl. § 71 HGB) können als solche in Betracht kommen.

§ 672

[1]) Der Auftrag erlischt im Zweifel[2]) nicht durch den Tod[3]) oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit[4]) des Auftraggebers. Erlischt der Auftrag, so hat der Beauftragte, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Erbe oder

der gesetzliche Vertreter des Auftraggebers anderweit Fürsorge treffen kann[5]); der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend[6])[7]).

E I 599, 600 II 603; M 2 547—549; P 2 371—373.

1. Der Paragraph ist entsprechend anwendbar in den Fällen des § 675.

2. **„Im Zweifel"** bedeutet hier wie überall, daß der Satz eine Auslegungsregel gibt; falls nicht ein anderer Parteiwillen (ausdrücklich oder stillschweigend) erhellt, tritt die Vermutung nach § 672 ein.

3. Die Vermutung, daß der **Tod** des Auftraggebers den Auftrag nicht zum Erlöschen bringe, greift auch dann Platz, wenn die sonst berufenen Erben die Erbschaft ausschlagen und der Fiskus Erbe wird (RG 30. 5. 07 VI 366/06). — Entsprechendes wie beim Tode der physischen Person muß auch für den Fall der Auflösung der juristischen Person gelten, sofern das aufgetragene Geschäft für die Liquidation der juristischen Person noch ein mögliches Interesse hat (a. M. Planck A 3 und Oertmann A 1). — Der Satz des § 672 gilt an sich auch für eine mit dem Auftrage verknüpfte Vollmacht (§ 168). Ist jedoch für diese gesetzlich eine öffentliche Urkunde erfordert, so tritt für die rechtsgeschäftliche Tätigkeit des Beauftragten, zu der die Vollmacht ermächtigt, die Vermutung des § 672 nicht ein; die Vollmacht muß alsdann, um über den Tod des Vollmachtgebers hinaus zu wirken, für den Machtgeber und dessen Erben ausgestellt sein (RG 88, 348; RJA 8, 263). Handelt es sich indessen um die Übermittlung einer schenkungsweise zuzuwendenden Leistung, so kann die Berufung auf § 672 allein die Schenkung nicht rechtsgültig machen, sofern es nicht zu deren Vollziehung gekommen ist (RG 83 S. 223, 230).

4. **Geschäftsunfähigkeit** § 104. Das gleiche gilt natürlich auch von der Beschränkung der Geschäftsfähigkeit. Ebenso wird der Wegfall des gesetzlichen Vertreters, der den Auftrag erteilt hat, sei es, daß nunmehr der Vertretene oder ein anderer gesetzlicher Vertreter an seine Stelle tritt, im Zweifel den Auftrag nicht zum Erlöschen bringen (a. M. für den Wegfall des Vormunds Dernburg § 298 I 6).

5. **Treffen kann,** auch wenn er sie nicht getroffen hat.

6. **Der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend:** er besteht also, auch wenn das Auftragsverhältnis durch den Tod des Auftraggebers oder die ihm gleichstehenden anderen Umstände nach dem Parteiwillen erloschen ist, jedenfalls beschränkt für die einen Aufschub nicht vertragenden Tätigkeiten (Notbesorgung) weiter. Auch davon abgesehen, besteht er weiter, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt hat oder erlangt haben muß (§ 674).

7. Die Wirkung des **Konkurses des Auftraggebers** ist in §§ 23 Abs 1, 27 KO behandelt. Danach erlischt durch die Konkurseröffnung der Auftrag, sofern er sich nicht auf das außerhalb der Konkursmasse verbleibende Vermögen des Gemeinschuldners bezieht. Erlischt er, so soll § 672 Satz 2 entsprechende Anwendung finden. Der Beauftragte wird nach § 27 KO, soweit er im Sinne des § 672 Satz 2 BGB auch nach dem Erlöschen des Auftrags für dessen Ausführung tätig gewesen ist, Massegläubiger (§ 59 Nr 2 KO); eine weitere Tätigkeit nach Maßgabe des § 674 macht ihn dagegen zum Konkursgläubiger. Der Beauftragte schuldet seinerseits zur Masse, was er nach der Konkurseröffnung noch in Ausführung des Auftrags eingenommen hat (RG 53. 327).

§ 673

[1]) Der Auftrag erlischt im Zweifel durch den Tod des Beauftragten[2]). Erlischt der Auftrag, so hat der Erbe des Beauftragten den Tod dem Auftraggeber unverzüglich anzuzeigen und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die Besorgung des übertragenen Geschäfts fortzusetzen, bis der Auftraggeber anderweit Fürsorge treffen kann; der Auftrag gilt insoweit als fortbestehend[3]).

E I 601; II 604; M 2 549, 550; P 2 373, 374.

1. Die Bestimmung findet entsprechende Anwendung im Falle des § 675, mit Satz 2 auch im Falle des § 2218 Abs 1 (Testamentsvollstrecker).

2. Umgekehrt wie im Falle des Todes des Auftraggebers stellt das BGB für den Fall des **Todes des Beauftragten** die Auslegungsvermutung („im Zweifel") auf, daß dieser den Auftrag zum Erlöschen bringe. Der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Beauftragten ist nicht erwähnt; die Auslegungsregel des § 673 paßt dafür nicht ohne weiteres. Der Auftrag erlischt hier in der Regel, weil die Ausführung des Auftrags dem geschäftsunfähigen Beauftragten nicht mehr möglich ist. Das gilt jedenfalls von einer rechtsgeschäftlichen Tätigkeit (§ 275); anders bei tatsächlichen Leistungen geringerer Art. Die bloße Beschränkung der Geschäftsfähigkeit wird dagegen in der Regel auf den Auftrag keine Wirkung äußern (vgl. § 165); auch der Konkurs des Beauftragten ist ohne Einfluß. Es genügt hier überall das Widerrufsrecht des Auftraggebers und das Kündigungsrecht des Beauftragten nach § 671.

3. Der **Fortsetzungspflicht** (Notbesorgung) des § 672 schließt sich hier für den Erben des Beauftragten noch die Verpflichtung einer **unverzüglichen** — d. i. ohne schuldhaftes Zögern zu erstattenden (§ 121) — **Anzeige** von dem Tode des Beauftragten an; in beiden Beziehungen setzt sich das Auftragsverhältnis fort, und der Erbe macht sich durch Versäumung beider Pflichten für den Schaden haftbar.

§ 674

[1]) Erlischt der Auftrag in anderer Weise als durch Widerruf[3]), so gilt er zugunsten des Beauftragten[2]) gleichwohl als fortbestehend, bis der Beauftragte von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß[4]).

E I 603 II 605; M 2 553, 554; P 2 375.

1. Entsprechend anwendbar bei § 675 und § 2218 Abs 1 (Testamentsvollstrecker).

2. Die gesetzliche Unterstellung des § 674 („**gilt**") behandelt den erloschenen Auftrag **zugunsten des gutgläubigen Beauftragten**, der von dem das Erlöschen bewirkenden Umstande keine Kenntnis erlangt hat und ihn auch nicht kennen muß, so lange als fortbestehend, bis diese Kenntnis oder das Kennenmüssen eingetreten ist, unbeschadet des Fortbestehens des Auftrags für die Notbesorgung der §§ 672, 673, die erst eintreten kann, wenn der Beauftragte das Erlöschen des Auftrags kennt. Der Auftraggeber und dessen Erben, im Falle daß der Tod des Auftraggebers den Auftrag zum Erlöschen brachte, müssen daher die in der Zwischenzeit vom Beauftragten zur Ausführung des Auftrags vorgenommenen Handlungen als im Auftrage enthalten gelten lassen und dem Beauftragten seine Aufwendungen nach § 670 erstatten. Dagegen haben sie, bis auf die Fälle der §§ 672, 673, kein Recht auf diese weitere Tätigkeit des Beauftragten und können ihn nicht wegen deren Unterlassung auf Schadensersatz in Anspruch nehmen. Wohl aber wegen schuldhaft vertragswidriger Ausführung der Auftragstätigkeit. — Von der gesetzlichen Unterstellung ist nur der Fall des Widerrufs seitens des Auftraggebers ausgenommen (Anm 3). Sie gilt also auch für die eigene Kündigung des Beauftragten, solange dieser von ihrem Empfange durch den Auftraggeber (§ 130) noch nichts wußte oder wissen konnte. Sobald er nach dem regelmäßigen Laufe der Dinge annehmen muß, die Kündigung sei zugegangen, erlischt das Recht des Beauftragten, die Geschäfte weiterzuführen. Für den Fall des Konkurses des Auftraggebers bestimmt § 23 Abs 1 KO die entsprechende Anwendung des § 674. Der Beauftragte wird Konkursgläubiger (§ 27 KO). Vgl. Anm 7 zu § 672.

3. Der **Widerruf** (§ 671) ist von der Regel des § 674 ausgenommen, weil er erst wirksam wird, wenn er dem Beauftragten zugegangen ist (§ 130), dieser mithin regelmäßig davon Kenntnis hat. Das Merkmal des Zugehens (**RG** 50, 191; s zu § 130) läßt indessen die Möglichkeit offen, daß im Einzelfalle der Beauftragte von dem Widerruf, obwohl er ihm zugegangen ist, dennoch weder Kenntnis hat, noch haben müßte. Eine Ausnahme von der Behandlung des Widerrufs in § 674 kann dies nicht begründen; dem Beauftragten stehen dann nur die Rechte des auftragslosen Geschäftsführers (§§ 677 ff., insbesondere § 683) zu. Für den Fall des bedingten Widerrufs — der Beauftragte hat von dem Eintreten der Bedingung ohne Verschulden keine Kenntnis erhalten — wollen M 2, 554 und Prot 2, 375 diese Ausnahme nicht Platz greifen lassen. Dem wird zuzustimmen sein; denn der Auftrag erlischt hier nicht schon durch den Widerruf, sondern erst durch den Eintritt der Bedingung, und die Kenntnis oder Nichtkenntnis von deren Eintritt ist richtigerweise, auch im Sinne des Gesetzesgedankens des § 674, der Kenntnis oder Nichtkenntnis jeder andern das Erlöschen des Auftrags bewirkenden Tatsache gleichzustellen.

4. Die Kenntnis oder das Kennenmüssen hat der Auftraggeber zu beweisen.

§ 675

Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat[1]), finden die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674[2]) und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen[3]), auch die Vorschriften des § 671 Abs 2 entsprechende Anwendung[4])[5]).

E II 567 Abs 1, 606; P 2 376.

1. „**Der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat**". Aus dieser Ausdrucksweise des Gesetzes ergibt sich, daß nicht alle Dienst- und Werkverträge unter § 675 fallen können und daß der Begriff der Geschäftsbesorgung nicht mit der Leistung eines Dienstes oder der Herstellung eines Werkes zusammenfällt. Siehe über den Begriff Vorbem 2 vor § 662:

nach der dort gegebenen Begriffsbestimmung ist Geschäftsbesorgung eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art, die für einen andern und in dessem Interesse vorgenommen wird, im Gegensatz zu Diensten, denen keine selbständige Betätigung des Willens und der Überlegung fordern, ferner zu Diensten, denen eine Beziehung zu dem Vermögen des Geschäftsherrn fehlt, endlich zu Diensten und Tätigkeiten, die nur an einen andern, nicht für ihn, geleistet werden. Zu der Gruppe der nach § 675 zu behandelnden Verträge gehören nach der Rechtsprechung die Tätigkeiten des Rechtsanwalts, sei es als Prozeßbevollmächtigten, sei es als Beraters (**RG** 75, 98; 85 S. 225 u. 306; 87, 187; 88, 342; JW 08, 447[10]; 09 S. 217[4] u. 496[18]; 1910 S. 294[35] u. 332[6]; 1911 S. 537[10] u. 709[5]; 1912, 860[18]; 1914 S. 72[3] u. 77[9], 468[4] u. 870[10]; 1915, 509[8]; 1916, 1272[5]; 1917 S. 102[3], 462[5] u. 967[1]; 1918 S. 90[11] — Gegenfall zur vorigen Entscheidung —, 131[4]; Warn 08 Nr 292; 09 Nr 352; 1913 Nr 413; 1914 Nr 41 u. 204; 1916 Nr 198 u. 247; 1918 Nr 75; LZ 1918, 41[6]). Der Vertrag zwischen Rechtsanwalt und Partei ist regelmäßig Dienstvertrag, nur ausnahmsweise Werkvertrag, wenn ein herbeizuführender Erfolg sein Gegenstand ist (**RG** 88, 223; JW 1914, 642[4]; Warn 1918 Nr 75); mehrere mit einer Vertretung beauftragte und zur gemeinsamen Ausübung des Anwaltsberufs verbundene Rechtsanwälte sind innerhalb der Berufstätigkeit gesamtschuldnerisch verpflichtet, nicht dagegen bei Auskünften über nichtberufliche Dinge (**RG** 85, 306; 88, 342; JW 1914, 77[4]; Warn 1917 Nr 15). Ferner die Tätigkeiten des Notars, jedoch nach neuer, auf **RG** 82, 85 eingestellter Rechtsprechung nur insoweit, als seine Dienste als rechtskundiger Berater in Frage kommen, nicht soweit er als Beamter bei der Beurkundung von Rechtsgeschäften tätig ist; die Amtspflicht kann nicht zugleich Gegenstand vertraglicher Bindung sein (**RG** 49, 269; 85 S. 225 u. 409; 95, 214; JW 1914, 870[10]; 1916, 1116[6]; 1918, 90[11]; 1920, 370[8]; Warn 1915 Nr 234 u. 235; 1916 Nr 276; 1917 Nr 138; 1918 Nr 226); zur Grundbucheinsicht ist der Notar nur auf Grund besonderen Vertrags verpflichtet (**RG** 95, 299). Nicht gehören unter § 675 die Tätigkeiten des Gerichtsvollziehers, wie in Abänderung von **RG** 16, 396 die VZS in **RG** 82, 85 entschieden haben. Weiter sind nach § 675 zu behandeln die Aufträge zur Vertretung von Gläubigern in der Zwangsversteigerung gegen Vergütung (**RG** 57, 392; Warn 09 Nr 204); die Tätigkeiten in Treuhänderverhältnissen (Natur des Verhältnisses: **RG** 84, 214; 91, 12; JW 1915, 927[16]; 1918, 38[14]; Warn 09 Nr 84; 1919 Nr 82); die Tätigkeit des Schiedsrichters, wenn sie entgeltlich ist; das Vertragsverhältnis besteht hier zwischen den streitenden Parteien einerseits und dem Schiedsrichter anderseits, mag auch seine Ernennung nur von einer Partei erfolgt sein; beiden haftet er für ordnungsmäßige Erfüllung, beide gesamtschuldnerisch ihm für die Vergütung; ob eine solche zu beanspruchen ist, bestimmt sich nach §§ 612, 632 (**RG** 94, 210). Weiter die Tätigkeiten der Banken (**RG** JW 1914, 830[7]), insbesondere bei der Abwicklung von Giro- und Zahlungsaufträgen (**RG** 54, 329; Warn 1910 Nr 108), bei der Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren (**RG** Warn 1917 Nr 204); die Tätigkeit einer Zeichenstelle bei der Ausgabe von Aktien (**RG** JW 08, 480[13]); die Tätigkeiten der Aufsichtsräte von Aktiengesellschaften (**RG** JW 1913, 381[15]); Inkassoaufträge (**RG** JW 06, 109[7]); die Dienste der Liquidatoren (**RG** Warn 1913 Nr 160); des Patentanwalts (**RG** 69, 26); des Agenten (**RG** 63, 69; JW 1912, 73[12]); des Kommissionsverlegers (**RG** JW 1912, 545[26]); des Kunsthändlers beim kommissionsweisen Verkaufe von Kunstgegenständen (**RG** 83, 201); Sanierungs- und Finanzierungsverträge (**RG** 72, 179); der Postanweisungsvertrag (**RG** 41 S. 102, 108); das Vertragsverhältnis zwischen Stadtgemeinden als Eigentümern öffentlicher Krankenhäuser und den gegen Entgelt verpflegten Kranken (**RG** 83, 71).

2. Entsprechend **anwendbar** sind hiernach: § 663 (Ablehnung des Auftrags durch den öffentlichen Geschäftsbesorger), § 665 (Abweichung von den Weisungen des Auftraggebers), § 666 (Auskunftspflicht des Beauftragten), § 667 (Herausgabepflicht des Beauftragten), § 668 (Verzinsung verwendeten Geldes durch den Beauftragten), § 669 (Vorschußpflicht des Auftraggebers), § 670 (Ersatzpflicht des Auftraggebers für Aufwendungen), § 672 (Tod oder Geschäftsunfähigkeit des Auftraggebers), § 673 (Tod des Beauftragten), § 674 (gesetzliches Fortbestehen eines erloschenen Auftrags). Anwendbar ist auch als Bestimmung grundsätzlichen Charakters § 664 Abs 1 Satz 2 (Haftung für Verschulden bei gestatteter Übertragung der Geschäftsbesorgung: **RG** 78, 310); nicht dagegen § 664 Abs 1 Satz 1 u. Abs 2 (s. die Anm 1 zu § 664). — Ferner ist von der entsprechenden Anwendung § 671 (Widerruf des Auftrags) im allgemeinen ausgenommen. S. § 671 A 1 und die folgende Anmerkung.

3. S. §§ 623, 626, 627; in § 627 Abs 2 ist eine dem **§ 671 Abs 2** entsprechende Bestimmung für den dort behandelten Fall des Dienstvertrags bereits gegeben.

4. Entsprechende Anwendung, d. i. soweit die hier angezogenen Bestimmungen auf das Rechtsverhältnis des Dienst- und Werkvertrags in der Gestaltung des Einzelfalls anwendbar erscheinen (s. Prot 2, 377). Wenn dies zutrifft, gehen die Bestimmungen der in § 675 bezeichneten Gesetzesvorschriften über den Auftrag den auf das Rechtsverhältnis im allgemeinen anwendbaren des 6. u. 7. Titels vor. Über die entsprechende Anwendung des § 666 s. A 3 dort, über die des § 670 die folgende Anmerkung am Schlusse.

5. Für den Fall des **Konkurses des Dienstherrn oder Werkbestellers** gelten die §§ 23 Abs 2, 27 KO. Der auf eine Geschäftsbesorgung gerichtete Dienst- oder Werkvertrag erlischt durch die Eröffnung des Konkurses. Soweit nicht die Notbesorgung des § 672 Satz 2 oder die gesetzliche Unterstellung des § 674 Platz greifen, die dem Dienstpflichtigen oder Werkmeister im ersten Falle die Rechte von Massegläubigern, im zweiten die von Konkursgläubigern verleihen, kann nach der Konkurseröffnung ein Anspruch für sie nicht mehr entstehen. War, wie beim Werkvertrage oder Agenturvertrage (§ 88 HGB), die Vergütung erst mit der Vollendung des Werkes oder des Geschäfts verdient und war dieses bis zur Eröffnung des Konkurses nicht zur Vollendung gediehen, so ist die vertragsmäßige Vergütung verloren (RG 63, 69). Mit Rücksicht auf die entsprechende Anwendbarkeit des **§ 670** auf die Dienst- und Werkverträge des § 675 ist an sich wohl anzunehmen, daß wegen der für die Geschäftsbesorgung gemachten Aufwendungen auch in solchem Falle Ersatzansprüche erhoben werden können; doch wird der Regel nach bei Werk- und Agenturverträgen die vereinbarte Vergütung (vgl. § 90 HGB, § 652 BGB) zugleich als Entgelt für die Aufwendungen zu betrachten und deshalb ein Anspruch auf deren Ersatz außerhalb der vertragsmäßigen Vergütung und abgesehen von dem Eintritte des Erfolgs nicht gegeben sein.

§ 676

Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung[1]) erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis[2]) oder einer unerlaubten Handlung[3]) ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatze des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet[1]).

E I 604 II 607; M 2 554, 555; P 2 380, 664.

1. Der § 676 bezweckt zum deutlichen Ausdrucke zu bringen, daß die **Erteilung eines Rates** (zu einer Handlung) oder **einer Empfehlung** (empfohlen wird eine Person, eine Sache, ein Geschäft), zu denen weiter die Erteilung einer Auskunft (über eine Person oder Sache oder eine Sach- oder Rechtslage) hinzuzuzählen ist, der Regel nach keine Rechtspflichten begründen, da der sie Erteilende „damit keine Garantiepflicht übernehmen, sondern nur eine Gefälligkeit erweisen will" (Prot 2, 380); der Beratene, Empfehlungs- oder Auskunftsempfänger soll selbst nachprüfen. Daß Rat, Empfehlung und Auskunft, wenn sie in einem Vertragsverhältnisse erteilt worden sind, oder dadurch eine unerlaubte Handlung begangen worden ist, nach Maßgabe des Vertrags oder der unerlaubten Handlung zum Schadensersatze verpflichten, versteht sich von selbst und ist im Gesetze nur als Gegensatz zur Regel und zu deren Abgrenzung hervorgehoben. Die Anlehnung der Bestimmung an den Titel zum Auftrage entspringt dem Gedanken, daß es sich bei Rat, Empfehlung und Auskunft wie beim Auftrage um eine im Interesse eines andern auf dessen Veranlassung entwickelte Tätigkeit handelt. Eine Geschäftsbesorgung ist die Erteilung eines Rates, einer Empfehlung oder einer Auskunft, auch wenn sie durch Vertrag übernommen ist, nicht; sie ist vielmehr dann eine Dienstleistung an, nicht für einen andern. Wohl aber sind die Beschaffung eines Rates usw., die Erkundigung für einen Dritten Geschäftsbesorgungen (RG JW 1910, 808[22]). S. die Vorbem vor § 662.

2. a) Der Rat, die Empfehlung oder die Auskunft können der Haupt- oder einzige Gegenstand des **Vertrags** sein (Vertrag auf Ratserteilung), sie können sich auch als Nebenverpflichtung aus einem allgemeinen Vertragsverhältnis ergeben (Vertrag mit Ratserteilung); der Vertrag kann ein unentgeltlicher (auftragähnliches Verhältnis) oder ein entgeltlicher (Dienst- oder Werkvertrag) sein. Er kann ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden; nur muß gegenüber der Regel des § 676 ein Verpflichtungswille deutlich erkennbar sein, und ein stillschweigender Vertragsschluß durch die Erteilung des verlangten Rates ist deshalb regelmäßig nur anzunehmen, wenn die Erteilung von Rat oder Auskunft zu den Berufsgeschäften des Erteilenden gehört (Anwalt, Arzt, Auskunftei, Bankhaus) oder entgeltlich erfolgen soll (RG 52, 365 u. JW 05, 138[16]). In der ersteren Entscheidung ist, wenn ein Rechtsanwalt von einer Person um Erteilung einer Auskunft an einen Dritten angegangen war und daraufhin dem letzteren diese zugehen läßt, ein stillschweigender Vertragsschluß auch zwischen dem Rechtsanwalt und dem Dritten angenommen worden. Dagegen mit beachtlichen Gründen Laband, DJZ 03, 262. Auskunft über andere Personen und ihre Kreditwürdigkeit zu erteilen, gehört weder zu den gewerblichen Geschäften eines Bankkaufmanns (RG JW 1910, 808[22]; Warn 1916 Nr 307) noch zu den Berufsgeschäften eines Rechtsanwalts (RG 20. 5. 12 VI 416/11); durch die Erteilung werden Vertragspflichten der Regel nach daher nicht begründet. b) Die **Haftung für das Vertragsverschulden** folgt den allgemeinen Regeln (§ 276, RG Warn 1910 Nr 111); sie kann — jedoch nicht durch einseitige Erklärung (RG SeuffA 45 Nr 85) — ausgeschlossen werden, soweit nicht Vorsatz in Frage kommt (§ 276 Abs 2); sie kann auch erweitert werden, indem der Erteiler des Rates, der Empfehlung, der Auskunft für

deren Richtigkeit oder den Erfolg des Rates die Gewähr übernimmt; dann haftet er nach Maßgabe der Gewähr ohne Rücksicht auf ein Verschulden. Die Haftung für dritte Personen richtet sich nach § 278; wer sich aber nicht an das Bankhaus selbst, sondern an einen Beamten des Hauses wendet, will im Zweifel nur dessen Privatansicht hören, nicht eine verbindliche Auskunft des Bankhauses einziehen. Ist für die Richtigkeit oder den Erfolg die Gewähr übernommen, so begreift diese selbstverständlich auch die Handlungen des Gehilfen, und es kommt auf dessen Verschulden so wenig an wie auf das des Prinzipals (RG SeuffA 55 Nr 83). c) Die **Hauptfälle des Vertrags** auf Rats- oder Auskunftserteilung sind einmal der Beratungsvertrag mit einem Rechtsanwalt (RG 52, 365 u. JW 05, 138[16]; 1911 S. 537[10] u. 709[5] sowie Warn 08 Nr 498), ebenso mit einem Patentanwalt; er ist Dienstvertrag, wenn diese Personen allgemein als Berater eines Dritten bestellt sind, ihre Tätigkeit als Berater Gegenstand des Vertrags ist, Werkvertrag, wenn es sich um eine einzelne bestimmte Rats- oder Auskunftserteilung handelt (RG JW 05, 502[35]; vgl. § 675 A 1). Über die Haftung des Rechtsanwalts aus seiner Ratserteilung, wenn er die steuerlichen Folgen aus dem angeratenen Geschäft außer acht gelassen hat, RG JW 1917, 967[3] u. 1918, 90[11]; im Prozesse, wenn er unterlassen hat, die Partei auf die ganz ungewöhnlich hohen Kosten aufmerksam zu machen, die eine beabsichtigte Prozeßmaßnahme (Widerklage) verursachen würde, RG JW 1919, 446[7]; über die Haftung mehrerer zu gemeinsamer Ausübung des Rechtsanwaltsberufs verbundener Rechtsanwälte aus einer von einem von ihnen fahrlässig falsch erteilten Auskunft oder Belehrung vgl. A 1 zu § 675. Den Rechtsanwalt trifft regelmäßig kein Verschulden, wenn er sich bei rechtlicher Ratserteilung an die bisher von der höchstrichterlichen Rechtsprechung vertretene Rechtsauffassung hält (RG Warn 1915 Nr 303; vgl. dazu RG 87, 187; 89, 431). Über die Stellung des Notars zur rechtsuchenden Partei vgl. A 1 zu § 675. Der Notar ist als solcher zur Einsicht des Grundbuchs für ein zu beurkundendes Rechtsgeschäft nicht verpflichtet (RG 95, 299). Für eine von seinem Bureaubeamten erteilte falsche Rechtsauskunft haftet er nur, wenn er diesen zu solcher Ratserteilung ermächtigt oder Kenntnis davon hatte (RG Warn 1918 Nr 226). Sodann gehört hierher der Auskunftsvertrag mit einem Auskunftsbureau; er wird, da nicht die Tätigkeit, sondern das Ergebnis der Ermittlungen, die dem Auskunftsbureau vielfach schon fertig vorliegen, Gegenstand des im Regelfalle auf eine einzelne bestimmte Auskunft gerichteten Vertrags ist, durchgängig als Werkvertrag anzusprechen sein. Zu erwähnen ist endlich die meist unentgeltliche Auskunftserteilung über Transporteinrichtungen, Zugverbindungen usw. durch die in größeren Städten von den Eisenbahnverwaltungen eingerichteten amtlichen Reisebureaus. Die hierin tätigen Beamten sind zur Beratung des Publikums öffentlich bestellt; ihre Beratung und Auskunft verpflichtet deshalb die Eisenbahnverwaltung, die sie bestellt hat. Daß die amtlichen Auskunftsbureaus der deutschen Reichs- und der preußischen und hessischen Staatseisenbahnen eine Gewähr für die Richtigkeit ihrer Auskünfte nicht übernehmen (s. Reichskursbuch S. 3), schließt eine Haftung mindestens für grobes Verschulden nicht aus. d) Der Hauptfall des Vertrags mit Rats- oder Auskunftserteilung ist die Beratung durch den Bankkaufmann, sei es, daß sie in Verbindung mit einem Kaufgeschäft über ein Wertpapier erfolgt, sei es, daß sie mit einer ein Vertrauensverhältnis begründenden allgemeinen dauernden Geschäftsverbindung im Zusammenhange steht (RG JW 1910, 183[6]). Es entspricht der Verkehrssitte, daß der Bankkaufmann seinen Kunden bei Anlegung von Kapitalien Rat erteilt. Diese Beratung wird bei dem Bankkaufmann allgemein vorausgesetzt; sie gehört zur Ausübung seines Gewerbes; er kann sich ihrer gar nicht entschlagen. Er ist zwar nicht verpflichtet, einen unerbetenen Rat aufzudrängen und den Kunden auf wirtschaftliche Bedenken gegen ein beabsichtigtes Anschaffungsgeschäft hinzuweisen, wenn er annehmen darf, daß der Kunde selbst genügend unterrichtet ist; daß insbesondere Spekulationsgeschäfte mit Gefahren verbunden sind, weiß im allgemeinen jedermann (RG JW 05, 502[35]; Warn 1919 Nr 35; LZ 1916, 592[3]; 22. 6. 14 VI 216/14; 3. 11. 16 II 303/16). Wenn ein beabsichtigtes Spekulationsgeschäft aber einen besonders gefährlichen Charakter trägt, oder wenn es sich um einen einfachen Mann handelt, bei dem eine Einsicht in Börsengeschäfte nicht zu erwarten steht, dann hat der Bankkaufmann, zumal wenn das beabsichtigte Geschäft zu den Vermögensverhältnissen des Kunden in einem offenbaren Mißverhältnis steht, den Kunden über die Gefahren des Börsenspiels aufzuklären und vor dem Abschlusse solcher für ihn ungeeigneten Geschäfte zu warnen (RG Warn 1915 Nr 16; 1916 Nr 277). Tritt der Bankkaufmann erkennbar als Berater auf, so ist er jedenfalls verpflichtet, den Rat mit der Sorgfalt, die der Verkehr erfordert (Sorgfalt des ordentlichen Kaufmanns § 347 HGB), zu erteilen, auch wenn er nicht ausdrücklich um seinen Rat ersucht wurde (RG Warn 08 Nr 462; 09 Nr 85; vgl. dazu ferner JW 09, 360[4]). Die Vertragspflicht des Bankkaufmanns geht dahin, den Kunden auf die Bedenken gegen die Sicherheit eines Papiers aufmerksam zu machen, soweit sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen (RG Warn 08 Nr 463). Für die Annahme eines Verschuldens kommt es einmal darauf an, ob ein Papier zu Gewinnzwecken oder zu dauernder Kaitalanlage gekauft wird, und weiter, wie schon bemerkt, ob der anfragende Kunde selbst im gewerblichen Leben steht,

so daß der Bankkaufmann eigene Sachkunde bei ihm voraussetzen darf oder nicht (RG JW 09, 360[4] und Warn 08 Nr 146). Auch beim Vorhandensein eines Verschuldens des Bankkaufmanns kann sich gemäß § 254 seine Verantwortung mindern, sofern sich der Kunde bei gehöriger Überlegung die Unsicherheit selbst sagen mußte (RG Warn 08 Nr 463). Nicht richtig ist es, eine berufliche Ratserteilung des Bankkaufmanns anzunehmen, die ihn allein, auch abgesehen von einem abzuschließenden Kauf- oder Kommissionsgeschäft oder einem schon bestehenden Vertrauensverhältnisse zu einem Kunden verpflichtete. Denn der Bankkaufmann erteilt nicht schlechthin einem jeden unentgeltlich Rat, um damit zu entgeltlicher Tätigkeit zu gelangen; sein Gewerbe besteht aus dem Kauf und Verkauf von Wertpapieren und deren kommissionsweiser Vermittlung, und nur im Zusammenhange mit diesen Geschäften, sei es mit einem einzelnen Geschäfte, sei es mit einer Geschäftsverbindung, tritt er auch als sachverständiger Berater seiner Kunden, und nur dieser, auf. Die Rechtsprechung des RG sieht deshalb mit Recht diese Ratsleistung als eine Nebenleistung des Kauf- oder Kommissionsgeschäfts oder als eine aus dem Vertrauensverhältnis einer längeren Geschäftsverbindung entsprungene Verpflichtung an und betrachtet sie unter diesem Gesichtspunkt. Die Haftung des Bankkaufmanns bestimmt sich somit nach dem Grundverhältnisse, in welchem der Bankkaufmann zu dem Beratenen steht; nach dem Kauf- oder Kommissionsgeschäfte (RG 42, 125; 67, 394; JW 05, 502[25]; 1910, 808[22]; 1911, 809[14]; SeuffA 55 Nr 26; Warn 08 Nr 463 u. 605; 1910 Nr 110); nach dem Verhältnisse einer Geschäftsverbindung (RG 27, 118; JW 03, 151[7]; 07, 363[11]). Gelegentliche frühere Geschäfte, die keinen Zusammenhang mit der Gegenwart haben, begründen eine Beratungspflicht nicht. Ebenso kann von einem Beratungsvertrage nicht die Rede sein, wenn es sich nicht um einen von dem Kunden beabsichtigten Kauf handelt, sondern um die gesellschaftliche (Unterkonsortial-) Beteiligung an einem Gewinnunternehmen des Bankkaufmanns (RG 67, 394). Eine Auskunft über seine geschäftlichen Beziehungen zu andern Kunden und deren wirtschaftliche Verhältnisse überhaupt zu erteilen, ist der Bankkaufmann nicht verpflichtet, ja auch ohne deren Zustimmung nicht einmal berechtigt. Es hat sich aber im Verkehr die Gepflogenheit herausgebildet, solche Auskünfte nicht zu versagen, die indessen, wie sie allgemein vorsichtig und zurückhaltend gefaßt zu werden pflegen und mehr durch das besagen, was sie nicht aussprechen, auch ebenso aufgefaßt werden müssen (RG Warn 1916 Nr 307): jedenfalls beschränkt sich die Haftung des Bankkaufmanns aus der Auskunft hier auf den Kredit, für den die Auskunft über einen Kunden nachgesucht wurde (RG 3. 12. 14 VI 425/14). In ein ähnliches Beratungsverhältnis, wie der Bankkaufmann zum Kunden, tritt der Baumeister zum Bauherrn, den er als Sachverständiger auf die gegen den Bauplan wegen der Bodenbeschaffenheit, des von jenem gewählten Baustoffs, der baupolizeilichen Anforderungen usw. aufmerksam zu machen hat (M 2, 485; RG SeuffA 60 Nr 186). Das bloße Sichgefallenlassen von Mäklerdiensten begründet keinen Vertrag und deshalb auch keine Vertragshaftung des Mäklers für eine Auskunft über die Zuverlässigkeit des Verkäufers oder des Käufers. Aber es kann ein Vertrag auf Auskunftserteilung als geschlossen anzunehmen sein, wenn ersichtlich ist, daß die Auskunft nicht als unverbindliche Gefälligkeit erbeten wurde, sondern ernstliche Voraussetzung für die Eingehung des Geschäfts sein sollte; hier wird dann eine Vertragshaftung für Fahrlässigkeit begründet (RG JW 1917, 101[2]).

3. Da § 823 Abs 1 eine Beschädigung des Vermögens als solchen nicht zur Grundlage eines Entschädigungsanspruchs macht, kommt für die **Haftung aus unerlaubter Handlung** zumeist nur § 826, vorsätzliche Schädigung in einer wider die guten Sitten verstoßenden Weise in Betracht (RG 67, 394 u. 68, 278; ferner 76, 313 u. JW 1911, 584[27]). Sie kann begangen werden durch eine wissentlich falsche Rats- oder Auskunftserteilung, mag es sich dabei auch nur um das Vorgeben einer in Wahrheit nicht vorhandenen Kenntnis oder um das wissentliche Verschweigen wesentlicher Umstände (RG JW 1911, 43[29]) handeln, sofern der den Rat oder die Auskunft Erteilende sich wenigstens der Möglichkeit schädlicher Folgen daraus für den Anfragenden bewußt ist (RG JW 02 Beil Nr 219; Warn 1910 Nr 327; Grenze zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit: RG 76, 313; s. § 826 A 3 u. 5 b). § 823 Abs 2 kann vorliegen, wenn die Rats- oder Auskunftserteilung den Tatbestand einer strafbaren Handlung nach Maßgabe eines Schutzgesetzes (§ 263 StGB) erfüllt; § 824 kommt nur für den Schadensersatzanspruch der Person, über die eine ungünstige Auskunft erteilt worden ist, in Betracht. Darüber s. RG JW 08, 241[14].

Elfter Titel

Geschäftsführung ohne Auftrag

1. Den Bestimmungen über den Auftrag hat das BGB diejenigen über die **Geschäftsführung ohne Auftrag** mit Rücksicht auf die innere Verwandtschaft des Stoffs beider Rechtskreise angereiht, denn der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag ist wie der des Auftrags und der des Dienst- oder Werkvertrags nach § 675 die Geschäftsbesorgung für einen andern (§ 677); er unterscheidet sich von jenen durch die vollständig freiwillige Übernahme

der Geschäftsbesorgung, durch das Fehlen eines Auftrags oder eines Vertrags oder einer sonstigen Berechtigung oder Verpflichtung zum Handeln für den Dritten. Deshalb ist die Geschäftsführung ohne Auftrag kein Rechtsgeschäft; sie ist eine Tätigkeit, die Rechtswirkungen erzeugt und zwischen dem Handelnden und der Person, für die er handelt, ein vertragsähnliches Verhältnis schafft. Nur dieses letztere Verhältnis regeln die §§ 677—687; über eine Vertretungsmacht des Geschäftsführers, aus der ein Dritter Ansprüche gegen den Geschäftsherrn herleiten könnte, enthalten sie nichts; die rechtsgeschäftliche Vertretung ohne Vertretungsmacht behandeln die §§ 177—180.

2. Über den Begriff der **Geschäftsbesorgung** ist in der Vorbem 2 vor § 662 gehandelt. Wie dort, so wirft sich auch hier die Frage auf, nach welchem Gesetze diejenigen freiwilligen Hilfeleistungen zu behandeln sind, die nicht in den Kreis der Geschäftsbesorgung, der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit für einen andern, fallen. Soweit es sich um Leistungen handelt, die Gegenstand eines Dienst- oder Werkvertrags sein können, wie die Behandlung eines Kranken durch einen Arzt, bieten sich die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag als zur entsprechenden Anwendung geeignet dar; für andere Hilfeleistungen, die nicht eine Tätigkeit, sondern ein Geben zum Inhalte haben (Lieferung von Verbandstoffen oder Heilmitteln durch den Apotheker auf Veranlassung des Arztes), kann Ersatz nur aus dem Rechtsgrunde der ungerechtfertigten Bereicherung gefordert werden. Einen Anspruch aus nützlicher Verwendung, wie er nach gemeinem Recht und nach PrALR hier einsetzen würde, kennt das BGB nicht (M 2, 871).

3. Die **Regelung** der Geschäftsführung ohne Auftrag nach dem BGB ist folgende: Dem Geschäftsführer erwächst aus der Geschäftsführung kein Anspruch (Bereicherung? vgl. § 685 A 1), wenn er nicht die Absicht hatte, sich den Geschäftsherrn zu verpflichten (§ 685). Ist diese Absicht vorhanden, so kommen ihm jedenfalls die Ansprüche aus der Bereicherung zu (§§ 684, 812); er gewinnt die Rechte des Beauftragten (§ 670), wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung nachträglich genehmigt (§ 684 Satz 2) oder wenn die Geschäftsführung sowohl dem Interesse wie auch dem, wenn auch nur vernünftigerweise vorauszusetzenden Willen des Geschäftsherrn entsprach (§ 683), aber auch beim Fehlen dieser Übereinstimmung der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn, wenn die Geschäftsführung die im öffentlichen Interesse liegende Erfüllung einer Pflicht oder einer gesetzlichen Unterhaltspflicht des Geschäftsherrn zum Gegenstande hatte (§§ 683 Abs 2, 679). Die Geschäftsführung verpflichtet den Geschäftsführer wie einen Beauftragten (§§ 681 Satz 2, 666—668); sie verpflichtet ihn ferner (§ 681 Satz 1), tunlichst die Übernahme dem Geschäftsherrn anzuzeigen und seine Entschließung abzuwarten. Die schuldhafte Versäumung dieser Pflichten wie auch der Beachtung des Interesses und des wirklichen oder vorauszusetzenden Willens des Geschäftsherrn bei der Erledigung des Geschäfts (§ 677) macht ihn schadensersatzpflichtig. Aber auch ohne weiteres Verschulden, und selbst wenn die Geschäftsführung an sich dem Interesse des Geschäftsherrn entsprach, haftet er für einen dem Geschäftsherrn aus der Geschäftsführung entstandenen Schaden, wenn er bei der Übernahme (nicht der Erledigung) der Geschäftsführung dem wirklichen oder vorauszusetzenden Willen des Geschäftsherrn zuwiderhandelte (§ 678), es sei denn wiederum, daß durch die Geschäftsführung eine der vorbezeichneten Verpflichtungen des Geschäftsherrn (§ 679) erfüllt wurde, in welchem Falle die gewöhnliche Haftung nach §§ 276, 278 eintritt. Die Haftung verringert sich, und zwar für die Übernahme wie für die Ausführung des Geschäfts, auf Vertretung von Vorsatz und grobem Versehen, wenn die Geschäftsführung die Abwendung einer drohenden Gefahr von dem Geschäftsherrn bezweckte (§ 680). Die **Verjährung** der Ansprüche aus der Geschäftsführung ist die dreißigjährige (§ 195), auch wenn für das Geschäft, dessen Erledigung für den Geschäftsherrn die Geschäftsführung zum Gegenstande hatte, eine kürzere Verjährung besteht (**RG** 69, 429; 7. 5. 12 III 292/11). Anders nur, wenn die Geschäftsführung in der Lieferung von Waren oder in Arbeitsleistungen bestand, deren Entgeltanspruch der kurzen Verjährung des § 196 unterliegt; § 196 setzt eine vertragsmäßige Grundlage des Anspruchs nicht voraus; der Anspruch aus der Geschäftsführung deckt sich hier mit dem Anspruch auf Bezahlung der Lieferungen oder Leistungen (**RG** 86, 96). Anders auch dann, wenn die Geschäftsführung im Interesse eines aus unerlaubter Handlung Schadensersatzpflichtigen erfolgte, nachdem die Verjährung des Anspruchs des Beschädigten gemäß § 852 bereits eingetreten war; denn nun befreite die Geschäftsführung den Ersatzpflichtigen nicht mehr von einer Schuld; diese war bereits erloschen (**RG** a. a. O.). § 687 fügt den Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag einen fremden Tatbestand an; er behandelt den Fall, daß jemand ein fremdes Geschäft, sei es bewußt (Abs 2) oder unbewußt (Abs 1) als sein eigenes behandelt.

4. Ein **fremdes Geschäft** ist im Sinne der §§ 677—685 sowohl das gegenständlich (objektiv) fremde, das einen Eingriff in den Vermögens- und Rechtskreis des Geschäftsherrn voraussetzt, wie z. B. der Verkauf einer im Eigentum des Geschäftsherrn stehenden Sache, wie auch das persönlich (subjektiv) fremde, das ein fremdes nur durch die Zweckbeziehung wird, die ihm

der Geschäftsführer gibt; so der Ankauf einer Sache für den Geschäftsherrn. § 687 kann ausschließlich, § 686 in der Regel nur auf gegenständlich fremde Geschäfte bezogen werden.

5. Die Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag finden **entsprechende Anwendung** nach §§ 450 Abs 2, 547 Abs 2, 581 Abs 2, 601 Abs 2, 994 Abs 2, 1049 Abs 1, 1216 Abs 1, 1959 Abs 1, 1978 Abs 1 u. 3, 1991, 2125 Abs 1. Über eine weitere entsprechende Anwendung für Hilfeleistungen, die keine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande haben, vgl. oben Vorbem 2; für die Schutzvorkehrungen nach § 6 TelG **RG** Warn 1913 Nr 383.

6. **Anderweite reichsgesetzliche Normen** über Geschäftsführungen ohne Auftrag finden sich in § 89 ZPO (prozeßrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag), §§ 740 ff. HGB (Bergung und Hilfeleistung in Seenot), sowie in den entsprechenden §§ 93 ff. des BinnenSchG. In das Gebiet der Geschäftsführung ohne Auftrag schlägt äußerlich ein § 62 UWG, wonach dem Armenverbande, der einen Hilfsbedürftigen auf Grund des genannten Gesetzes unterstützt hat, ein Ersatzanspruch gegen den Unterhaltspflichtigen in den Grenzen seiner Verpflichtung zusteht. Der rechtliche Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag ist hier jedoch nicht anwendbar; es handelt sich vielmehr um einen gesetzlichen Übergang der Rechte des Unterstützten auf den Armenverband (**RG** 72, 334; 74, 274; 75, 84). Art 103 EG erhält die landesgesetzlichen Vorschriften aufrecht, nach welchen der Staat sowie Verbände und Anstalten, die auf Grund öffentlichen Rechtes zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet sind, Ersatz ihrer Aufwendungen von der unterstützten Person selbst (vgl. hierzu für Preußen **RG** 14, 197, neuerdings 75, 84 und 76, 69) sowie von den für sie nach dem BGB unterhaltspflichtigen Personen verlangen können. Soweit solche Landesgesetze nicht bestehen, ist mit Rücksicht auf die eigene öffentlichrechtliche Verpflichtung der Armenverbände, abgesehen von dem Ersatzanspruche nach § 62 UWG, gerade wegen des in Art 103 EG für die Landesgesetze ausgesprochenen Vorbehalts ein Geschäftsführungsanspruch der Armenverbände gegen die sonst unterhaltspflichtigen Personen nicht anzuerkennen, wenngleich der Umstand allein, daß die aufgewendete Tätigkeit in Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht erfolgte, sofern zugleich die Absicht vorlag, von einem Dritten Ersatz zu verlangen, einen Ersatzanspruch aus auftragsloser Geschäftsführung für die dem Privatrechte unterstehenden Leistungen nicht ausschließt (**RG** 75, 276; 82, 214; JW 1910, 186[9]).

§ 677

Wer ein Geschäft[1]) für einen anderen[2]) besorgt[1]), ohne von ihm beauftragt[3]) oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt[3]) zu sein, hat das Geschäft so zu führen[4]), wie das Interesse des Geschäftsherrn mit Rücksicht auf dessen wirklichen oder mutmaßlichen Willen es erfordert[4]).

E I 749 Abs 1 II 608; M 2 854—857; P 2 725—727.

1. Der Begriff der **Geschäftsbesorgung** ist hier derselbe wie in den §§ 662 u. 675. S. die Vorbem 2 vor § 662 und vor § 677, sowie A 1 zu § 662 und A 1 zu § 675. Über die entsprechende Anwendung auf Tätigkeiten anderer Art und die schließliche Ergänzung der Lücke durch die Vorschriften über die Bereicherung s. die angezogene Vorbem 2 vor § 677. Die rechtsgeschäftliche Geschäftsbesorgung ohne Auftrag kann wie beim Auftrag im eigenen Namen des Geschäftsführers oder auf den Namen des Geschäftsherrn erfolgen; im letzteren Falle ist sie nach außen Vertretung ohne Vertretungsmacht (§§ 177 ff., prozessual § 89 ZPO). Die Unentgeltlichkeit der Geschäftsbesorgung ist der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht wesentlich (s. darüber A 5 zu § 683).

2. **Für einen andern,** nicht „eines andern". Damit ist ausgesprochen, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag sowohl das gegenständlich (objektiv) fremde, wie das persönlich (subjektiv) fremde Geschäft umfaßt. S. die Vorbem 4 vor § 677. Das Handeln für einen andern setzt das Bewußtsein und den Willen voraus, für ihn tätig zu sein; beides kann bei dem gegenständlich fremden Geschäft auseinanderfallen; ist dann zwar das Bewußtsein vorhanden, aber nicht der Wille, so ist der Tatbestand des § 687 Abs 2 gegeben. Die Richtung des Willens auf eine bestimmte Person ist nicht erforderlich; es genügt das Vorhandensein des Blankettwillens, zu handeln für den, den es angeht. Der Irrtum über die Person des Geschäftsherrn ist für den Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag unerheblich; nur der wirkliche Geschäftsherr wird berechtigt und verpflichtet (§ 686). Der „andere" kann auch eine Leibesfrucht oder eine erst im Entstehen begriffene juristische Person sein (**RG** SeuffA 42 Nr 112; LZ 1913, 853[23]). Ein Handeln für die eigene Person schließt das gleichzeitige Handeln für einen andern nicht aus: so kann ein Miterbe zugleich für sich und als Geschäftsführer für die übrigen Miterben tätig sein (**RG** 63, 280; LZ 1913, 853[23]). So kann der Unterhaltspflichtige, der für den durch einen Dritten körperlich verletzten Unterhaltsberechtigten Aufwendungen macht, dabei zugleich als Geschäftsführer für den ersatzpflichtigen Schädiger handeln (vgl. darüber § 683 A 2 u. § 843 A 8). Ebenso kann neben einer Verpflichtung zum Handeln einem

andern (B) gegenüber, die auch eine vertragliche sein kann, die gleichzeitige bewußte und gewollte Tätigkeit für einen Dritten (C) bestehen, die sich als Geschäftsführung ohne Auftrag darstellt (der Miterbe A handelt für sich, als Beauftragter des Miterben B und als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Miterben C). Wer aber lediglich auf Grund einer wirklichen oder vermeintlichen Verpflichtung einem andern (B) gegenüber eine Tätigkeit ausübt, die in Wirklichkeit im Interesse eines Dritten (C) liegt, handelt nicht als des letzteren Geschäftsführer, da er dessen Interesse nicht wahrnehmen wollte (RG JW 03 Beil Nr 310 u. Gruch 52, 997).

3. **Beauftragt** heißt hier durch Vertrag berechtigt (Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag, Mäklervertrag); **sonst berechtigt** bedeutet die gesetzliche Berechtigung des Ehemanns, Vaters, Vormunds, Nachlaß- und Konkursverwalters oder eines durch Amtspflicht zum Handeln berechtigten Beamten. Der Vormund, der nach beendeter Vormundschaft weiter für das frühere Mündel tätig ist, handelt insoweit als Geschäftsführer ohne Auftrag (RG JW 1910, 233[10]); ebenso der Notar, der ohne dahingehenden Auftrag die Grundbuchbenachrichtigungen hinsichtlich eines von ihm beurkundeten Rechtsgeschäfts für die Beteiligten entgegennimmt (RG 81, 428); sowie ferner die auf Grund einer nichtigen Bestellung tatsächlich in der Stellung des Geschäftsführers einer G. m. b. H. tätig gewordene Person für die Gesellschaft (RG Warn 09 Nr 504). Ob der Geschäftsführer sich bewußt war, ohne Auftrag zu handeln, ist für die Rechte und Pflichten aus der Geschäftsführung gleichgültig (§ 686); nur darf er nicht glauben, dem Geschäftsherrn zu der Leistung verpflichtet zu sein. Über den Auftrag eines Dritten s. A 2. Ist der Auftrag oder der verpflichtende Vertrag nichtig, so bleibt, wenn die Voraussetzungen des § 677 vorliegen, die auftragslose Geschäftsführung übrig (RG 89 S. 211, 215f.). Da mangels eines Auftrags oder sonstigen Vertrags ein Rechtsverhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn vor der Geschäftsbesorgung nicht besteht, kann ein Anspruch aus der Geschäftsführung ohne Auftrag nur wegen der in der Vergangenheit liegenden Geschäfte des Geschäftsführers erhoben werden (RG 84, 390; LZ 1918, 1209[5]). Deshalb ist keine Feststellungsklage für Geschäftsführungsleistungen in der Zukunft möglich, es sei denn, daß es sich um regelmäßige, häufig wiederkehrende Leistungen handelt, deren Wiederholung dem zu erwartenden regelmäßigen Verlaufe der Dinge entspricht; hier ist eine dauernde Beziehung gegeben, die die Grundlage einer Feststellung werden kann (RG LZ a. a. O.).

4. § 677 gibt die allgemeine Regel über die **Verpflichtungen des Geschäftsführers bei der Ausführung der unternommenen Geschäftsbesorgung**; für die Verpflichtungen bei der Übernahme und die Folgen ihrer Verletzung gelten die §§ 678ff. Die Grundregel, die beide beherrscht, ist, daß die Geschäftsführung dem objektiven Interesse, sowie dem wirklichen oder vernünftigerweise vorauszusetzenden (mutmaßlichen) Willen des Geschäftsherrn, bei dessen Geschäftsunfähigkeit dem seines gesetzlichen Vertreters entsprechen soll. Während aber ein Zuwiderhandeln gegen den erkannten oder dem Geschäftsführer erkennbaren Willen des Geschäftsherrn bei der Übernahme der Geschäftsführung den Geschäftsherrn auch ohne sonstiges Verschulden für allen aus der Geschäftsführung entstandenen Schaden ersatzpflichtig macht (§ 678), steht die Ausführung, von den durch die §§ 678—680 getroffenen Fällen abgesehen, unter den allgemeinen Grundsätzen der §§ 276 u. 278. Der Geschäftsführer hat, nachdem er ohne Verschulden die Geschäftsführung übernommen, das Geschäft nach sachlichen Gesichtspunkten, nach seiner besten Kenntnis auszuführen. Das Interesse des Geschäftsherrn muß hierbei immer sein leitender Gedanke sein, auf den Willen des Geschäftsherrn ist im Rahmen dieses Interesses tunlichst Rücksicht zu nehmen; die Art und Weise, wie der Geschäftsführer das Geschäft für den Geschäftsherrn durchführt, ist im übrigen seine Sorge. Nur eine Anpassung an den Willen des Geschäftsherrn, nicht eine Unterordnung unter diesen, der einer sachlichen Erledigung und dem eigenen Interesse des Geschäftsherrn hinderlich sein kann, wird hier verlangt. Für den Erfolg hat der Geschäftsführer nach § 677 nicht einzustehen. — Über das Interesse und den wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn s des näheren § 683 A 2 u. 3. — Eine Verpflichtung, das begonnene Geschäft zu Ende zu führen, besteht für den Geschäftsführer grundsätzlich nicht. Aber die unternommene Geschäftsführung untersteht dem Gesichtspunkte des § 242; die Übernahme erzeugt Pflichten, die nicht durch Fallenlassen der Geschäftsführung rückwärts beseitigt werden können (RG 63, 280). — Besondere Normen über Pflichten des Geschäftsführers bei der Ausführung des Geschäfts sind in § 681 und den dort angezogenen §§ 666—668 enthalten.

§ 678

Steht die Übernahme[1]) der Geschäftsführung mit dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch und mußte der Geschäftsführer dies erkennen[2]), so ist er dem Geschäftsherrn zum Ersatze

des aus der Geschäftsführung entstehenden Schadens auch dann verpflichtet, wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt[3]).

E I 749 Abs 2 II 609; M 2 857, 858; P 2 727.

1. Die **Übernahme der Geschäftsführung,** nicht auch die Art der Ausführung (vgl. Prot 2, 727 und oben A 4 zu § 677 sowie A 1 zu § 683). Für die Ausführung gilt § 677 in Verbindung mit §§ 276, 278. Die Bestimmung des § 678 setzt aber eine Ausnahme von der Grundregel des § 677 insofern, als unter der Voraussetzung, daß die Übernahme der Geschäftsführung dem Willen des Geschäftsherrn widersprach, die Haftung des Geschäftsführers wegen seiner ganzen Tätigkeit auch auf im übrigen unverschuldeten Schaden sich ausdehnt.

2. **„Mußte der Geschäftsführer dies erkennen"**, d. i. hat er es erkannt oder hätte er es bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennen müssen. Das Handeln gegen bessere Kenntnis oder die auf mangelnder Sorgfalt beruhende Nichterkenntnis stellt das Verschulden dar, das den Geschäftsführer haftbar macht. Die Beweislast für das Erkennen oder Erkennenmüssen trifft den Geschäftsherrn.

3. **Ohne sonstiges Verschulden,** auch wenn die Übernahme der Geschäftsführung dem objektiven Interesse des Geschäftsherrn entsprach. Die vorwiegende Bedeutung des Interesses kommt aber zum Ausdruck in den durch die §§ 679 u. 680 anerkannten Ausnahmen von § 678. Die Genehmigung der Geschäftsführung (§ 684) beseitigt naturgemäß den Schadensersatzanspruch aus § 678. Für die Feststellung, ob und in welchem Umfange ein Schaden entstanden ist, ist das Ergebnis der ganzen Geschäftsführung maßgebend. — Daß § 678 nicht anwendbar ist, wenn der Handelnde ein fremdes Geschäft gar nicht besorgen wollte, sondern die Tätigkeit zu seinem eigenen Geschäfte machte (RG JW 03 Beil Nr 310 u. 26. 4. 08 IV 448/07), ist selbstverständlich.

§ 679

Ein der Geschäftsführung[1]) entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn kommt nicht in Betracht[2]), wenn ohne die Geschäftsführung eine Pflicht des Geschäftsherrn, deren Erfüllung im öffentlichen Interesse liegt[3]), oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht[4]) des Geschäftsherrn nicht rechtzeitig erfüllt werden würde[5])[6]).

E I 749 Abs 2 II 610; M 2 858, 864, 865; P 2 735—738.

1. Die Bestimmung des § 679 stellt sich als eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 678 dar. Die Folge der Ausnahme ist, daß für die Haftung des Geschäftsführers in den Fällen des § 679 wieder gemäß § 677 die allgemeine Regel der §§ 276, 278 gilt. Unter der **Geschäftsführung** ist deshalb auch hier die Übernahme der Geschäftsführung zu verstehen, während für die Ausführung ein entgegenstehender Wille des Geschäftsherrn nur nach Maßgabe des § 677 in Betracht kommt (§ 677 A 4, § 678 A 1). Aber auch in den Grenzen, in denen der Wille des Geschäftsherrn für die Ausführung des Geschäfts nach § 677 zu berücksichtigen ist, wird er ausgeschaltet, soweit er nach § 679 durch andere Umstände ersetzt wird.

2. Der Widerspruch der Übernahme der Geschäftsführung mit dem **Willen des Geschäftsherrn,** den § 678 für das Maß der Verpflichtungen des Geschäftsführers als ausschlaggebend hinstellt, wird nach § 679 durch ein öffentliches Interesse der Geschäftsführung bedeutungslos gemacht. Dieses ersetzt den Willen, nicht aber auch das persönliche Interesse des Geschäftsherrn, das durch § 679 nicht berührt wird. Letzteres kommt zur Geltung, wenn der Geschäftsführer nach § 683 Ersatz seiner Aufwendungen vom Geschäftsherrn verlangen will, es wird aber in der Regel als mit dem öffentlichen Interesse übereinstimmend von vornherein anzusehen sein. Soweit der Wille des Geschäftsherrn nach § 679 durch andere Voraussetzungen ersetzt wird, ist auch ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn gleichgültig. Der entgegenstehende Wille des Geschäftsherrn kommt ferner auch dann nicht in Betracht, wenn er rechtswidrig oder sittenwidrig ist.

3. Nicht die Pflicht selbst, sondern deren **Erfüllung** muß im öffentlichen Interesse liegen; die Pflicht kann deshalb auch privatrechtlicher Natur, sie wird unter Umständen selbst in einem Vertrage begründet sein dürfen (ein Fabrikant hat sich verpflichtet, der Armee in einem Kriege Gegenstände in bestimmter Frist zu liefern; er tut es nicht, und ein anderer liefert statt seiner und für ihn). Ein **öffentliches Interesse** gemäß § 679 liegt vor bei der Schaffung der in § 618 dem Dienstherrn zur Pflicht gemachten Einrichtungen, bei der Bezahlung von Steuern für den Geschäftsherrn (so die allgemeine Meinung; a. A. mit Prot 2, 738 Planck A 2a zu § 679), Verpflegung seiner Einquartierung, Wegebesserung, Stempelung von Verträgen, Bestreitung von Beerdigungskosten, Wegschaffung von Verunglückten von öffentlichen Straßen (RG JW 1910, 18[6]; andere Fälle s. RG 75 S. 188 u. 276; 77, 193; JW 1911, 992[36]; 1912, 81[27], anderseits die Fälle, in denen die Erfüllung einer Pflicht des Geschäftsherrn im öffentlichen

Interesse nicht anzuerkennen ist: **RG** 92, 197; LZ 1918, 1209[9]). Die Pflicht des Geschäftsherrn braucht nicht endgültig festzustehen (die Berufung gegen die bezahlte Steuer steht noch offen; Kanalbeiträge sind den Hauseigentümern durch anfechtbaren Bescheid auferlegt). Die Erfüllung sittlicher Pflichten schlechthin steht der im öffentlichen Interesse begründeten Erfüllung gesetzlicher Pflichten nicht gleich.

4. Gesetzliche Unterhaltspflicht: §§ 1345, 1351, 1360f., 1578ff., 1601ff., 1703, 1708, 1715, 1719, 1736, 1739, 1757, 1762, 1766. Hierher gehören auch die Leistungen des Arztes, der ohne Auftrag die Ehefrau oder das Kind des unterhaltspflichtigen Ehemanns oder Vaters behandelt (vgl. **RG** JW 1913, 1147[4]). Ebenso die des Apothekers für denselben Zweck, der hier nicht nur Waren liefert (vgl. Vorbem 2 vor § 677), sondern dem Unterhaltspflichtigen eine wirtschaftliche Sorge abnimmt, indem er aus seinen Vorräten Gegenstände beschafft, die sonst der Unterhaltspflichtige beschaffen müßte. Die vielbehandelte Frage, ob dem Arzte, der eine Ehefrau behandelte, auch ein Anspruch gegen diese zusteht, möge hier ihre Stelle finden. Wurde der Arzt von der Ehefrau selbst zugezogen, dann erwächst ihm gegen sie der Vertragsanspruch, da von einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung des Ehemanns durch Ausübung der Schlüsselgewalt (§ 1357) nicht wohl die Rede sein kann; daneben hat er von der naturgemäßen Annahme aus, daß der Arzt seine Tätigkeit ausübt für den, den es angeht, gegen den unterhaltspflichtigen Ehemann den Anspruch aus auftragloser Geschäftsführung. Hat aber der Ehemann den Arzt angenommen und sich ihm dadurch vertraglich verpflichtet, so liegt zwar der Ehefrau gegenüber keine Geschäftsbesorgung vor, immerhin aber eine in ihrem Interesse aufgewendete Tätigkeit, die die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag gestattet (vgl. die Vorbem 2 vor § 662 und vor § 677). Vgl. **RG** 85, 183.

5. Der **nicht rechtzeitigen Erfüllung** steht selbstverständlich die Nichterfüllung überhaupt gleich.

6. Die **Beweislast** für die Voraussetzungen des § 679 trifft den Geschäftsführer, der sich darauf beruft. Die irrtümliche Annahme, daß die Voraussetzungen gegeben seien, erfüllt den Tatbestand des § 679 nicht, kann aber gleichwohl eine Haftung nach § 678 ausschließen, soweit es sich um den mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn handelt und der Irrtum des Geschäftsführers diesen an dem Erkennen und Erkennenmüssen jenes Willens ohne Verschulden hindert.

§ 680

[1]) Bezweckt[2]) die Geschäftsführung die Abwendung einer dem Geschäftsherrn drohenden dringenden Gefahr[3]), so hat der Geschäftsführer nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten[4]).

E I 750 II 611; M 2 858; P 2 727, 728.

1. Indem § 680 die Haftung des Geschäftsführers auf die **Vertretung von Vorsatz und grobem Versehen** beschränkt, setzt er eine Ausnahme nicht nur von § 678, sondern auch von §§ 677 u. 679, nach denen die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers die regelmäßige der §§ 276, 278 ist. Der Grundgedanke der Bestimmung ist, daß ein helfendes Eingreifen Dritter in Augenblicken dringender Gefahr im allgemeinen Interesse erwünscht, ein Sichvergreifen in den Mitteln der Hilfe aber wegen der durch die Gefahr erforderten Schnelligkeit der Entschließung, die ein ruhiges überlegendes Abwägen ausschließt, nur zu leicht stattfinden kann. Der entgegenstehende Wille des Geschäftsherrn kann auch im Falle des § 680 wegen der Rechtsähnlichkeit des Tatbestandes mit dem des § 679 nicht in Betracht kommen (a. A. Staudinger A 4 zu § 680). Über die Anwendbarkeit des § 680 bei vertragsmäßiger unentgeltlicher Geschäftsbesorgung s. § 662 A 3. Die Beweislast für die Voraussetzungen des § 680 trifft den Geschäftsführer.

2. Die Geschäftsführung braucht die Abwendung der Gefahr nur zu **bezwecken**; deshalb ist nicht nur der Erfolg gleichgültig; es kommt auch nicht darauf an, ob die Gefahr wirklich bestand, sofern nur der Geschäftsführer sie bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt — in dieser Beziehung gilt die allgemeine Regel des § 276 — für gegeben annehmen durfte.

3. Eine **dringende Gefahr** ist die unmittelbar bevorstehende. Die Gefahr kann bestehen für die Person des Geschäftsherrn oder sein Vermögen, richtiger Ansicht nach (a. M. Staudinger A 1b) aber auch für die Person der Angehörigen des Geschäftsherrn, die diesem näher stehen als sein Vermögen. Dagegen scheint es zuweit zu gehen, auch das Vermögen der Angehörigen einzubegreifen.

4. Grobe Fahrlässigkeit ist eine besonders schwere Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt. Wenn durch grobe Fahrlässigkeit des Geschäftsführers dem Geschäftsherrn ein Schaden erwachsen ist, so kann auch bei Anerkennung des Grundsatzes der Vorteilsausgleichung — vgl. darüber Vorbem 5 vor § 249 — dagegen nicht der Wert der etwa durch die Geschäftsführung geretteten Sache verrechnet werden; denn diese Rettung

bedeutet eine Erhaltung des Vermögens, nicht aber einen Vermögenszuwachs, der dem Abgange gegenübergestellt werden könnte.

§ 681

Der Geschäftsführer hat die Übernahme der Geschäftsführung, sobald es tunlich ist, dem Geschäftsherrn anzuzeigen und, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, dessen Entschließung abzuwarten[1]). Im übrigen finden auf die Verpflichtungen des Geschäftsführers die für einen Beauftragten geltenden Vorschriften der §§ 666 bis 668 entsprechende Anwendung[2]).

E I 751 II 612; M 2 859; P 2 728.

1. **Anzeigepflicht des Geschäftsführers.** Vgl. § 665 Satz 2. Der Wille des Geschäftsherrn, der nach §§ 677, 678, 683 für die Übernahme der Geschäftsführung maßgebende Norm, für die Ausführung wenigstens tunlichst zu beachtende Richtschnur ist, soll nicht ohne Not umgangen werden. Wann die Anzeige tunlich war, ergibt sich aus den Umständen des Einzelfalles; so ist regelmäßig ein strengerer Maßstab anzuwenden, wenn der Geschäftsführer mit dem Geschäftsherrn am gleichen Orte wohnt und diesen deshalb leicht erreichen kann (**RG** 12. 11. 17 VI 270/17). Der mutmaßliche Wille ersetzt nicht den wirklichen und kommt erst in Betracht, wenn der letztere nicht zu ermitteln ist. Dieser Ermittlung dient der § 681. Schuldhafte Nichtachtung der Anzeige- und Abwartungspflicht verpflichtet zum Schadensersatz. Anwendung der Bestimmung auf einen Rechtsanwalt, der eine Partei in erster Instanz vertreten, dann ohne besonderen Auftrag Berufung eingelegt, diese aber, ohne die Entschließung der Partei einzuholen, wieder zurückgenommen hatte (**RG JW** 1913, 921[8]).

2. **§ 666**: Auskunft und Rechenschaft; **§ 667**: Herausgabe des Erlangten; **§ 668**: Verzinsung im eigenen Interesse des Geschäftsführers verwendeten Geldes. Streitig ist, ob auch die §§ 672 Satz 2, 673 Satz 2 (Folgen des Todes des Geschäftsherrn und des Geschäftsführers) für die Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend anwendbar sind. Der bejahenden Meinung (Planck, Oertmann; a. M. Staudinger Vorbem 5 vor § 677) ist wegen der Ähnlichkeit der Sachlage der Vorzug zu geben.

§ 682

Ist der Geschäftsführer[1]) geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt[2]), so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich[3]).

E I 752 II 613; M 2 860; P 2 729.

1. **Der Geschäftsführer:** Die Geschäftsunfähigkeit oder Beschränkung der Geschäftsfähigkeit auf der Seite des Geschäftsherrn ist für die Rechtsbeziehungen zwischen ihm und dem Geschäftsführer, auch soweit sein Wille nicht überhaupt ausgeschaltet wird (§ 679), einflußlos. An die Stelle des Willens des Geschäftsherrn selbst tritt in diesen Fällen der Wille des gesetzlichen Vertreters. Auch für den Geschäftsführer ist aber § 682 nicht anwendbar, wenn er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat; dann finden vielmehr die §§ 107, 111 Anwendung.

2. **Geschäftsunfähig:** § 104; in der Geschäftsfähigkeit beschränkt: §§ 106, 114.

3. § 682 beschränkt die Verantwortung des geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Geschäftsführers auf die Verpflichtungen zum **Schadensersatze wegen unerlaubter Handlungen** (§§ 823ff., für den persönlichen [subjektiven] Tatbestand insbesondere §§ 827—829) und zur Herausgabe der **Bereicherung** (§§ 812ff.; vgl. **RG** 81, 205): in der Gleichstellung beider Klassen der nicht voll geschäftsfähigen Personen weicht die Regelung des § 682 von der der §§ 104ff. ab. — Über die Ansprüche dieser Personen, wenn sie als Geschäftsführer gehandelt haben, gibt § 682 keine Bestimmung. Der Geschäftsunfähige kann nur Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung erheben, doch wird sein gesetzlicher Vertreter die Geschäftsführung nachträglich genehmigen und den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen nach § 683 für ihn geltend machen können. Für den in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten gilt § 107, wonach ihm die rechtlichen Vorteile aus seiner Handlung zukommen.

§ 683

Entspricht die Übernahme[1]) der Geschäftsführung dem Interesse[2]) und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen[3])[4]) des Geschäftsherrn, so

kann der Geschäftsführer wie ein Beauftragter Ersatz seiner Aufwendungen verlangen[5]). In den Fällen des § 679 steht dieser Anspruch dem Geschäftsführer zu, auch wenn die Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn in Widerspruch steht[6]).

E I 753 II 614; M 2 860—863; P 2 729—734.

1. Wie nach § 678, so ist auch hier lediglich das Vorhandensein der in § 683 aufgestellten Erfordernisse bei der **Übernahme** der Geschäftsführung entscheidend. Eine schuldhafte Nichtbeachtung des Interesses oder des Willens des Geschäftsherrn bei der Erledigung des Geschäft macht den Geschäftsführer gemäß §§ 677, 681 für den dadurch verursachten Schaden haftbar, nimmt ihm aber nicht den Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen nach § 683. Diese Scheidung des Willensakts der Übernahme von den zur Ausführung des Geschäfts dienenden Handlungen und Tätigkeiten ergibt sich deutlich aus den §§ 677, 678, 681; sie liegt auch dem § 683 zugrunde. Sie ist auch innerlich berechtigt, da die vielleicht lange Reihe und verwickelte Natur der Einzelhandlungen, die sich von vornherein nicht übersehen lassen, einen Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Anspruchs des Geschäftsführers nicht gewähren kann. Andernfalls würde bei der Einheit der ganzen Geschäftsführung jede Nichtübereinstimmung einer einzelnen Ausführungshandlung mit dem Interesse oder dem Willen des Geschäftsherrn dem Geschäftsführer den Anspruch benehmen. Die Rechte des Geschäftsherrn sind durch die §§ 677, 681 genügend gewahrt.

2. Unter dem **Interesse des Geschäftsherrn** ist die sachliche Nützlichkeit der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn zu verstehen, die immer vorhanden sein muß, wenn dem Geschäftsführer ein Anspruch gegen den Geschäftsherrn entstehen soll. Das Interesse muß nicht notwendig ein vermögensrechtliches, es kann auch in der gesellschaftlichen Stellung usw. des Geschäftsherrn begründet sein. Die Zahlung einer Schuld des Geschäftsherrn entspricht regelmäßig seinem Interesse; dies ist aber dann nicht der Fall, wenn der Schuld eine aufrechenbare Forderung gegenüberstand. Ein Notverkauf, der von dem Käufer ohne die Voraussetzungen des § 379 Abs 1 u. 2 HGB vorgenommen wurde, kann einen Geschäftsführungsanspruch für diesen begründen, wenn der Käufer wandlungsberechtigt war und der Verkauf wegen zu befürchtenden Verderbs der Ware oder aus andern Gründen dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verkäufers entsprach (**RG** 66, 186). Ferner können die Aufwendungen, die ein Entleiher für die geliehene Sache außerhalb der gewöhnlichen Kosten der Erhaltung (§ 601 Abs 1 Satz 2) gemacht hat, unter dem Gesichtspunkt des § 683 als im Interesse des Verleihers liegend einen Ersatzanspruch des Entleihers begründen (**RG** 65, 270). Ein neben dem Interesse des Geschäftsherrn bestehendes eigenes Interesse des Geschäftsführers — Aufwendungen, die der Pfandgläubiger zur Erhaltung oder Werterhöhung der Pfandsache macht — ist gleichgültig (**RG** 6. 2. 08 VI 205/07). Hierher gehören auch die Aufwendungen, die ein Unterhaltspflichtiger für die Heilung eines von einem Dritten durch unerlaubte Handlung Beschädigten machte, sofern er bei Erfüllung seiner Unterhaltspflicht zugleich in der Absicht handelte, seine Aufwendungen dem Schädiger in Rechnung zu stellen (**RG** JW 09, 137[15]; 1910 S. 389[6] u. 811[28]; Gruch 53, 1028; vgl. § 843 A 8). Aufwendungen dagegen, die ein Wahlkandidat oder andere Parteigenossen zum Zwecke der Wahlagitation machen, können nicht als im Interesse der Parteiorganisation liegend angesehen werden; maßgebend ist hier das allgemeine Interesse das die Handelnden mit der von ihnen geförderten Wahl am besten gewahrt glauben, bei dem Kandidaten auch das eigene Interesse, seine politischen Anschauungen zur Geltung zu bringen (**RG** JW 08, 37[11]). Über eine irrige Annahme des Interesses s. A 3.

3. Eine Person ist nur berechtigt, das Interesse eines andern zu fördern, wenn dieser es auch wirklich gefördert wissen will. Ist die erste Voraussetzung des § 683, das Interesse des Geschäftsherrn an der Übernahme der Geschäftsführung, erfüllt, so kommt es deshalb weiter auf den **Willen des Geschäftsherrn** an, daß der Geschäftsführer die Geschäftsführung übernehme, der jedoch in den Fällen des § 679 — und auch des § 680, s. A 1 zu diesem Paragraphen — belanglos ist. Wo er in Betracht kommt, ist in erster Reihe der wirkliche, also geäußerte Wille des Geschäftsherrn festzustellen, der den mutmaßlichen ausschließt; erst wenn diese Feststellung versagt, kommt es auf die Ermittlung des mutmaßlichen Willens an. Darunter ist nicht derjenige Wille zu verstehen, den der Geschäftsführer von seiner Betrachtungsweise aus nach sorgfältiger Prüfung etwa angenommen hat und annehmen durfte (Staudinger § 683 A A 1b), sondern der bei objektiver Würdigung aller gegebenen Umstände, aus denen die Willensrichtung erkennbar sein kann, der Gewohnheiten und Anschauungen, vor allem auch der Vermögenslage des Geschäftsherrn, die gegenüber der Nützlichkeit der Geschäftsführung abzuwägen sind, erhellt, also der nach den Umständen verständigerweise vorauszusetzende Wille. Die objektive Eigenschaft des mutmaßlichen Willens ergibt sich aus § 678: soll er von dem Geschäftsführer erkannt werden oder erkannt werden können, so

muß er etwas diesem Gegenüberstehendes, Fremdes sein. — Für die Ansprüche des Geschäftsführers kommt es im übrigen nicht, wie für seine Haftung nach § 678, auf das Erkennen oder Erkennenmüssen des Willens, sondern auf die sachliche Übereinstimmung der Übernahme der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn an. Daher ist auch ein entschuldbarer Irrtum des Geschäftsführers über das Vorhandensein dieses Willens nicht geeignet, ihm die Ansprüche des § 683 zu sichern; das gleiche gilt von der irrigen Annahme eines Interesses des Geschäftsherrn („Entspricht" die Übernahme). — Ist der Geschäftsherr willensunfähig, so ist der maßgebende wirkliche oder mutmaßliche Wille der des gesetzlichen Vertreters; fehlt ein solcher, so kommt es nur auf das Interesse an.

4. Die **Beweislast** für die Voraussetzungen des Interesses wie des Willens des Geschäftsherrn trifft den Geschäftsführer, der Ansprüche aus der Geschäftsführung nach § 683 erhebt. Gegenüber der Behauptung eines mutmaßlichen Willens hat der Geschäftsherr den Einwand, daß sein wirklicher geäußerter Wille entgegenstand. Der Beweis des mutmaßlichen Willens aber wird in der Mehrzahl der Fälle geführt werden durch die Darlegung des Nutzens und der Zweckmäßigkeit der Geschäftsführung für den Geschäftsherrn, mit denen zunächst der mutmaßliche Wille als übereinstimmend anzunehmen ist. So wird sich im Erfolge die Beweisführung des klagenden Geschäftsführers auf den Nachweis des objektiven Interesses für den Geschäftsherrn beschränken dürfen, und letzterer mag den Gegenbeweis führen, daß aus besonderen Gründen sein Wille mit diesem Interesse nicht habe übereinstimmen können.

5. Der Geschäftsführer hat gleich dem **Beauftragten** (s. die Anmerkungen zu § 670) hiernach Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er nach den Umständen ohne Verschulden bei vernünftiger und sorgfältiger Überlegung für erforderlich halten konnte (RG 59, 207). Bei der Frage, inwieweit für eine zu Zwecken der Geschäftsführung aufgewendete berufs- oder gewerbsmäßige Tätigkeit Vergütung gefordert werden könne, ergibt sich eine Abweichung der Stellung des Geschäftsführers von der des Beauftragten. Der beim Beauftragten maßgebende Gesichtspunkt der Unentgeltlichkeit trifft bei der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht zu; der Geschäftsführer, der seine Dienste gar nicht unentgeltlich zur Verfügung stellen will, kann für jede Tätigkeit Vergütung verlangen, die in den Kreis seiner gewerblichen oder beruflichen Geschäfte fällt (a. M. RG 2. 7. 09 III 497/08; Staudinger A I 2a, vermittelnd Oertmann A 3b; vgl. auch RG Warn 1915 Nr 169). Der Geschäftsführer hat im übrigen wie der Beauftragte wegen seiner Aufwendungen das Zurückbehaltungsrecht nach § 273. Der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen entfällt, wenn der Geschäftsführer nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen. Darüber, daß regelmäßig ein Anspruch des Geschäftsführers aus der Geschäftsführung ohne Auftrag nur aus Leistungen denkbar ist, die in der Vergangenheit liegen, nicht ein Feststellungsanspruch für zukünftige Leistungen, s. A 3 zu § 677.

6. Nicht nur **in den Fällen des § 679**, sondern auch in denen des § 680 muß dies gelten, in denen ebenfalls von der Übereinstimmung der Geschäftsführung mit dem Willen des Geschäftsherrn abzusehen ist (s. A 1 zu § 680). In den Fällen dieser Paragraphen ist selbst ein Verbot des letzteren einflußlos (Anm 2 zu § 679). Der Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen besteht ferner unabhängig von den Voraussetzungen des § 638, wenn der Geschäftsherr die Geschäftsführung genehmigt (§ 684 Abs 1 Satz 2).

§ 684

Liegen die Voraussetzungen des § 683 nicht vor, so ist der Geschäftsherr verpflichtet, dem Geschäftsführer alles, was er durch die Geschäftsführung erlangt, nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung herauszugeben[1]). Genehmigt der Geschäftsherr die Geschäftsführung, so steht dem Geschäftsführer der im § 683 bestimmte Anspruch zu[2]).

E I 758 II 616; M 2 866—868; P 2 739—741.

1. Der Anspruch auf **Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung**, eines dem Vermögen des Geschäftsherrn durch die Geschäftsführung im ganzen zugewandten Vermögenszuwachses (RG Warn 1910 Nr 116) steht dem Geschäftsführer unter allen Umständen zu, soweit ihm nicht etwa die Absicht mangelte, von dem Geschäftsherrn überhaupt einen Ersatz zu verlangen (§ 685 Abs 1; RG JW 1915, 325[3]); er ist selbst beim Handeln gegen ein ausdrückliches Verbot des Geschäftsherrn begründet. Auch ein Bereicherungsanspruch besteht aber nicht (§§ 817, 853), wenn die Leistungen nur das Mittel zur Durchführung einer unerlaubten Handlung waren; so hat, wer widerrechtlich ein Kind der elterlichen Gewalt des Vaters entzogen hat, keinen Anspruch auf Erstattung der Unterhaltskosten aus der Bereicherung (RG Warn 1910 Nr 286). Ein Wegnahmerecht (s. Prot 2, 740) hat der Geschäftsführer nach allgemeinen Grundsätzen (§ 258 in Verbindung mit § 812).

2. Die **Genehmigung,** d. i. die nachträgliche Zustimmung (§ 184), ersetzt alle Voraussetzungen des § 683, das Interesse wie den Willen des Geschäftsherrn für die Übernahme der Geschäftsführung. Das BGB spricht hier nicht von der Übernahme, sondern schlechthin von der Geschäftsführung selbst; das ist gerechtfertigt: für die nachträgliche Zustimmungserklärung ist jene Unterscheidung nicht von der gleichen praktischen Bedeutung wie nach §§ 677, 678, 683; der Geschäftsherr, der die Ausführung des Geschäfts in erheblichen Punkten mißbilligt, wird die Geschäftsführung eben nicht genehmigen. Die Genehmigung bezieht sich, wenn sie ohne Einschränkung ausgesprochen ist, auf alles, was bisher geschehen ist; sie deckt die Übernahme, wenn sie nach dieser, aber vor der Ausführung des Geschäfts (vgl. § 681) erklärt ist; sie umschließt Übernahme und Ausführung, wenn sie nach Beendigung der Geschäftsführung erfolgte. Die Genehmigung auch nur der Übernahme erstreckt sich aber begrifflich auf die weitere Ausführungstätigkeit überhaupt, nur nicht auf die einzelnen Ausführungshandlungen; sie enthält die Zustimmung, daß der Geschäftsführer für den Geschäftsherrn in der Angelegenheit tätig geworden sei und sein werde. Der Geschäftsführer hat demnach, auch wenn nur die Übernahme der Geschäftsführung genehmigt wurde, dieselbe Stellung, wie sie ihm die dem Interesse und dem Willen des Geschäftsherrn entsprechende Übernahme des § 683 gewährt. Eine Genehmigung nur der Übernahme oder eine ausdrückliche Einschränkung der Genehmigung darauf bedeutet deshalb lediglich den Vorbehalt von Schadensersatzforderungen wegen einer fehlerhaften Ausführung des Geschäfts nach § 677 (§ 677 A 4, § 683 A 1), während bei schlechthin erteilter Genehmigung solche Forderungen keinesfalls insoweit bestehen können, als die Art der Ausführung dem Geschäftsherrn bekannt war. Schadensersatzansprüche des Geschäftsherrn aus § 678 werden durch die Genehmigung der Geschäftsführung immer ausgeschlossen (§ 678 A 3). — Die Genehmigung einer Geschäftsführung setzt begrifflich voraus, daß überhaupt eine Geschäftsführung ohne Auftrag vorliegt. Eine solche fehlt, wenn ein ausgeführtes Geschäft zwar den Nutzen eines andern förderte, der Handelnde aber nur für sich tätig gewesen ist und tätig sein wollte (RG 23. 4. 08 IV 448/07). Aus demselben Grunde kann eine gefälschte Wechselunterschrift nicht durch Genehmigung nach §§ 184, 684 Wirksamkeit erlangen; wohl aber liegt genehmigte Geschäftsführung vor, wenn die Unterschrift für den andern in Unterstellung seiner nachträglichen Genehmigung vollzogen wurde und der andere sein Einverständnis nachträglich erklärt (RG 17. 1. 03 I 482/02 und JW 04, 497[27]). — Die Genehmigung kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden, letzteres durch wissentliches Geschehenlassen oder durch Inanspruchnahme des Geschäftsführers auf Herausgabe des Erlangten oder auch wegen fehlerhafter Ausführung nach § 677, soweit diese als von der Genehmigung ausgeschlossen zu erachten ist. Die stillschweigende Genehmigung setzt aber immer voraus, daß ein entsprechender Wille des Geschäftsherrn erkennbar ist, und feststeht, daß dieser von den Handlungen des Geschäftsführers Kenntnis hatte (RG 1. 7. 04 II 405/03; 14. 11. 05 II 124/05; 26. 1. 07 II 346/06). Die Genehmigung muß sich ferner erkennbar auf die Geschäftsführung als solche, auf die Einmischung des Dritten in die eigenen Angelegenheiten des Genehmigenden beziehen; ein Einverständnis in dem Sinne, damit nur den erlangten oder noch zu erlangenden Vorteil gutzuheißen, ist keine Genehmigung (RG 23. 4. 08 IV 448/07). — Die Beweislast für die Genehmigung trifft den Geschäftsführer.

§ 685

Dem Geschäftsführer steht ein Anspruch nicht zu, wenn er nicht die Absicht hatte, von dem Geschäftsherrn Ersatz zu verlangen[1]).

Gewähren Eltern oder Voreltern ihren Abkömmlingen oder diese jenen Unterhalt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Absicht fehlt, von dem Empfänger Ersatz zu verlangen[2])[3]).

E I 754 II 616; M 2 863, 864; P 2 734, 735.

1. Fehlte dem Geschäftsführer die **Absicht,** von dem Geschäftsherrn **Ersatz zu verlangen,** so hat er in freigebiger Absicht gehandelt, und dies hat zur Folge, daß ihm ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen nach § 683 nicht zusteht. Ein Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung nach §§ 684 Satz 1 u. 812 ist jedoch nur ausgeschlossen, wenn eine angenommene Schenkung vorliegt (vgl. § 662 A 4). Die freigebige Absicht ist ein der Geschäftsführung ohne Auftrag an sich fremder Tatbestand; das Natürliche ist, daß der Geschäftsführer zwar das Interesse des Geschäftsherrn fördern, nicht aber für das fremde Interesse Vermögensopfer bringen und Nachteile erleiden will. So stellt sich die freigebige Absicht des Geschäftsführers als eine rechtshindernde Tatsache dar, die, wie aus der Fassung des Abs 1 hervorgeht, der Geschäftsherr zu behaupten und zu beweisen hat (RG Warn 1912 Nr 104). Daß eine Leistung außerhalb der Grenzen des Abs 2 aus Gründen der Verwandtschaft übernommen wurde, schließt die Absicht, Ersatz zu verlangen, nicht aus (RG JW 09, 670[26] und RG 74, 139). Ebenso nicht, daß

der Geschäftsführer in Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Pflicht oder im öffentlichen Interesse handelte; ein Beweisumstand für die Absicht, Ersatz zu verlangen, ist der zwischen den Parteien bestehende Streit über die Verpflichtung und ihre Kostenlast (**RG** 75, 276; 77, 193).

2. Umgekehrt wie im Regelfalle des Abs 1 spricht zwischen nahen Verwandten die Natur der Sache zunächst für eine freigebige Absicht hinsichtlich der zum Besten des andern aufgewendeten Leistungen (vgl. § 1618). Abs 2 beschränkt diese Vermutung sachlich auf Leistungen zur Gewährung des Unterhalts (§§ 1601 ff.) und in Ansehung des Personenkreises auf **Eltern, Voreltern** (d. h. alle Verwandten aufsteigender Linie) und **Abkömmlinge**; in diesem Verwandtschaftsverhältnisse stehen bei Erzeugung außer der Ehe nur die Mutter und ihre Voreltern und das Kind. Eine Ausdehnung des Satzes auf andere Verwandte ist nicht zulässig. Die Bestimmung gibt sich als eine Auslegungsregel („im Zweifel"); die freigebige Absicht ist also anzunehmen, sofern nicht eine Absicht, Ersatz zu verlangen, erklärt ist oder aus den Umständen erhellt. Es bedarf nicht der Hervorhebung, daß die Bestimmung des Abs 2 sich nicht auf den Fall einer Unterhaltspflicht bezieht; soweit eine solche nach den angezogenen Bestimmungen des Familienrechts besteht, kann von einer Geschäftsführung ohne Auftrag für den Unterhaltenen überhaupt keine Rede sein. Die Vermutung des Abs 2 gilt ferner nur dem Empfänger der Leistungen gegenüber; ob dem den Unterhalt gewährenden Verwandten ein Ersatzanspruch gegen den nach dem Gesetz Unterhaltspflichtigen zusteht, richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen; ein Übergang der Ansprüche des Unterhaltsberechtigten gegen diesen auf den Verwandten, der den Unterhalt geleistet hat, findet nur nach Maßgabe des § 1607 Abs 2 statt (**RG** 12. 11. 06 VI 108/06). Auch die Vermutung des Abs 2 geht an sich nur auf die Annahme einer freigebigen Absicht, nicht auf eine angenommene Schenkung; sie schließt also einen Bereicherungsanspruch zunächst nicht aus. Aber sie steht auch einer Feststellung des zur Schenkung erforderlichen Einverständnisses der Unentgeltlichkeit nicht entgegen, begünstigt sie vielmehr (**RG** Warn 1912 Nr 382).

3. Sowohl Abs 1 wie Abs 2 betreffen nur die Ansprüche des Geschäftsführers; die des Geschäftsherrn (§§ 677, 678, 681 Satz 2, 682) werden dadurch nicht berührt.

§ 686

Ist der Geschäftsführer über die Person des Geschäftsherrn im Irrtume[2]), so wird der wirkliche Geschäftsherr aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet[1]).

E I 757 II 617; M 2 865, 866; P 2 739.

1. Die Geschäftsführung ohne Auftrag erfordert nicht, daß der Geschäftsführer den Willen habe, für eine bestimmte Person tätig zu sein; er kann handeln wollen für den, den es angeht; die Person des Geschäftsherrn kann an sich noch unbestimmt sein, ja sie braucht selbst noch gar nicht vorhanden zu sein (A 1 zu § 677). Sofern der Geschäftsführer das Geschäft nur als ein fremdes angesehen und ausgeführt hat, entstehen die Wirkungen der Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677—685. Im Falle eines Irrtums des Geschäftsführers über die Person dessen, dem das Geschäft zugute kommen soll, wird aus der Geschäftsführung der **wirkliche Geschäftsherr**, in dessen Interesse das Geschäft lag, berechtigt und verpflichtet; selbstverständlich kommt dann auch eine etwaige freigebige Absicht des Geschäftsführers gegenüber dem vermeintlichen Geschäftsherrn nicht in Betracht. Und nur der wirkliche Geschäftsherr wird berechtigt und verpflichtet.

2. Ein **Irrtum des Geschäftsführers über die Person des Geschäftsherrn** wird in der Regel nur den Fall eines gegenständlich fremden Geschäfts betreffen (der Geschäftsführer bessert eine Sache aus, die er für das Eigentum des B hält, die aber Eigentum des C ist); er ist möglich jedoch auch bei einem persönlich fremden. Die Meinung, einem andern (B) zu einer Leistung verpflichtet zu sein, die einem Dritten (C) zugute kommt, begründet zwar den in § 686 vorausgesetzten Irrtum über die Person des Geschäftsherrn nicht; wer eine Vertragspflicht erfüllt oder auch nur zu erfüllen meint, handelt im eigenen Interesse und besorgt zunächst nur sein eigenes Geschäft (**RG** Gruch 52, 997; s. auch JW 03 Beil Nr 310 und § 677 A 2). Die irrtümliche Meinung, dem Geschäftsherrn selbst vertraglich verpflichtet zu sein, schließt die Annahme einer Geschäftsführung gleichfalls aus; der Geschäftsbesorger hat hier nur die Ansprüche wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812—814, der Geschäftsherr nur die Schadensersatzansprüche aus etwaiger unerlaubter Handlung. Dagegen verträgt sich der Irrtum des Handelnden, zu der Geschäftsbesorgung für den Geschäftsherrn berechtigt zu sein, sehr wohl mit der Annahme einer Geschäftsführung (vgl. darüber A 3 zu § 677).

§ 687

[1]) **Die Vorschriften der §§ 677 bis 686 finden keine Anwendung, wenn jemand ein fremdes Geschäft in der Meinung besorgt, daß es sein eigenes sei[2]).**

Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist[3]), so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen. Macht er sie geltend, so ist er dem Geschäftsführer nach § 684 Satz 1 verpflichtet[4]).

E I 761 II 618; M 2 869—871; P 2 741—743.

1. Die Geschäftsführung ohne Auftrag setzt voraus, daß der Geschäftsführer ein fremdes Geschäft besorgt, sei es ein gegenständlich fremdes, das dem ausschließlichen Rechtskreise des Geschäftsherrn angehört, sei es ein persönlich fremdes, das nach seinem Inhalte auch das eigene Geschäft des Handelnden sein könnte und lediglich durch dessen Absicht, es für einen andern zu besorgen, zum fremden Geschäfte wird (s. Vorbem 4 vor § 677). Die Geschäftsführung ohne Auftrag erfordert, da sie begrifflich ein Handeln für einen andern darstellt, in persönlicher Hinsicht den Willen und das Bewußtsein, für einen andern tätig zu sein (§ 677 A 1). Ist das Geschäft ein gegenständlich fremdes, will der Handelnde aber kein fremdes Geschäft besorgen, und weiß er auch nicht, daß sein Handeln in einen fremden Rechtskreis eingreift, so ist der Fall des **Abs 1** des § 687 gegeben; ist ihm der letztere Umstand gegenwärtig, will er aber trotzdem nicht für den andern, sondern für sich selbst handeln, so liegt der Fall des § 687 **Abs 2** vor. In keinem der Fälle des § 687 handelt es sich um eine Geschäftsführung ohne Auftrag; nur ein äußerlich ähnlicher Tatbestand stellt sich dar; das Haupterfordernis der Geschäftsführung, der Wille, für einen andern tätig zu sein, fehlt. Voraussetzung der Bestimmungen beider Absätze des § 687 ist, daß ein gegenständlich fremdes Geschäft vorliegt, also ein solches, das durch seinen Inhalt eine Einmischung des Handelnden in bereits vorhandene Rechtsbeziehungen eines andern, insbesondere dessen Eigentumsrechte darstellt. Die Beziehung eines Geschäfts auf eine fremde Sache allein stellt dieses Erfordernis nicht notwendig her: so ist es kein gegenständlich fremdes Geschäft, wenn jemand Sachen, die in eines Dritten Eigentum stehen, die sich aber in seiner wirtschaftlichen Benutzung befinden, wegen dieses seines wirtschaftlichen Interesses gegen Feuersgefahr versichert (RG 15. 4. 08 VI 324/07); diese Versicherung ist objektiv wie subjektiv sein eigenes Geschäft. Ebensowenig bedeutet ein in fremdem Namen für eigene Rechnung geschlossener Vertrag ein fremdes Geschäft, sofern nicht damit ein Eingriff in vorhandene Rechtsbeziehungen der Person, in deren Namen der Handelnde auftritt, gegeben ist. Wenn endlich jemand ein fremdes Geschäft im Auftrage eines Dritten besorgt, so begründet dies weder den Tatbestand des § 687 Abs 1 noch den des Abs 2; es liegt hier zwar ein fremdes Geschäft vor, aber es ist nicht als eigenes behandelt worden (RG JW 03 Beil Nr 310).

2. Abs 1 des § 687 betrifft den Fall der gutgläubigen Behandlung des gegenständlich fremden Geschäfts, **als sei es ein eigenes.** Darauf, ob der gute Glaube des Handelnden ein unverschuldeter, ob der Irrtum, in dem er sich befindet, auf Fahrlässigkeit beruht, kommt es nicht an. Der Fall ist, da er keine Geschäftsführung ohne Auftrag enthält, auch nicht nach deren Regeln zu behandeln, wie im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen ist. Es kommen also, soweit nicht etwa Ansprüche aus einer fahrlässig begangenen unerlaubten Handlung dem — uneigentlich sogenannten — Geschäftsherrn aus dem Eingriff erwachsen, für die beiderseitigen Ansprüche die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung, sowie je nach dem Tatbestande die §§ 946ff., 985ff. und für den Handelnden §§ 994ff. Auch die Genehmigung des Geschäfts begründet die Anwendung der Bestimmungen über die Geschäftsführung ohne Auftrag nicht.

3. Der Tatbestand des Abs 2 erfordert, daß jemand ein fremdes Geschäft als ein eigenes vornimmt, **obwohl er weiß, daß das Geschäft ein fremdes** und er zu dem Eingriffe **nicht berechtigt ist.** Das Wissen wird durch ein Wissenmüssen nicht ersetzt; das auf Fahrlässigkeit beruhende Nichtwissen fällt vielmehr unter Abs 1. Der Fall des § 687 Abs 2 liegt vor bei wissentlicher Benutzung eines fremden geistigen Eigentums oder Erfinderrechts (RG 46, 14; 62, 320; 70 S. 74 u. 249; 84, 49). Mit Rücksicht auf § 35 des PatG, der die wissentliche und die grob fahrlässige Benutzung der fremden Erfindung gleichstellt, haben RG 62, 320; 70, 249 eine entsprechende Anwendung des § 687 Abs 2 auch bei grob fahrlässiger Patentverletzung gutgeheißen, die RG Warn 1918 Nr 232 auch auf fahrlässige Verletzung des literarischen Urheberrechts ausdehnt; die vorwiegende Wirkung dieser Anwendung ist die Gewährung des Anspruchs auf Rechnungslegung und Auskunftserteilung für den verletzten Urheber oder Erfinder. Nicht anwendbar ist § 687 Abs 2 bei wissentlicher (oder fahrlässiger) Benutzung eines für einen andern geschützten Warenzeichens; denn hier handelt es sich um ein auch objektiv eigenes Geschäft, das unter widerrechtlichem Eingriff in ein fremdes aus-

schließliches Recht vorgenommen wurde (RG 47, 100 u. 58, 323). Der verletzte Urheber oder Erfinder hat ein Recht, das Geschäft, das der andere machte, als ein eigenes vorzunehmen und als fremdes (Nachdruck und Nachahmung) zu untersagen; der Besitzer eines Warenzeichens hat jedoch kein Recht auf das von dem andern vorgenommene Geschäft und keinen Anspruch auf dessen Unterlassung; er darf nur den dabei geschehenen Eingriff in sein Zeichenrecht verbieten. Nicht anwendbar ist § 687 Abs 2 auch, wenn einem Erfinder die Möglichkeit, das Patent oder sonstige Schutzrechte zu erwerben, durch das Verhalten eines andern (Veröffentlichung) entzogen wird, da es sich hier nicht um Ausnutzung, sondern um Zerstörung und Verhinderung der Entstehung eines fremden Rechtes handelt (RG 83, 37). Dahingestellt gelassen wurde die Anwendbarkeit des § 687 Abs 2 in den Fällen, daß ein Teilhaber einer Gesellschaft anstatt für diese für sich einen Lieferungsvertrag abgeschlossen hatte, da es zweifelhaft sei, ob hier ein objektiv fremdes Geschäft vorliege (RG 89, 99), und daß ein Fabrikunternehmer unter Verletzung eines Vertrags, durch welchen er einem andern das Alleinverkaufsrecht seiner Erzeugnisse für ein bestimmtes Gebiet übertragen hatte, unmittelbar Abschlüsse in dessen Absatzgebiet betätigte (RG 92, 201); in beiden Fällen wurde das Vertragsverhältnis allein für ausreichend erachtet, dem Verletzten zu einem Anspruch auf Auskunft und Rechenschaft zu verhelfen. — Ein inhaltlich fremdes Geschäft wird nicht dadurch ein eigenes, daß der Handelnde es im eigenen Namen abschließt (er verkauft eine fremde Sache im eigenen Namen, RG JW 09, 658[9]), das inhaltlich eigene aber auch nicht dadurch ein fremdes, daß es auf fremden Namen geschlossen wird (ein Bediensteter macht für sich kreditweise Einkäufe auf den Namen des Dienstherrn); der § 687 Abs 2 findet im ersteren Falle Anwendung, im letzteren nicht. Anwendung des § 687 Abs 2 auf einen Fall, in dem bei Nichtigkeit des Auftrags nach § 138 BGB der Beauftragte auftragswidrig für eigene Rechnung gehandelt hat RG 96, 282.

4. Abs 2 des § 687 gibt dem **Geschäftsherrn,** dem außerdem die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung und unerlaubter Handlung wie nach Abs 1 zustehen (s A 2), **das Recht,** anstatt der Geltendmachung jener Ansprüche auch **den Handelnden wie einen Geschäftsführer in Anspruch zu nehmen,** also von ihm Auskunft, Rechenschaft und Rechnungslegung, sowie Herausgabe des Erlangten (vgl. RG 96, 282; JW 09, 658[9] und die in A 3 angezogenen Entscheidungen), Verzinsung verwendeten Geldes nach §§ 681, 666—668, sowie Schadensersatz nach §§ 677, 678 zu fordern. Dem Handelnden stehen dagegen an sich keinerlei Ansprüche wie aus einer Geschäftsführung ohne Auftrag zu; nimmt ihn aber der uneigentliche Geschäftsherr auf Grund des § 687 Abs 2 wie einen Geschäftsführer in Anspruch, so hat dies zur Folge, daß jener ihm auch die Bereicherungen nach Maßgabe des § 684 Abs 1 herausgeben muß; einen Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen (§ 683) überkommt er dagegen nicht. Die allgemeinen Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812ff.) wird man (mit Oertmann A 3c) dem uneigentlichen Geschäftsführer übrigens niemals versagen können. — Die Ansprüche aus § 687 Abs 2 unterliegen, wie diejenigen aus der Geschäftsführung, der gewöhnlichen Verjährung (Vorbem 3 vor § 677).

Zwölfter Titel

Verwahrung

1. Durch den **Verwahrungsvertrag** wird der Verwahrer zur Aufbewahrung einer ihm vom Hinterleger übergebenen beweglichen Sache verpflichtet, an welcher er unmittelbaren Besitz erhält (§ 688). Die Aufbewahrungspflicht bedingt die Rückgabepflicht nach beendigter Aufbewahrung (§§ 695—697). Der Vertrag setzt zu seinem Zustandekommen die Übergabe voraus; er ist Realvertrag (M 2, 569; für früheres Recht RG 12, 48). Die Übernahme zur Verwahrung kann durch einen Vorvertrag vereinbart werden (pactum de deponendo), der meist nur einen Anspruch für den Hinterleger begründet, unter besonderen Umständen aber auch eine Verpflichtung zur Hingabe für ihn zur Entstehung bringen kann. Der Verwahrungsvertrag erscheint nach der Begriffsbestimmung des § 688 als ein einseitig verpflichtender Vertrag. Er kann aber entgeltlich (§ 689) oder unentgeltlich (§ 690) abgeschlossen werden, und mit der Vereinbarung eines Entgelts wird er zum gegenseitigen Vertrage nach §§ 320ff. Auch dann sind jedoch die Vertragspflichten bedingt durch die Übergabe; das Entgelt ist nur Gegenleistung für die Aufbewahrung, nicht für die Übernahme (§§ 689, 699). Der wirtschaftliche Zweck ist ausschließlich das Interesse des Hinterlegers; ein Nutzen aus der Sache für den Verwahrer ist mit dem Verwahrungsvertrage unvereinbar. Der Verwahrungsvertrag berührt sich gegenständlich mit dem Mietvertrage, bei dem aber nicht die Sache, sondern der Raum, der ihrer Verwahrung dienen soll, Vertragsgegenstand ist; so namentlich im Stahlkammervertrag (Safevertrag; vgl. darüber § 535 A 2 und RG 77, 336), und hinsichtlich der Leistung mit Auftrag, Dienst- oder Werkvertrag, von denen er sich durch das geringere Maß der vom

Verwahrer aufzuwendenden Tätigkeit, die sich der Hauptsache nach auf die einfache Obhut beschränkt, unterscheidet. Die Verwahrung kann auch Nebenleistung in anderen Vertragsverhältnissen sein, so beim Leihvertrag (vgl. dazu RG Warn 1910 Nr 246), beim Auftrag, Dienst-, Werkvertrag, Kauf, Kommission, Spedition, Frachtvertrag. Hier gelten die für diese Rechtsgeschäfte gegebenen Rechtssätze. Vorschriften über eine einstweilige Verwahrung im Handelsverkehr geben die §§ 362 Abs 2, 379 Abs 1 HGB.

2. Besondere Erscheinungsformen des Verwahrungsvertrags sind a) die Gemeinschaftsverwahrung (sog. freiwillige Sequestration), wobei eine von verschiedenen Personen in Anspruch genommene Sache einem gemeinschaftlichen Verwahrer mit der ausdrücklichen oder stillschweigenden Vereinbarung übergeben wird, daß die Rückgabe an alle Hinterleger gemeinsam oder an einen von ihnen bezeichneten gemeinsamen Bevollmächtigten erfolgen soll (M 2, 580: § 165 FGG und §§ 432, 1217, 1281, 2039 BGB); b) die Summenverwahrung oder uneigentliche Verwahrung, die dem Darlehen sich nähert (§ 700); c) das Lagergeschäft, die gewerbsmäßige Übernahme von Gütern zur Lagerung und Aufbewahrung im Handelsverkehr (§§ 416—424 HGB); d) Vertragsähnlich ist die amtliche Verwahrungspflicht des Staates, bei der die Verwahrung im öffentlichen Interesse erfolgt, und in den Fällen, wo einer Zollbehörde Sachen zur zollamtlichen Behandlung überliefert sind oder wo auf Anordnung einer Gerichtsbehörde Sachen beschlagnahmt oder im Prozesse Urkunden, Bücher, Karten von einer Partei überreicht worden sind, für deren Verlust eine der des Verwahrers ähnliche Haftung des Fiskus eintritt (RG 48, 256; 51, 219; 67, 335; Warn 08 Nr 305; 8. 2. 01 II 322/09). Eine Verwahrungspflicht der Zollbehörde in dem erstbezeichneten Falle besteht nur bis zur Rückgabe der Güter nach der zollamtlichen Abfertigung an den Empfangsberechtigten, nicht bis zur etwaigen späteren Abholung aus dem Zollraume (RG 84, 388; 26. 5. 11 III 408/10). Die Grundsätze des Verwahrungsvertrags gelangen auch dann zur Anwendung, wenn eine Polizeibehörde ein Schiff zur Verhütung der Verbreitung einer ansteckenden Krankheit in behördliche Obhut nimmt und dieses infolge eines von der Behörde zu vertretenden Umstandes zu Schaden kommt (RG Warn 08 Nr 305).

3. Besondere reichsrechtliche Vorschriften neben denjenigen über den Verwahrungsvertrag finden sich a) in den Bestimmungen des BGB über die Hinterlegung, d. i. die Übergabe von Gegenständen zum Zwecke der Verwahrung bei dazu bestimmten öffentlichen Stellen und Behörden, so namentlich über die Hinterlegung durch den Schuldner bei Annahmeverzug des Gläubigers §§ 372ff. sowie über die Sicherheitsleistung durch Hinterlegung von Geld oder Wertpapieren §§ 232ff.; b) in den Bestimmungen des BGB über die Haftung der Gastwirte für die bei ihnen eingebrachten Sachen §§ 701—703; c) in den Bestimmungen des HGB §§ 388, 407 Abs 2, 417 über die Aufbewahrungspflicht des Kommissionärs, Spediteurs und Lagerhalters; d) in dem Reichsgesetz betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. 7. 96 (Bankdepotgesetz, RGBl 183), insbesondere in den §§ 1 u. 2, die Bestimmungen über die gesonderte Aufbewahrung und Eintragung enthalten; e) in den von der Ersatzpflicht der Postverwaltung für Verlust und Beschädigung handelnden Bestimmungen §§ 6—15 des Reichspostgesetzes v. 28. 10. 71 (RGBl 347).

§ 688

Durch den Verwahrungsvertrag¹) wird der Verwahrer verpflichtet, eine ihm von dem Hinterleger übergebene bewegliche Sache²) aufzubewahren³).

E I 614 II 628; M 2 569—574; P 2 391—393.

1. Über die rechtliche Natur des **Verwahrungsvertrags** vgl. Vorbem 1. Zum Zustandekommen des Vertrags gehört a) die Übergabe einer beweglichen Sache seitens des Hinterlegers an den Verwahrer durch Besitzübertragung nach § 854, die durch die Vereinbarung gemäß § 854 Abs 2, daß der seitherige Eigentümer eine schon in seinem Besitze befindliche Sache fernerhin als Verwahrer behalten soll, ersetzt werden kann. Erst mit der Übergabe beginnen die Pflichten aus dem Verwahrungsvertrage, auch dann, wenn er entgeltlich geschlossen ist (vgl. Vorbem 1); b) die Vertragseinigung beider Teile, daß der Verwahrer die Sache für den Hinterleger aufbewahren und diesem später zurückgeben soll. Die Willenseinigung kann auch durch schlüssige Handlungen stillschweigend getroffen werden (RG JW 1913, 265⁴). Das Eigentum der Sache geht auf den Verwahrer nicht über; auch die Gefahr der Sache bleibt beim Hinterleger. Daß dieser selbst Eigentümer der hinterlegten Sache sei, ist zur Gültigkeit des Vertrags nicht erforderlich.

2. Der Aufbewahrung zugänglich ist nur die **bewegliche Sache.** Bei unbeweglichen Sachen kann es keine Aufbewahrung geben, da sie ihre feste Stelle im Raume haben. Die hier allein mögliche, über die Tätigkeit des § 688 hinausgehende Bewachung ist im Falle der Unentgeltlichkeit als Auftrag, im Falle der Entgeltlichkeit als Dienst- oder Werkvertrag anzusehen; sie ist Geschäftsbesorgung, während die Verwahrung als solche nicht erscheint (RG 65, 17).

Über den Pfandhaltervertrag für eine Hypothek, der die Verwahrung des Hypothekenbriefs einschließt, vgl. **RG** 87 S. 36, 41; über das Rechtsverhältnis, wonach verkaufter Wein bis zum Eintreten milderen Versandwetters im Keller des Weinhändlers liegen bleiben soll, **RG** Warn 1916 Nr 83. Die eigentliche Verwahrung (§§ 688—699) hat nur einzelne bestimmte bewegliche Sachen zum Gegenstande, auch wenn es sich um vertretbare Sachen handelt. Werden diese nicht als einzeln bestimmte Sachen zur Aufbewahrung übergeben, so liegt Summenverwahrung vor (§ 700).

3. Die **Pflicht der Aufbewahrung** umfaßt einmal die Hergabe des dazu erforderlichen Raumes, sodann die Obhut über die hinterlegte Sache, die der Verwahrer zu erhalten und vor Nachteilen zu schützen hat (**RG** Warn 1910 Nr 246). Zur Obhut gehört daher als Nebenleistung bei Tieren auch die Fütterung und sachgemäße Behandlung, bei Pflanzen das Begießen. Auch ein Gebrauch der Sache kann durch die Obhut bedingt sein, wie z. B. das Ausreiten von Pferden, das zur Erhaltung dieser Tiere gehört. Aber nur ein Gebrauch der Sache zum Zwecke ihrer Erhaltung, nicht für wirtschaftliche Zwecke des Verwahrers, ist mit dem Verwahrungsvertrage vereinbar (vgl. Vorbem 1). Ähnliche Nebenleistungen der Verwahrung sind die Einziehung der Zinsscheine verwahrter Wertpapiere, die Überwachung von Verlosungen bei Anleihepapieren usw. Keine Obhut und deshalb auch keinen Verwahrungsvertrag stellt die bloße Verpflichtung dar, eine fremde Sache an dem der ausschließlichen Verfügung des Gestattenden unterliegenden Orte zu dulden (M 2, 571), sowie die Herstellung von Einrichtungen, deren sich der Eigentümer von Sachen zu deren Aufbewahrung auf seine Gefahr selbst bedienen soll (**RG** 77, 336; Warn 1910 Nr 324). Die Obhutspflicht begreift keine Verpflichtung des Verwahrers zum Widerspruch gegen eine von einem Gläubiger des Hinterlegers erwirkte Pfändung (**RG** 28. 12. 06 III 199/06). Die Haftung des Verwahrers bei Beschädigungen oder Verlust der Sache regelt § 690. Eine Versicherungspflicht hinsichtlich der verwahrten Sachen hat der Verwahrer nicht, wenn sie nicht wenigstens nach den Umständen als stillschweigend vereinbart anzunehmen ist (vgl. § 390 Abs 2 HGB).

§ 689

Eine Vergütung für die Aufbewahrung gilt als stillschweigend vereinbart, wenn die Aufbewahrung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist[1]).

E I 615 Satz 2 II 629 Satz 2; M 2 571; P 2 393.

1. Unentgeltlichkeit ist nach dem BGB keine notwendige Voraussetzung des Verwahrungsvertrags. Eine **Vergütung** kann ausdrücklich oder stillschweigend vereinbart sein, letzteres namentlich bei gewerbsmäßiger Aufbewahrung, so das Lagergeld nach §§ 354, 420 HGB. Für die Bemessung der nicht ausdrücklich vereinbarten Vergütung sind mangels einer am Aufbewahrungsorte bestehenden Übung die §§ 315, 316 maßgebend; vgl. § 612. In den oben Vorbem 2a erwähnten Fällen der §§ 432, 1217, 1281, 2039 bestimmt die Vergütung nach dem FGG § 165 das zuständige Amtsgericht. Die Vereinbarung einer Gegenleistung für die Aufbewahrung macht den Vertrag zu einem gegenseitigen. Vgl. Vorbem 1.

§ 690

Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt[1]).

E II 630 III 677; M 2 571—573; P 2 393.

1. Die **Haftung des Verwahrers,** der die Aufbewahrung **unentgeltlich** übernommen hat, ist nach § 690 die des § 277. Dagegen haftet der Verwahrer für Fahrlässigkeit schlechthin gemäß § 276, wenn die Verwahrung gegen Entgelt übernommen ist. — Über die weitergehende Haftpflicht des Gastwirts s. §§ 701—703. — Auch dem Wirt (Restaurateur) wird, selbst wenn er für die Garderobe keine besondere Vergütung beansprucht, die Haftpflicht für die in seinem Lokale aufbewahrten Kleidungsstücke seiner Gäste obliegen, da regelmäßig die Vergütung für die Garderobe in den sonstigen dem Gaste berechneten Preisansätzen mit enthalten ist. Für die Haftung des Fiskus aus amtlicher Verwahrung, die im öffentlichen Interesse erfolgt, gilt § 690 nicht (**RG** 84, 338; Warn 08 Nr 305).

§ 691

Der Verwahrer ist im Zweifel nicht berechtigt, die hinterlegte Sache bei einem Dritten zu hinterlegen. Ist die Hinterlegung bei einem Dritten ge-

stattet, so hat der Verwahrer nur ein ihm bei dieser Hinterlegung zur Last fallendes Verschulden zu vertreten[1]). Für das Verschulden eines Gehilfen ist er nach § 278 verantwortlich[2]).

E I 616 II 631; M 2 574, 575; P 2 394, 395.

1. Der Verwahrungsvertrag begründet ein Vertrauensverhältnis, das die **Hinterlegung bei einem Dritten** dem Verwahrer in der Regel nicht gestattet. Diese verpflichtet daher den Verwahrer zur Tragung des gesamten beim Dritten entstandenen Schadens, sofern solcher nicht auch ohne diese anderweite Hinterlegung eingetreten wäre. Ist sie an sich nach den Umständen als gestattet anzunehmen, so kann die Anlegung eines dem Verwahrer übergebenen Geldbetrags bei einer von ihm für sicher gehaltenen Bank mit Vorbehalt jederzeitiger Abhebung nicht als eine schuldhafte angesehen werden (**RG** 56, 149). Zwischen dem Hinterleger und dem Dritten findet, sofern nicht eine anderweite Vereinbarung eingegangen ist, kein Vertragsverhältnis statt (M 2, 575). Indessen wird man in entsprechender Anwendung der §§ 556 Abs 3, 604 Abs 4 dem Hinterleger den unmittelbaren Rückgabeanspruch gegen den Dritten zugestehen müssen (a. M. Planck A 1).

2. Die Zuziehung eines **Gehilfen** ist dem Verwahrer im Zweifel gestattet. War sie nicht gestattet, so haftet der Verwahrer für allen während der Obhut des Gehilfen eingetretenen Schaden mit Ausnahme desjenigen, der auch ohne dessen Tätigkeit eingetreten wäre. War sie gestattet, so tritt die Haftung für den Gehilfen nach § 278 ein. Die Frage, wie in dem Falle verminderter Haftung des Verwahrers (§ 690) der Maßstab für das Verschulden des Gehilfen zu nehmen ist, ob nach der eigenen Sorgfalt des Verwahrers oder nach derjenigen des Gehilfen, ist im ersteren Sinne zu entscheiden. Die von dem Verwahrer geschuldete Sorgfalt ist die vertragsmäßige, die nicht durch einen andern Maßstab gemindert werden kann (vgl. § 278 A 6).

§ 692

Der Verwahrer ist berechtigt, die vereinbarte Art der Aufbewahrung zu ändern, wenn er den Umständen nach annehmen darf, daß der Hinterleger bei Kenntnis der Sachlage die Änderung billigen würde. Der Verwahrer hat vor der Änderung dem Hinterleger Anzeige zu machen und dessen Entschließung abzuwarten, wenn nicht mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist[1]).

E I 617 II 632; M 2 575, 576; P 2 395.

1. Regelmäßig ist der Verwahrer nur an die vereinbarte **Art der Aufbewahrung**, nicht, wie der Beauftragte nach § 665, an einseitige, auch nachträgliche Weisungen des Hinterlegers gebunden (M 2, 575) und kann nur in dem hier bestimmten Ausnahmefalle von der vereinbarten Art abweichen. Ein solcher Ausnahmefall kann namentlich dann eintreten, wenn der zunächst zur Aufbewahrung benutzte Raum sich nachträglich als feuergefährlich erweist. Unter Umständen, wenn die Obhut dies bedingt, kann die Änderung der vereinbarten Art der Aufbewahrung zur Pflicht werden.

§ 693

Macht der Verwahrer zum Zwecke der Aufbewahrung Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, so ist der Hinterleger zum Ersatze verpflichtet[1]).

E I 621 II 623; M 2 581; P 2 399, 400.

1. **Die Ersatzpflicht des Hinterlegers,** für die § 693 einen persönlichen (subjektiven) Maßstab aufstellt, umfaßt nicht bloß die Aufwendungen des Verwahrers für eine hinterlegte Sache selbst, wie Ausbesserungskosten bei Sachen, Futter- und Heilungskosten bei Tieren, sondern auch solche für deren Bewachung, Erhaltung, Rettung bei ungewöhnlichen Ereignissen (M 2, 581; vgl. auch § 670), Versicherungskosten und Steuern. Sie erstreckt sich jedoch nicht auf diejenigen Aufwendungen, welche der Verwahrer ausdrücklich übernommen hat oder nach dem Vertrage auf eigene Kosten zu übernehmen verpflichtet ist, wie namentlich im Falle der gewerbsmäßigen Verwahrung in der Regel die Kosten für Herstellung und Erhaltung geeigneter Räume. Die Erstattung von Aufwendungen, die nicht zum Zwecke der Verwahrung gemacht sind, bestimmt sich nach den Vorschriften der auftraglosen Geschäftsführung (§§ 677 ff.). — Wegen des dem Verwahrer zustehenden Zurückbehaltungsrechts s. u. § 697.

§ 694

Der Hinterleger hat den durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sache dem Verwahrer entstehenden Schaden zu ersetzen[1]), es sei denn, daß er die gefahrdrohende Beschaffenheit der Sache bei der Hinterlegung weder kennt noch kennen muß oder daß er sie dem Verwahrer angezeigt oder dieser sie ohne Anzeige gekannt hat[2]).

E I 622 II 634; M 2 581, 582; P 2 400.

1. **Der Hinterleger** übernimmt im Verwahrungsvertrage keine Vertragsleistung. Das schließt ein Verschulden im Vertragsverhältnis, das ihn dem Verwahrer schadensersatzpflichtig machen kann, durch Verletzung der allgemeinen Vertragspflichten, die nach dem Grundsatze von Treu und Glauben jedes Vertragsverhältnis begleiten, nicht aus (vgl. für die Bürgschaft §§ 765 A 7, 776 A 1). Zu diesen allgemeinen Pflichten gehört für den Hinterleger die Verpflichtung, dem Verwahrer Mitteilung von einer **gefahrdrohenden Beschaffenheit der zu verwahrenden Sache** zu machen. Ihre Verletzung ist nicht nur ein Verschulden beim Vertragsschluß (so M 2, 581, Oertmann A zu § 694); durch den Vertragsschluß wird die Pflicht Vertragspflicht und dauert durch das ganze Vertragsverhältnis fort.

2. Während für sonstige Vertragsverletzungen des Hinterlegers die gewöhnliche Beweislast gilt — der Verwahrer muß ein Verschulden des Hinterlegers beweisen, das er behauptet —, hat hinsichtlich der Haftung des Hinterlegers für den **Schaden**, der dem Verwahrer **durch die Beschaffenheit** der hinterlegten Sache entstanden ist, der § 694 eine Schuldvermutung gegen den Hinterleger aufgestellt und die Beweislast zu seinen Ungunsten umgekehrt. Daß ihm der Schaden durch die gefährliche Beschaffenheit der Sache entstand, hat natürlich zunächst der Verwahrer darzutun. Die Schuldvermutung hat der Hinterleger durch den Nachweis seiner Nichtkenntnis oder des Nichtkennenmüssens der gefährlichen Beschaffenheit zur Zeit der Hinterlegung oder der erfolgten Mitteilung davon an den Verwahrer zu widerlegen. Auch wenn er nachträglich die Kenntnis erlangt hat, ist er nach Treu und Glauben dem Verwahrer zur Anzeige verpflichtet und haftet für die Folgen der Unterlassung. Die Schuldvermutung des § 694 läßt sich jedoch hierauf nicht erstrecken. Der letzte dem Hinterleger in § 694 nachgelassene Entlastungsbeweis, daß der Verwahrer die gefährliche Beschaffenheit der Sache gekannt habe, ist ein Einwand des mitwirkenden eigenen Verschuldens des Verletzten (§ 254). Die Kenntnis wird hier durch ein Kennenmüssen nicht ersetzt; dem Verwahrer wird es nicht als Verschulden angerechnet, daß er sich um die Beschaffenheit der Sache nicht gekümmert hat. Daß dem Hinterleger im übrigen der Nachweis eines mitwirkenden Verschuldens des beschädigten Verwahrers nach § 254 Abs 1 u. 2 freisteht, ist selbstverständlich.

§ 695

Der Hinterleger kann die hinterlegte Sache jederzeit zurückfordern, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist[1]).

E I 624 II 635; M 2 582—583; P 2 402.

1. Daß der **Hinterleger** die hinterlegte Sache **jederzeit zurückfordern** kann, entspricht der Natur des Vertrags und gilt auch dann, wenn der Vertrag entgeltlich geschlossen ist. Das Vertragsverhältnis endigt aber nicht bereits mit dieser Zurückforderung, sondern dauert bis zur tatsächlichen Zurückgabe der hinterlegten Sache fort (M 2, 583). Der Hinterleger darf indessen die Sache nach Treu und Glauben nicht zur unangemessenen Zeit zurückfordern und muß unter Umständen auch eine angemessene Frist für die Rückgabe bewilligen. Die vertragsmäßige Änderung der Vorschrift dieses Paragraphen ist mit dem Wesen des Verwahrungsvertrags unvereinbar und daher nichtig (a. M. Planck A 2 zu § 695).

§ 696

Der Verwahrer kann, wenn eine Zeit für die Aufbewahrung nicht bestimmt ist, jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache verlangen[1]). Ist eine Zeit bestimmt, so kann er die vorzeitige Rücknahme nur verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[2]).

E I 625 II 636; M 2 583; P 2 402.

1. **Auch beim Rücknahmeverlangen des Verwahrers** endigt regelmäßig das Verhältnis erst mit der tatsächlichen Zurücknahme. Ebenso gilt auch hier, daß der Verwahrer die Rücknahme nicht zu unangemessener Zeit verlangen kann und dem Hinterleger eine angemessene Frist für die Rücknahme gestatten muß.

2. Als **wichtiger Grund** für vorzeitige Rücknahme kann z. B. anhaltende Krankheit des Verwahrers, Zerstörung seines Aufbewahrungsraums, gelten. Der Verwahrer kann, sobald er zur Rückgabe berechtigt ist, dem Hinterleger eine angemessene Frist zur Rücknahme setzen, durch deren unbenutzten Ablauf der letztere in Annahmeverzug, §§ 293ff., und auch, da er abzuholen hat, in Leistungsverzug gerät (§§ 284ff.). — Über das Verlangen der Rücknahme seitens des Lagerhalters s. HGB § 422.

§ 697

Die Rückgabe der hinterlegten Sache hat an dem Orte zu erfolgen, an welchem die Sache aufzubewahren war[1]); der Verwahrer ist nicht verpflichtet, die Sache dem Hinterleger zu bringen[2]).

E I 620 II 637; M 2 579—581; P 2 399.

1. Als **Ort der Rückgabe** gilt der vertragsmäßig zur Aufbewahrung bestimmte Ort. Nicht maßgebend ist der Ort, wo die Sache zuletzt tatsächlich aufbewahrt worden ist.

2. Die **Rückgabeverpflichtung** ist also Holschuld, so daß der Hinterleger die Gefahr und die Kosten der Rückgabe zu tragen hat. Dem Verwahrer steht wegen seiner Gegenansprüche, also wegen seiner Vergütung und seiner Aufwendungen, ein Zurückbehaltungsrecht, § 273, und, wenn die sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen, §§ 387ff., vorliegen, auch die Aufrechnungsbefugnis zu (M 2, 579; Übergangsrecht RG 50, 37). Auch kann er sich der Rückforderung des Hinterlegers gegenüber, zwar nicht unter allen Umständen (s. o. § 535 A 2 Abs 2, § 556 A 2 Abs 2), aber jedenfalls dann auf sein Eigentum an der hinterlegten Sache berufen, wenn er dieses erst nach der Hinterlegung vom Hinterleger erworben hat (RG 15, 210). Im Konkurse des Verwahrers steht dem Hinterleger das Aussonderungsrecht zu (§ 43 KO).

§ 698

Verwendet der Verwahrer hinterlegtes Geld für sich, so ist er verpflichtet, es von der Zeit der Verwendung an zu verzinsen[1]).

E I 619 II 638; M 2 579; P 2 399.

1. Die Bestimmung entspricht der Regelung beim Auftrag. Vgl. § 668 und die Anmerkungen dazu. Vgl. § 668. — Verwendet der Verwahrer andere hinterlegte Gegenstände für sich, so hat er dem Hinterleger den dadurch verursachten Schaden zu ersetzen.

§ 699

Der Hinterleger hat die vereinbarte Vergütung bei der Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten[1]). Ist die Vergütung nach Zeitabschnitten bemessen, so ist sie nach dem Ablaufe der einzelnen Zeitabschnitte zu entrichten.

Endigt die Aufbewahrung vor dem Ablaufe der für sie bestimmten Zeit, so kann der Verwahrer einen seinen bisherigen Leistungen entsprechenden Teil der Vergütung verlangen, sofern nicht aus der Vereinbarung über die Vergütung sich ein anderes ergibt[2]).

E I 623 II 639; M 2 582; P 2 401, 402.

1. Die **Vergütung** wird fällig bei Beendigung der Aufbewahrung, und zwar regelmäßig gegen Rückgabe der aufbewahrten Sache, sofern nicht ein anderes vereinbart ist (vgl. §§ 551, 614). Gesetzliches Pfandrecht des Lagerhalters wegen Lagergeld und Aufwendungen § 421 HGB.

2. Bei vorzeitiger Beendigung der Aufbewahrung (insbesondere §§ 695, 696) erhält der Verwahrer eine dem § 628 für den Dienstvertrag entsprechend festzusetzende **Teilvergütung**, sofern nicht aus dem Vertrage sich ein anderes ergibt, was zu beweisen hat, wer sich darauf beruft.

§ 700

[1]) **Werden vertretbare Sachen in der Art hinterlegt, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren, so finden die Vorschriften über das Darlehen Anwendung[2]). Gestattet der Hinterleger dem Verwahrer, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, so finden die Vorschriften über das Darlehen von dem Zeitpunkt an Anwendung, in welchem der Verwahrer sich die Sachen aneignet[3]). In beiden Fällen bestimmen sich jedoch Zeit und**

Ort der Rückgabe im Zweifel nach den Vorschriften über den Verwahrungsvertrag[4]**.**

Bei der Hinterlegung von Wertpapieren ist eine Vereinbarung der im Abs 1 bezeichneten Art nur gültig, wenn sie ausdrücklich getroffen wird[5][6]**.**

E I 618 II 640; M 2 576—578; P 2 395—399.

1. Das hier geregelte Rechtsverhältnis, die Summenverwahrung oder **uneigentliche Verwahrung,** ist kein eigentliches Darlehen, unterscheidet sich vielmehr von diesem dadurch, daß es nicht überwiegend dem Interesse des Empfängers, sondern demjenigen des Hinterlegers dient. Sein Zweck ist Verwahrung für den Hinterleger, nicht Verbrauch zum Nutzen des Empfängers. Wohl aber finden, abgesehen von Zeit und Ort der Rückgabe (§§ 695—697), die für das Darlehen geltenden Vorschriften, insbesondere auch in bezug auf die Verzinsung, § 608, darauf Anwendung, wenn auch der Zinsfuß hier in der Regel niedriger als beim eigentlichen Darlehen bestimmt wird, weil dem Zinsanspruch des Hinterlegers für den Verbrauch eine Aufbewahrungsvergütung des Verwahrers gegenübertritt. Dieses darlehnartige Verhältnis setzt in jedem Falle die Hinterlegung vertretbarer Sachen (§ 91) voraus. Über die Sicherheitsübereignung des zur uneigentlichen Verwahrung dem Bankkaufmann übergebenen Geldes an den letzteren RG 87 S. 18, 22.

2. Ist alsbald bei der Hinterlegung vereinbart worden, daß das Eigentum auf den Verwahrer übergehen und dieser verpflichtet sein soll, **Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren,** so geht das Eigentum und die aus zufälligen Umständen entspringende Gefahr regelmäßig mit der Übergabe auf den Verwahrer über und der Hinterleger hat für einen durch die Beschaffenheit der hinterlegten Sachen etwa erwachsenden Schaden (§ 694) nur im Fall einer dabei von seiner Seite mitwirkenden unerlaubten Handlung einzustehen. Zurückbehaltungs- und Aufrechnungsrecht sind beim Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen auch hier zulässig. Dieses Summenverwahrungsgeschäft spielt gegenwärtig namentlich im kaufmännischen Verkehr eine hervorragende Rolle. Es bildet die Unterlage für den Scheckverkehr (RGes. v. 11. 3. 08), obwohl hierzu auch ein künstliches, d. h. durch Kreditgewährung geschaffenes Guthaben des Scheckkunden genügt (s. Vorbem 3 vor § 783).

3. Die gleiche Wirkung hat die **nachträgliche Gestattung** des Verbrauchs hinterlegter vertretbarer Sachen von dem Zeitpunkt ab, wo der Verwahrer hiervon durch Aneignung Gebrauch macht. Bis dahin verbleibt auch dem Hinterleger im Konkurs des Verwahrers ein Aussonderungsrecht, KO § 43. Die Aneignung setzt, wie in der Rechtsprechung namentlich zu § 2 des DepotG v. 5. 7. 96 ausgeführt worden ist, eine Verfügung des Verwahrers voraus, welche mit Sicherheit auf die Absicht des Eigentumserwerbs bei demselben schließen läßt (RG 52, 205; 58, 290). Ein unregelmäßiger Verwahrungsvertrag kann auch in der Weise entstehen, daß eine auf Zahlung einer Geldsumme gerichtete Verpflichtung in eine solche auf Verwahrung einer jederzeit auszahlbaren Geldsumme umgewandelt wird (RG 67, 262).

4. **In bezug auf Zeit und Ort der Rückgabe** gelten in beiden vorerwähnten Fällen im Zweifel (A 2 u. 3) die §§ 695—697. Mit der Zurückforderung seitens des Hinterlegers oder mit dem Rücknahmeverlangen des Verwahrers hört das darlehnartige Verhältnis, insbesondere auch die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen auf.

5. **Ausdrückliche Vereinbarung** wird verlangt bei der Hinterlegung von **Wertpapieren.** Nach § 2 des DepotG ist dort außerdem noch schriftliche Form erforderlich (RG 52, 202; 58, 286). Im übrigen kann die Vereinbarung in den Fällen des Abs 1 sowohl ausdrücklich als stillschweigend erfolgen.

6. Verschieden von dem darlehnsartigen Verwahrungsvertrag ist die **Sammelverwahrung,** bei welcher der Verwahrer berechtigt ist, gleichartige, verschiedenen Hinterlegern gehörige Sachen unausgeschieden gemeinschaftlich zu verwahren, so daß zwischen den Hinterlegern eine Gemeinschaft nach Verhältnis der hinterlegten Stücke entsteht, auf den Verwahrer aber weder Gefahr noch Eigentum übergeht (s. RG 21, 33).

Dreizehnter Titel

Einbringung von Sachen bei Gastwirten

1. Die **Gastwirte** und im wesentlichen auch die Schank- und Speisewirte (Restaurateure) haften ihren Gästen für Beschädigungen an Körper und Gesundheit, welche ihnen infolge einer mangelhaften, von dem Wirte irgendwie verschuldeten Beschaffenheit der Gasträume zustoßen, auf Grund des mit den Gästen bestehenden Vertragsverhältnisses (vgl. § 538 A 5); daneben tritt für solche Beschädigungen eine Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823, 831; vgl. die A 6c zu § 823). In den §§ 701—703 wird den Gastwirten, nicht auch den Schank- und Speisewirten, eine weitergehende Haftung für die von den Gästen eingebrachten

Sachen auferlegt, im Anschlusse daran in § 704 ihnen aber auch ein besonderes, ebenfalls über das Vermieterpfandrecht hinausgehendes Pfandrecht an den Sachen des Gastes gewährt. Diese privatrechtlichen Bestimmungen gelten auch dann, wenn der Gastwirt den öffentlich-rechtlichen Vorschriften für die Ausübung seines Gewerbes, insbesondere der Einholung der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde nach § 33 und der Anbringung seines Namens an der Außenseite seiner Wirtschaft nach § 15a RGewO noch nicht nachgekommen ist.

2. Die Grundlage der Haftung der Gastwirte für die eingebrachten Sachen der Gäste ist nicht der zwischen ihnen und den Gästen geschlossene Vertrag, sondern die tatsächliche Aufnahme der Gäste (vgl. darüber § 701 A 2). Der **Gastaufnahmevertrag** selbst ist im BGB nicht besonders geregelt. Er stellt ein eigenartiges Vertragsverhältnis gemischten Inhalts dar, auf welches teils die Vorschriften über den Wohnungsmietvertrag, teils diejenigen über den Dienst- und Werkvertrag, teils auch diejenigen über den Kauf Anwendung finden. Denn der Gastwirt übernimmt nicht nur die Verpflichtung zur Beherbergung des Gastes, sondern daneben auch noch andere Leistungen: Beköstigung, Beleuchtung, Heizung und andere Dienste. Über die — nur ausnahmsweise eintretenden — Entschädigungsansprüche des Gastwirts in dem Falle, daß der Gast bei ihm plötzlich stirbt oder erkrankt, s. SeuffA 58 Nr 231; 62 Nr 8. — Für die Ansprüche des Gastwirts aus dem Gastaufnahmevertrage für Wohnung und Beköstigung, sowie andere Leistungen zur Befriedigung der Bedürfnisse der Gäste mit Einschluß der Auslagen gilt nach § 196 Abs 1 Nr 4 die zweijährige, für Ansprüche der Gäste gegen den Wirt auf Grund der §§ 701—703 die gewöhnliche Verjährung. Für beiderlei Ansprüche ist gemäß § 23 Nr 2 Abs 4 GVG ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Amtsgericht zuständig.

§ 701.

Ein Gastwirt, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt[1]), hat einem im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gaste[2]) den Schaden zu ersetzen[3]), den der Gast durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen[4]) erleidet. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden von dem Gaste, einem Begleiter des Gastes oder einer Person, die er bei sich aufgenommen hat, verursacht wird oder durch die Beschaffenheit der Sachen[5]) oder durch höhere Gewalt[6]) entsteht.

Als eingebracht gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben oder an einen ihm von diesen angewiesenen Ort oder in Ermangelung einer Anweisung an den hierzu bestimmten Ort gebracht hat.[4])

Ein Anschlag, durch den der Gastwirt die Haftung ablehnt, ist ohne Wirkung[5]).

E I 626 II 641; M 2 584—587; P 2 402—404, 413—415.

1. **Die gewerbsmäßige Aufnahme Fremder zur Beherbergung** bildet die wesentlichste Voraussetzung für die Haftung des Gastwirts nach §§ 701—703 und zugleich das unterscheidende Merkmal vom Schank- und Speisewirt (Restaurateur). Dieses Merkmal der Aufnahme zur Beherbergung trifft außer bei den Gasthöfen (Hotels) auch bei den sog. Hotel garnis, sowie bei den Familienpensionen, ferner bei den bewirtschafteten Unterkunftshäusern der Alpenvereine (a. M. Planck Vorbem II 4c, Staudinger A II 2c) zu, nicht dagegen bei gewöhnlichen Vermietern möblierter Zimmer oder Schlafstellen, nicht bei Badeanstaltsbesitzern (OLG 6, 443), bei Heilanstalten, sofern sie nicht zugleich Familienpensionen sind, auch nicht bei den Schlafwagengesellschaften, deren Tätigkeit nach den zwischen ihnen und den Eisenbahnverwaltungen bestehenden, auch auf das Verhältnis zu den Reisenden einwirkenden Verträgen vielmehr auf eine besondere Art der Beförderung in durch erhöhte Bequemlichkeit ausgezeichneten Abteilen gerichtet ist. Das gleiche gilt von dem Betriebe der Dampfergesellschaften.

2. Die Tatsache der **Aufnahme des Gastes** im Betriebe des Gewerbes, nicht der darauf gerichtete Vertrag zwischen Gast und Gastwirt, bildet die Grundlage der hier in Frage stehenden Haftung des Gastwirts für die eingebrachten Sachen. Es liegt somit ein Tatbestand gesetzlicher und nur vertragsähnlicher Verpflichtung vor (so auch Planck A 2, Oertmann Vorbem 2 u. a.; a. M. Staudinger A V und die 1. Aufl. dieses Werkes, jetzt auch v. Gierke, Schuldrecht S. 742, der ein Vertragsverhältnis ähnlich dem Verwahrungsvertrag auf Raumgewährung und Obhut annimmt). Nach der hier vertretenen Ansicht kommt es auf eine Geschäftsunfähigkeit, sei es des Gastwirts, sei es des Gastes, die den Vertrag nichtig macht, für die Verpflichtungen des Gastwirts nach §§ 701—703 nicht an. Dasselbe muß dann auch

für dessen Rechte nach § 704 gelten. Die Aufnahme muß vor oder bei Einbringung der Sachen erfolgt sein, wie z. B. in dem Falle, daß der Gast seine Ankunft angekündigt und der Wirt zusagend geantwortet oder auch nur zur Empfangnahme des Gastes einen Wagen nach dem Bahnhof gesendet hat (**RG** 1, 83). Anders, wenn keine wirkliche Aufnahme des Gastes, sondern nur eine vorläufige Einstellung seiner Sachen erfolgt ist, der Gast noch kein Zimmer genommen hat (**RG** JW 08, 272[6]) oder erst sich angekündigt hat, ohne daß der Wirt ihm die Aufnahme versprochen hat. Keine Aufnahme im Gewerbebetriebe des Gastwirts liegt vor, wenn Verwandte oder Freunde ihn besuchen, und keine Aufnahme eines Gastes, soweit es sich um das Betriebspersonal des Gastwirts oder um von diesem bestellte Handwerker handelt. Die Aufnahme des Gastes zur Beherbergung, die § 701 voraussetzt, erfordert aber keinen Nachtaufenthalt des Gastes; nur muß er das Haus als Herberge zum, wenn auch vorübergehenden, Wohnungsaufenthalt, nicht nur dessen allgemeine Verpflegungs- und Erfrischungsräume in Anspruch nehmen.

3. Die **Ersatzpflicht** geht über die aus einem gewöhnlichen Verwahrungsvertrag entspringende weit hinaus und trifft den Gastwirt schlechthin, mag der Verlust oder die Beschädigung durch ihn, durch seine Leute, durch andere Gäste oder durch dritte Personen herbeigeführt sein. Der Gast hat daher nur die Aufnahme und Einbringung, sowie den Schaden und dessen Höhe zu beweisen, nicht aber den — vielfach unmöglichen — Beweis einer Verletzung der dem Gastwirt obliegenden Verpflichtungen zu führen, vielmehr hat der Gastwirt die seine Haftung ausschließenden Umstände darzutun. — Zur Erhebung des Ersatzanspruchs ist nur der Gast, nicht aber der mit dem Gastwirt in keinem Vertragsverhältnis stehende Eigentümer der Sachen ermächtigt. Bei mitwirkendem Verschulden des Gastes gilt § 254. S. dazu **RG** 75, 386 und § 702 A 4.

4. **Eingebrachte Sachen** sind nicht bloß die vom Gaste unmittelbar in das Gasthaus eingeführten (einerlei ob sie ihm gehören oder nicht), sondern auch diejenigen, welche der Reisende am Bahnhofe dem Kutscher eines Gasthofwagens mit dem Bemerken übergibt, daß er dort einzukehren gedenke (ROHG 25, 336; **RG** 1, 83); immerhin muß aber die Abgabe an die „Leute" des Gastwirts, nicht an Dritte, erfolgt sein; eingebracht sind deshalb noch nicht die in dem vor dem Gasthaus anfahrenden Mietwagen zurückgebliebenen Gegenstände; wenn der Pförtner des Gasthauses beim Abladen des Gepäcks das Innere des Wagens nicht gehörig durchsucht hat und dadurch ein Gegenstand abhanden kommt, haftet der Gastwirt nicht aus § 701, sondern gemäß § 278 BGB für die Fahrlässigkeit des Pförtners bei Ausführung des Auftrags, das Gepäck ins Gasthaus zu schaffen (**RG** Warn 1917 Nr 133). Eingebracht sind ferner die vom Gaste bei sich getragenen oder nachträglich während seines Aufenthalts in den Gasthof geschafften Sachen, endlich auch das Geschirr und die Tiere des Gastes, die er in dem von ihm zu seiner Unterkunft aufgesuchten Gasthause einstellt (SeuffA 59 Nr 253), während der nicht zugleich die Gäste beherbergende Stallwirt für das bei ihm eingestellte Geschirr regelmäßig nur im Falle eines ihn oder seine Leute treffenden Verschuldens haftet (**RG** JW 1910, 750[6]). Das Einbringen endigt mit der Abreise des Gastes, wenn der Gast von dem Gastwirt oder dessen Leuten seine Sachen wieder in Empfang nimmt. Nicht mehr als eingebracht gelten daher die vom Gaste bei seiner Abreise im Gasthause zurückgelassenen oder die im Gasthause aus seinem Besitze gekommenen (z. B. von ihm im Garten des Hotelrestaurants liegen gelassenen) Sachen, bezüglich welcher möglicherweise nur ein Verwahrungsvertrag oder auftraglose Geschäftsführung vorliegt (M 2, 586; OLG 8, 78). Auch wenn der Gast mit dem Wirt die Nachsendung der Sachen vereinbart hat, hört dennoch mit seiner Abreise die Haftung nach § 701 auf; es tritt Haftung aus Auftrag und Verwahrungsvertrag ein. Stirbt der Gast im Gasthause, so dauert die Haftung des Gastwirts fort bis zur Übergabe der Sachen an den Erben oder bis zu deren Hinterlegung nach § 372.

5. Für den **Ausschluß der Haftung** kommt es, wenn der Schaden vom Gaste, von einem Begleiter desselben oder von einem bei sich Aufgenommenen verursacht ist, auf ein Verschulden dieser Personen nicht an. — Außer den vom Gastwirt zu erweisenden Ausschlußgründen ist auch eine Vereinbarung über den Wegfall der Haftpflicht zulässig. Diese Vereinbarung kann zwar nicht schon durch einen einseitigen Anschlag des Wirtes und bloßes Schweigen des Gastes hierzu, wohl aber durch eine auf dessen Grundlage zwischen Wirt und Gast erfolgte Verständigung herbeigeführt werden.

6. Wegen der **höheren Gewalt** s. § 203 Abs 2 und **RG** 75, 386. Nicht darunter fallen namentlich Diebstähle (**RG** a. a. O.) und im Innern des Gasthauses eintretende Brandschäden.

§ 702

Für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten haftet der Gastwirt nach § 701 nur bis zu dem Betrage von eintausend Mark[1]), es sei denn, daß er

diese Gegenstände in Kenntnis ihrer Eigenschaft als Wertsachen zur Aufbewahrung übernimmt[2]) oder die Aufbewahrung ablehnt[3]) oder daß der Schaden von ihm oder von seinen Leuten verschuldet[4]) wird.

E I 627 II 642; M 2 588—590; P 2 404—410.

1. § 702 setzt eine Begrenzung der Haftung des Gastwirts **für Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten** fest. Bei mehreren selbständigen, nur gemeinsam aufgenommenen Gästen (z. B. mehreren Teilnehmern einer Reisegesellschaft, mehreren Brüdern) haftet der Gastwirt jedem bis zur Höhe von eintausend Mark, in dem Falle aber, wenn ein Familienhaupt mit mehreren unselbständigen Familiengliedern bei ihm einkehrt, nur einmal bis zur Höhe der genannten Summe (Prot II 2, 410; Dernburg II § 353 A 12), da hier nur eine einheitliche Aufnahme vorliegt. Im Falle mehrfacher Beschädigungen innerhalb einer und derselben Beherbergung wird dasselbe gelten müssen (a. M. Oertmann A 2).

2. **Im Falle der Übernahme zur Aufbewahrung** in Kenntnis von der Werteigenschaft der Sachen haftet der Gastwirt über die Grenze des § 702 hinaus, nicht bloß nach den Grundsätzen des Verwahrungsvertrags, sondern in Gemäßheit des § 701. Die Voraussetzung dieser strengeren Haftung hat der Gast nachzuweisen. Die Benutzung einer von dem Gastwirt den Gästen für die Aufbewahrung ihrer Sachen zur Verfügung gestellten Einrichtung begründet keine Annahme zur Aufbewahrung (RG 77, 336).

3. Wie die Übernahme wirkt auch die **Ablehnung der Aufbewahrung**, obwohl im übrigen der Gast behalten wird. — Der Gastwirt kann sich also der unbeschränkten Haftung nur dadurch entziehen, daß er den Gast überhaupt abweist.

4. Im Falle des **Verschuldens** (z. B. durch Aufnahme verdächtigen Gesindels, ungenügende Bewachung oder Schließung des Hauses, mangelhafte Verschließbarkeit der Zimmer, RG 75, 386) ist die Haftung der Summe nach unbegrenzt. Zu seiner Entlastung kann sich der Gastwirt bei dieser vertragsähnlichen Haftung auf den nur bei Haftung aus unerlaubter Handlung anwendbaren § 831 nicht berufen (M 2, 589), wohl aber auf ein mitwirkendes Verschulden des Gastes nach § 254, das insbesondere gegeben ist, wenn der Gast Wertsachen offen liegen läßt (RG a. a. O.).

§ 703

Der dem Gaste auf Grund der §§ 701, 702 zustehende Anspruch erlischt, wenn nicht der Gast unverzüglich, nachdem er von dem Verlust oder der Beschädigung Kenntnis erlangt hat, dem Gastwirt Anzeige macht[1]). Der Anspruch erlischt nicht, wenn die Sachen dem Gastwirte zur Aufbewahrung übergeben waren[2]).

E II 643 III 690; P 2 410; 6 194.

1. **Anzeigepflicht des Gastes,** und zwar gegenüber dem Gastwirt oder dessen Vertreter. Unverzüglich s. § 121, damit der Gastwirt rechtzeitig in der Lage ist, die Behauptungen des Gastes zu prüfen und gegen seine etwa schuldigen Leute vorzugehen.

2. **Kein Erlöschen** im Fall der Übergabe an den Gastwirt persönlich oder an dessen Vertreter (Prot 2, 414). Anders, wenn die Sachen seinen Leuten übergeben waren, von deren Verhalten der Gastwirt nicht ohne weiteres Kenntnis haben muß. Die Beweislast gestaltet sich so, daß a) der Gastwirt nachzuweisen hat, daß und wann der Gast Kenntnis von dem Verlust und Schaden erhalten habe, während b) dem Gaste der Beweis der rechtzeitigen Anzeige, gegebenenfalls der Übergabe an den Gastwirt zur Aufbewahrung, obliegt. Die Verweigerung der besonderen Übernahme (§ 702) hat hier nicht die gleiche Wirkung wie diese selbst.

§ 704

Der Gastwirt[1]) hat für seine Forderungen für Wohnung und andere dem Gaste zur Befriedigung seiner Bedürfnisse gewährte Leistungen, mit Einschluß der Auslagen[2]), ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Gastes[3]). Die für das Pfandrecht des Vermieters geltenden Vorschriften des § 559 Satz 3 und der §§ 560 bis 563 finden entsprechende Anwendung[4]).

E I 628 II 644; M 2 591; P 2 411, 412.

1. Das **Pfandrecht** des § 704 ist nur dem Gastwirte im Sinne des § 701 gegeben, der gewerbsmäßig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, nicht dem Speise-, Schank- oder Stallwirt.

2. In Ansehung der zu sichernden **Forderungen** reicht das Pfandrecht des Gastwirts weiter als dasjenige des Vermieters, welches sich auf die Forderungen für Beköstigung, Auslagen usw. nur dann erstreckt, wenn sie nebensächlicher Natur sind (s. § 559 A 3).

3. Das Pfandrecht steht zu an **den eingebrachten Sachen des Gastes**, nicht an den im Eigentum Dritter stehenden, vom Gaste mit sich geführten Sachen, auch dann nicht, wenn sich der Gastwirt bezüglich dieser in dem guten Glauben befindet, daß sie Eigentum des Gastes seien (vgl. § 559 A 2). Insbesondere hat der Gastwirt wegen seiner Forderungen an den Gast kein Pfandrecht an den von dessen Begleitern oder Dienern eingebrachten Sachen; wohl aber an den Sachen des Gastes für die Forderungen wegen der den Begleitern des Gastes gewährten Wohnung und Beköstigung, sofern der Gast hierfür einzustehen hat. § 1207 BGB findet auf das Pfandrecht des Gastwirts als gesetzliches Pfandrecht, das einen Pfandbesitz nicht voraussetzt, keine Anwendung (**RG** 7. 7. 16 VII 138/16).

4. Es sind dies die **Vorschriften** über den Ausschluß der von der Pfändung ausgenommenen Sachen, sowie über das Erlöschen des Pfandrechts mit der Entfernung der Sachen von dem Grundstücke, über das Widerspruchs-, Selbsthilfe- und Klagerecht des Vermieters und über das Verhältnis des Vermieterpfandrechts zum Pfändungspfandrecht anderer Gläubiger. — Im Konkurse des Gastes steht dem Gastwirt das Absonderungsrecht nach § 49 Nr 2 KO zu. Sein Verkaufsrecht außerhalb des Konkurses regeln die §§ 1228 ff. BGB.

Vierzehnter Titel

Gesellschaft

1. Die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft gelten nicht nur für die Gesellschaften des bürgerlichen Rechtes. Sie dienen zugleich **zur Ergänzung der Vorschriften des Handelsgesetzbuchs** (vgl. §§ 105 Abs 2, 161 Abs 2, 320, 335) über die offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft und augenscheinlich auch (vgl. §§ 338 Abs 2, 339 HGB; **RG** JW 1913, 431[7]) die stille Gesellschaft. Der Inhalt vieler Vorschriften des alten HGB ist in das BGB übernommen worden. Ist beim Abschlusse eines Gesellschaftsvertrags die Geschäftsabsicht zunächst auf die Begründung einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft gerichtet, steht aber die Vorschrift des § 4 Abs 2 HGB entgegen, so entsteht regelmäßig eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes. Die Vorschriften des BGB finden auch grundsätzlich Anwendung auf die Aktiengesellschaft, die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Genossenschaft vor der Eintragung im Handelsregister oder Genossenschaftsregister. Sie finden ferner Anwendung auf die Gelegenheitsgesellschaft: die Bestimmungen des HGB a. F. (Artt 266—270) sind in das neue HGB nicht aufgenommen worden. Zu diesen Gelegenheitsgesellschaften gehören z. B. das Gründungskonsortium, ferner das Bankkonsortium, das zur Begebung von Wertpapieren sich gebildet hat — vgl. **RG** 21, 67; 26, 52; 56, 206; 56, 279 (der Zeichner tritt nur zu der Bank, bei welcher er zeichnet, nicht zu dem Konsortium in ein Vertragsverhältnis); 67, 394; Gruch 48, 1039; HoldheimsMSchr 07, 25 — sowie die Unternehmerkartelle, die zum Zweck der Einhaltung bestimmter Mindestverkaufspreise oder zur Regelung des gemeinschaftlichen Absatzes ihrer Erzeugnisse zusammengetreten sind (vgl. **RG** 48, 305; 53, 19; Warn 1916 Nr 209; 20. 2. 17 II 356/16; vgl. auch **RG** 89, 354 und Aufsätze in JW 1911, 144; 1914, 171; 1915, 372, sowie LZ 1911, 918). Für die Gründungsgesellschaft ist zu beachten, daß für diese in gewissem Maße die für die zu gründende Gesellschaft geltenden Grundsätze ergänzungsweise heranzuziehen sind. So ist es, wenn der Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft m. b. H. den Konkurs eines Gesellschafters nicht als Auflösungsgrund anerkennt, gerechtfertigt, diesen Auflösungsgrund trotz § 728 auch für die Gründungsgesellschaft nicht gelten zu lassen (**RG** 82, 288). Wird von dem Mitgliede einer handelsrechtlichen Gesellschaft durch Einräumung einer Unterbeteiligung (vgl. § 717 A 2) eine besondere Gesellschaft gegründet, so kommen für diese lediglich die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zur Anwendung. Ein Gesellschaftsvertrag kann zwischen Ehegatten unbeschadet des in der Ehe geltenden gesetzlichen Güterrechts geschlossen werden. Er stellt nicht einen Ehevertrag dar und bedarf deshalb nicht der in § 1434 vorgeschriebenen Form. Die aus diesem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Rechtsverhältnisse sind nur nach Gesellschaftsrecht, nicht nach Güterrecht zu beurteilen (**RG** LZ 1919, 1076[7]). Ein solcher Gesellschaftsvertrag kann stillschweigend geschlossen sein, wenn die Umstände ergeben, daß die Frau nach dem Willen beider Eheleute ihre Tätigkeit dem Geschäftsbetriebe des Mannes nicht als bloße Gehilfin, sondern als gleichberechtigte Gesellschafterin mit dem Recht auf Teilung des Gewinns zugewandt hat. Über die Reederei s. §§ 489 ff. HGB. Für nichtrechtsfähige Vereine gelten die Vorschriften über die Gesellschaft nach § 54. Das Wesen des Vereins besteht in seiner Unabhängigkeit von dem Wechsel der Mitglieder und in der körperschaftlichen Verfassung (vgl. § 54 A 1). Die Unterscheidung des nichtrechtsfähigen Vereins von der Gesellschaft kann im Einzelfalle Schwierigkeiten machen, da die meisten Vorschriften des Gesellschaftsrechts nachgiebiger Natur sind. Die bekannten Bohrgesellschaften können nicht nur Vereine, sondern auch Gesellschaften sein (vgl. **RG**

54, 297; 57 S. 90, 414; ferner HoldheimsMSchr 06, 255). Die Vorschriften über die Gesellschaft finden weiter Anwendung auf die nicht anerkannten ausländischen Vereine (Art 10 EG).

2. Einzelne Vorschriften des Gesellschaftsrechts leiden **entsprechende Anwendung** auf Vertragsverhältnisse, die auf eine längere Interessenverknüpfung gerichtet sind, insbesondere die Vorschriften über die Kündigung aus wichtigem Grunde (§ 723) auf Vertragsverhältnisse, die auf längere Dauer eingegangen sind und in besonderem Maße auf gegenseitigem Vertrauen beruhen (**RG** 65, 37; 78 S. 424, 385; 95, 166; Warn 08 Nr 511 und mit bezug auf Mietverträge JW 1919, 181[1]; vgl. auch § 611 A 2). Gesellschaftsähnlich sind Verlagsverträge und dem ähnliche Verträge mit Beteiligung des Urhebers am Reingewinn (**RG** 78, 301; 87, 215; LZ 1914, 862[3]; 11. 2. 20 I 207/19), desgleichen Kartelle und Syndikate, soweit sie nicht als Gesellschaften, als Vereine oder als Gesellschaften m. b. H. eingerichtet sind (vgl. **RG** 53, 22; auch 70, 165 über das Recht auf gleichmäßige Beteiligung an gewinnbringenden Geschäften). Ein gesellschaftsähnliches Verhältnis kann angenommen werden, wenn mehrere Anwälte oder mehrere Ärzte unter Wahrung der Selbständigkeit der Berufsausübung des einzelnen sich in gewissen Beziehungen zu einem gemeinschaftlichen Betriebe verbunden haben (vgl. Josef in HoldheimsMSchr 1917, 99ff.). Dagegen ist die Kündigungsvorschrift des § 723 auf Kaufverträge über langfristige Sukzessivlieferungen für nicht anwendbar erklärt worden in **RG** JW 07, 103[5]; vgl. auch **RG** 74, 33, während in Warn 1919 Nr 22 die Annahme eines gesellschaftsähnlichen Verhältnisses, das für die Lieferpflicht von Bedeutung ist, als möglich hingestellt wird. Der Umstand allein, daß der Vorteil der Vertragsparteien Hand in Hand geht — wie dies bei der Geschäftsverbindung zwischen dem Erzeuger und seinen Kunden der Fall ist —, begründet selbstverständlich noch kein gesellschaftsähnliches Verhältnis (**RG** V 1. 5. 12, BayZ 8, 330).

3. Für die zur Zeit des Inkrafttretens des BGB bereits bestehenden Gesellschaften und nichtrechtsfähigen Vereine, soweit es sich bei diesen nicht um das Rechtsverhältnis gegenüber Dritten aus Vorgängen seit dem 1. Januar 1900 handelt, bleiben die **bisherigen Gesetze** maßgebend (Art 170 EG; **RG** JW 1915, 450[6]). Die Verbotsbestimmung des § 723 Abs 3 hat rückwirkende Kraft (vgl. § 723 A 7).

4. Der Gesellschaftsvertrag beruht auf einem persönlichen **Vertrauensverhältnis**. Dem entsprechen die Vorschriften des § 708, wonach die Haftung des Gesellschafters sich auf die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt beschränkt, ferner der §§ 717 u. 727 über die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit der Rechte aus der Gesellschaft. Das Vertrauensverhältnis geht aber nicht so weit wie bei der offenen Handelsgesellschaft, daß in Ermanglung anderer Vereinbarung jeder Gesellschafter allein für die Gesellschaft zu handeln berechtigt ist (HGB §§ 114, 115, 125). — Das Gesellschaftsrecht wird in besonderem Maße von dem Grundsatz von **Treu und Glauben** beherrscht. Die Gesellschafter dürfen nicht nur bei Eingehung der Gesellschaft die für Erreichung des Gesellschaftszwecks ungünstigen Umstände, die ihnen bekannt und ersichtlich für die Entschließung des anderen Teiles von Bedeutung sind, nicht verschweigen, sie haben auch während des Bestehens der Gesellschaft die Pflicht der Treue zu wahren, insbesondere darin, daß sie Schaden von der Gesellschaft abzuwenden haben (vgl. §§ 705 A 3, 706 A 5, 710 A 1). Sittenwidrig und deshalb nichtig ist eine Vereinbarung, durch welche der Gesellschafter sich verpflichtet, das Stimmrecht anders als im Interesse der Gesellschaft auszuüben (**RG** LZ 1912, 545). Als Verletzung der Treupflicht erscheint es, wenn ein Gesellschafter sich auf Kosten der Mitgesellschafter unter Ausnützung der gesellschaftlichen Beziehungen besondere Vorteile verschafft, wenn er namentlich für die gesellschaftlichen Leistungen unter Verheimlichung vor den übrigen Gesellschaftern sich eine besondere Vergütung gewähren läßt (**RG** 82, 10; 5. 10. 12 VI 155/12). Eine allgemeine Rechenschaftspflicht liegt ihm jedoch — abgesehen von den in Gesellschaftsangelegenheiten auftragsmäßig oder unberufen geführten besonderen Geschäften (vgl. § 666; **RG** 73, 288) — nicht ob. Über den Grundsatz der Gemeinschaft zur gesamten Hand s. §§ 718 A 1, 719, 720 A 1, 736 A 2 und 738 A 1 u. 2.

§ 705

[1]) Durch den Gesellschaftsvertrag[2]) verpflichten sich die Gesellschafter[1]) gegenseitig[4])[5]), die Erreichung eines gemeinsamen Zweckes[3]) in der durch den Vertrag bestimmten Weise zu fördern[3]), insbesondere die vereinbarten Beiträge[6]) zu leisten.

E I 629 II 645; M 2 593—595; P 2 415—417.

1. Die **Gesellschaft** ist ein auf Vertrag beruhendes einheitliches Schuldverhältnis. Es besteht bei ihr — im Gegensatze zum rechtsfähigen Verein — kein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt (Gesellschaft). Ist von der Gesellschaft die Rede, so sind doch die

Gesellschafter gemeint. Die **Gesellschafter** selbst sind die Träger des Gesellschaftsvermögens (§§ 718, 719). Sie können sich eines gemeinsamen Namens bedienen (**RG** 17. 3. 06, Holdheims MSchr 06, 255; vgl. **RG** JW 06, 452[4]); dieser Name kann aber nicht handelsrechtliche Firma sein. Im Grundbuche werden die Namen aller Gesellschafter eingetragen; wechselfähig (Art 1 WO) sind nur die Gesellschafter, nicht die Gesellschaft.

2. Der **Gesellschaftsvertrag** bedarf keiner Form. Bestand nach altem Recht Formzwang und ist die unter Verletzung der Formvorschrift eingegangene „Gesellschaft" über den 1. 1. 00 hinaus betrieben worden, so ist Bestätigung nach § 141 erforderlich, die nicht ohne weiteres in der tatsächlichen Fortsetzung des Gesellschaftsbetriebs gefunden werden kann (**RG** JW 03 Beil 5, 42[37]). Wenn Grundstücke, das ganze gegenwärtige Vermögen oder ein Bruchteil davon in die Gesellschaft eingebracht werden sollen, finden die §§ 313 (s. **RG** 68, 260), 311 Anwendung. Dagegen bedarf ein Gesellschaftsvertrag, der darauf gerichtet ist, Grundeigentum zum Zwecke der Weiterveräußerung für gemeinschaftliche Rechnung zu erwerben, der Form des § 313 selbst dann nicht, wenn im Vertrage von einer Verpflichtung zur Weiterveräußerung die Rede ist, da diese Verpflichtung nicht den eigentlichen Inhalt des Gesellschaftsvertrags bildet, sondern sich als die gesetzliche Folge des dem Vertrage entsprechend vorgenommenen Eigentumserwerbs darstellt (**RG** LZ 1916, 1173). Ebenso **RG** 97, 329 für den Fall, daß im Grundstückszwangsversteigerungsverfahren ein Bieter vor der Zuschlagserteilung einen Gesellschaftsvertrag des Inhalts schließt, daß das Grundstück, wenn er den Zuschlag erhalte, für gemeinschaftliche Rechnung veräußert werden solle. Der einzelne schließt den — einheitlichen — Gesellschaftsvertrag mit den übrigen Vertragschließenden als Einzelpersonen. Im Falle der Minderjährigkeit eines Vertragschließenden ist der zum Widerrufe berechtigte „andere Teil" (§ 109) jeder einzelne der übrigen. Scheidet wegen eines solchen Widerrufs oder wegen ausbleibender Genehmigung (§ 108) oder deswegen, weil die Willenserklärung eines Vertragschließenden nichtig ist, ein Vertragschließender aus, so liegt „Nichtigkeit" des Teiles eines Rechtsgeschäfts (§ 139) vor. Steht einer der Vertragsparteien ein Anfechtungsgrund gegenüber einer der mehreren anderen Vertragsparteien zur Seite (§§ 119, 123), so kann sie die Anfechtung nicht bloß gegen die eine Partei, sondern wegen der Einheitlichkeit des Gesellschaftsvertrags gegen sämtliche Vertragschließende geltend machen. Irrtum über das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens oder dessen Umfang berechtigt als ein bloßer Irrtum über den Beweggrund noch nicht zur Anfechtung. Der Gesellschaftsvertrag kann nach §§ 134, 138 (**RG** Warn 1911 Nr 9), 306, 310 nichtig sein. Wenn jemand, der eine Erfindung gemacht haben will, vor der Patentierung sich mit einem Geldgeber zu deren Ausbeutung vereinigt, so wird im Zweifel als die Vertragsmeinung anzusehen sein, daß hinsichtlich des Vorhandenseins einer Erfindung die Gefahr vom Geldgeber getragen werden soll. Es liegt dann ein gewagtes Geschäft vor, und es kann nicht auf Grund der Behauptung, daß in Wirklichkeit eine Erfindung nicht gemacht sei, geltend gemacht werden, der Gesellschaftsvertrag sei nach § 306 nichtig (**RG** 6. 10. 06 I 196/06; 13. 3. 07 I 349/06). Wegen des Erfordernisses der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung s. § 1822 Nr 3. Zur Abänderung des Gesellschaftsvertrags ist Einstimmigkeit erforderlich, es sei denn, daß ein anderes im Vertrage bestimmt ist. Auch wenn durch die Abänderung ein Gesellschafter nicht unmittelbar betroffen wird, die Änderung vielmehr nur für die Beziehungen der übrigen Gesellschafter von Bedeutung ist, kann dessen Zustimmung, da an der Regelung der Rechte und Pflichten der verschiedenen Gesellschafter sämtliche Gesellschafter als Vertragschließende beteiligt sind, nicht entbehrt werden. Änderungen des Gesellschaftsvertrags — wobei jedoch die Grenzen der Änderung näher angegeben sein müssen — kann sich der Gesellschafter schon im voraus unterwerfen. So kann er in dem mit den anderen Gesellschaftern geschlossenen Vertrage im voraus sein Einverständnis dazu erklären, daß später eine bestimmte Person als Gesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen wird. Über Änderung des Gesellschaftsvertrags durch Erhöhung der Beiträge s. § 707 A 3. Verschieden von dem Gesellschaftsvertrage ist der Vorvertrag auf Abschluß eines Gesellschaftsvertrags. Er ist bindend, wenn die Abrede so bestimmt ist, daß im Streitfalle der Inhalt des versprochenen Vertrags richterlich festgestellt werden kann (**RG** 66, 120). Die Vorschrift des § 723 über Zulässigkeit sofortiger Kündigung gilt nur für den Gesellschaftsvertrag, nicht ohne weiteres für den Vorvertrag (**RG** LZ 1916, 740[10]). Nicht ausgeschlossen wird durch Eingehung eines Gesellschaftsvertrags die Begründung andersartiger Berechtigungen und Verpflichtungen zwischen den Mitgliedern. So kann anerkanntermaßen den Mitgliedern einer Aktiengesellschaft oder einer Gesellschaft m. b. H. die Verpflichtung zu anderen Leistungen als Kapitaleinlagen gegenüber der Gesellschaft (über § 212 HGB hinaus) durch selbständige, außerhalb des Gesellschaftsverhältnisses stehende, nicht einen Teil des Gesellschaftsvertrags bildende Verträge auferlegt werden.

3. Wesentlich für den Gesellschaftsvertrag ist die Verpflichtung, die Erreichung eines **gemeinsamen Zweckes** zu fördern. Besteht die Verpflichtung nicht, so besteht kein Gesellschaftsvertrag; selbstverständlich kann dann ein Vertrag anderer Art gültig geschlossen sein (**RG**

77, 227; Warn 1911 Nr 9). Neben den vermögensrechtlichen kommen ideale, wissenschaftliche, soziale, religiöse, gesellige oder künstlerische Zwecke in Betracht. Zur Erreichung des gemeinsamen — nicht bloß gleichartigen — Zweckes werden, von den idealen Erfolgen abgesehen, Vorteile erstrebt, die der Gesamtheit der Gesellschafter und dadurch auch dem einzelnen Gesellschafter zugute kommen (vgl. § 722 A 1). Bei den auf längere Dauer berechneten Gesellschaften wiederholt sich die Erlangung der Vorteile fortlaufend (§ 721 Abs 2), bei den Gelegenheitsgesellschaften (Vorbem 1) handelt es sich gegebenenfalls nur um ein einzelnes gemeinsames Geschäft mit einem einmaligen Vorteile (z. B. gemeinschaftlicher Ankauf oder Verkauf, um die Frachtkosten, die Generalunkosten, zu vermindern). Die zur Förderung des gemeinsamen Zweckes zu machenden Leistungen (Unterlassungen) brauchen nicht ausdrücklich in dem Gesellschaftsvertrage festgesetzt zu sein. Es genügt, daß diese Leistungen nach Lage der Sache unter besonderer Berücksichtigung des Gesellschaftszwecks bestimmbar sind. Als ein Gesellschaftsvertrag wird ein Vertrag anzusehen sein, durch den die Parteien sich verpflichten, den Zweck, aus dem Vermögenszusammenbruch eines gemeinschaftlichen Schuldners so viel als möglich zur Deckung ihrer Forderungen zu retten, durch ihre Handlungen zu fördern (RG 70, 33; 18. 4. 07 VI 274/06; 15. 1. 09 VII 117/08). In jedem Falle begreift die Verpflichtung, den Gesellschaftszweck zu fördern, auch die Verpflichtung in sich, alles zu unterlassen, was der Erreichung des Gesellschaftszwecks abträglich sein kann (vgl. RG JW 1913, 429[6]). Keine Voraussetzung des Gesellschaftsvertrags ist die Begründung eines Gesellschaftsvermögens, auch nicht die Leistung von Beiträgen für diesen Zweck (RG 77, 226; 80, 271; JW 09, 656[6]; Warn 09 Nr 403; LZ 1915, 1379[6]). Nicht erforderlich ist ferner, daß die Teilnehmer einen bestimmten Anteil am Gewinn oder Verlust haben. Es kann bedungen sein, daß ein Gesellschafter nur am Gewinn, nicht am Verlust teilnimmt (RG 18. 1. 19 V 243/18; vgl. RG 20, 163; 27, 13; 31, 35), unbeschadet natürlich der persönlichen Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (vgl. § 718 A 5), wogegen der Gesellschafter nur insofern geschützt werden kann, als die Mitgesellschafter es übernehmen, ihn von der Haftung zu befreien oder ihn im Falle der Inanspruchnahme schadlos zu halten. Ein Gesellschaftsvertrag wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein Teilnehmer statt des Anteils am Gewinn ein festes Entgelt erhält, und zwar auch dann nicht, wenn er zugleich von Tragung des Verlusts befreit ist (RG 13. 7. 15 II 99/15 im Recht 1916 Nr 665; vgl. für die offene Handelsgesellschaft RG 90, 15). — Eine Beteiligung des einen Teiles an dem Gewinn des anderen begründet noch keine Gesellschaft. Wird zwischen zwei Inhabern gleichartiger Geschäfte (z. B. nahen Verwandten) verabredet, daß jeder an dem Gewinn des anderen teilnehmen solle, ohne daß er das andere Geschäft förderte oder vertraglich verpflichtet wäre, in seinem eigenen auf die Erzielung von Gewinn hinzuwirken, so ist ein Gesellschaftsvertrag nicht gegeben. Ist aber als Sinn der Verabredung anzunehmen, daß jeder nach Möglichkeit in seinem Geschäfte auf die Erzielung von Gewinn bedacht sein muß — eine Annahme, die regelmäßig gerechtfertigt sein wird —, so ergibt sich die Verpflichtung zu gemeinsamer Zweckförderung. In einem solchen Falle wird die Feststellung eines Gesellschaftsvertrags nicht durch die Vereinbarung gehindert, daß die Geschäfte völlig getrennt betrieben werden und eine wechselseitige Einmischung des einen Geschäftsinhabers in die Geschäftsführung des anderen nicht stattfinden soll (RG 73, 286). Ein partiarisches Darlehn, keine Gesellschaftseinlage, liegt vor, wenn lediglich ein fester Anteil am Gewinn, aber kein Einfluß auf den Geschäftsbetrieb, auch nicht das Recht auf Büchereinsicht eingeräumt ist (RG 57, 175; vgl. auch 74, 13; 77 S. 226 u. 228; Warn 1913 Nr 211). Gibt der eine Vertragsteil eine Geldsumme, ohne daß der andere Teil zur Rückerstattung verpflichtet sein soll (§ 607), bestehen die Verpflichtungen des anderen Teiles vielmehr lediglich darin, dem Geldgeber einen bestimmten Anteil an dem Gewinne eines Unternehmens, z. B. eines Bergwerks, zu gewähren, so liegt ein Hoffnungskauf vor (RG 77, 223). Das Dienstverhältnis eines Handlungs- oder Gewerbegehilfen wird nicht deswegen zum Gesellschaftsverhältnis, weil ihm neben dem festen Gehalt oder an Stelle desselben als Entgelt für die zu leistenden Dienste ein Anteil an dem Reingewinn des Unternehmers zugesichert wird (commis interessé) — auch nicht deswegen, weil ihm eine Mitwirkung bei Festsetzung der Verkaufspreise eingeräumt wird (RG 9. 12. 02 III 278/02; Warn 1914 Nr 37). Ebensowenig verliert ein Pachtvertrag dadurch seine Eigenart, daß der Pachtzins ganz oder zum Teil nach dem wechselnden Ertrage des Pachtguts bestimmt wird. In gleicher Weise ist es zulässig, daß in einem Kaufvertrage neben dem festen Kaufpreise, der als die Hauptleistung des Käufers erscheint, Leistungen anderer Art als Entgelt für die Überlassung der Kaufsache in partiarischer oder ähnlicher Form bedungen werden (RG 30. 5. 07 VI 342/06). Ein Mäkler-, nicht ein Gesellschaftsvertrag, liegt vor, wenn jemand sich verpflichtet, einem anderen Grundstücke nachzuweisen, den Ankauf in dessen Interesse zu vermitteln, wogegen er von dem durch die Landverkäufe erzielten Gewinn einen auf bestimmte Prozente festgesetzten Anteil erhalten soll. Da der andere nach seinem Belieben den Ankauf und den Verkauf der Grundstücke vornehmen und

unterlassen kann, fehlt es an der gegenseitigen Verpflichtung zur Zweckförderung (RG 13. 12. 07 III 202/07). Vgl. auch § 24 VerlG.

4. Der Gesellschaftsvertrag ist in seinem Wesen ein **gegenseitiger Vertrag.** Wirtschaftlich stellt freilich die Gesellschaft eine Vereinigung von Leistungen dar, zur Erreichung gemeinsamer Zwecke. Dabei bleibt aber bestehen, daß die Beitragsleistung des einen Gesellschafters das Entgelt für die Beitragsleistung des anderen bildet. Die Anwendung der §§ 320ff. kann daher grundsätzlich nicht verneint werden. Bei der Durchführung muß jedoch der Eigenart des Gesellschaftsverhältnisses Rechnung getragen werden. In dieser Beziehung bestehen nicht unerhebliche Meinungsverschiedenheiten (vgl. Knoke, Recht der Gesellschaft §§ 15—17; Oertmann A 4). Für das gemeine Recht hat RG JW 00, 841[9] alles auf die Untersuchung im Einzelfalle abgestellt. Was das BGB betrifft, so muß die Anwendung der §§ 320ff. auf die Leistungen beschränkt werden, die unmittelbar durch den Gesellschaftsvertrag, insbesondere hinsichtlich der Beitragspflicht begründet sind (RG 78, 303). Nicht darf ihre Anwendung auf die Nebenleistungen erstreckt werden, bei denen ein Gegenseitigkeitsverhältnis nicht anzuerkennen ist. Die an sich zulässige Einrede des nicht erfüllten Vertrags aus § 320 (RG 78, 305) ist bei mehr als zwei Gesellschaftern schon dann ausgeschlossen, wenn auch nur der fordernde Gesellschafter die ihm obliegende Leistung bewirkt hat (bestr.). Ist die Einziehung der Beiträge allgemein einem Gesellschafter oder einem Dritten übertragen (§ 710), so wird diesem gegenüber die Einrede, daß die Beiträge von einem Teil der Mitglieder noch nicht entrichtet seien, überhaupt nicht Platz greifen können. Beruht der Anspruch eines Gesellschafters nicht allein auf dem Gesellschaftsvertrage, wie z. B. der Anspruch auf Rechnungslegung außerdem noch die Geschäftsführung zur Voraussetzung hat, so ist die Einrede nicht gegeben (vgl. RG SeuffA 36 Nr 34; ROHG SeuffA 29 Nr 235). Die Einrede des § 321 ist grundsätzlich auch dann zuzulassen, wenn bei mehr als zwei Gesellschaftern sich die Vermögensverhältnisse im ganzen bei den übrigen Gesellschaftern, welche dem zur Vorleistung Verpflichteten gegenüberstehen, wesentlich verschlechtert haben. Die Bestimmungen der §§ 323 u. 324 müssen auch bei der aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft Anwendung finden (bestr.). Es würde gegen alle Billigkeit verstoßen, wenn der Gesellschafter, der wegen unverschuldeter Unmöglichkeit der Erfüllung von seiner Leistungspflicht befreit ist, gleichwohl den Anspruch auf die Gegenleistung behielte, die Mitgesellschafter also genötigt wären, ihre Leistung in voller Höhe zu bewirken und dem befreiten Gesellschafter den versprochenen Gewinn ungeschmälert auszuzahlen. Gegen diese Unbilligkeit gewährt die den Mitgesellschaftern nach § 723 freistehende Kündigung, die nur für die Zukunft wirkt, keine ausreichende Abhilfe. Der Verlust des Anspruchs auf die Gegenleistung kann übrigens dazu führen, daß die Gesellschaft wegen Nichterreichbarkeit ihres Zweckes (§ 726) gänzlich endigt, braucht es aber nicht. Sind die Mitgesellschafter — wozu sie nicht unbedingt verpflichtet sind (a. A. Planck A IV 2) — zur Gewährung der ihnen nach dem Gesellschaftsvertrage obliegenden Leistungen bereit, so kann doch der befreite Gesellschafter keinen Anspruch auf den durch diese Leistungen erzielten Gewinn machen. Ebenso unbillig würde es sein, wenn der Gesellschafter, dem durch Verschulden eines Mitgesellschafters die Leistung unmöglich geworden ist, in gleicher Weise behandelt würde wie im Falle des § 323, wenn er also den Anspruch auf die Gegenleistung verlieren müßte. Es muß ihm vielmehr mit Rücksicht auf das gesellschaftliche Gemeinschaftsverhältnis das Recht zukommen, den Mitgesellschafter auf dem Wege des Schadensersatzes dazu anzuhalten, die ausgefallene Leistung für ihn an die Gesellschaft zu bewirken. Zu bezweifeln ist auch nicht, daß bei Verletzung der Pflichten aus dem Gesellschaftsvertrage die §§ 325, 326 anwendbar werden. Mit dem RG (78, 303; 81, 303; 89, 334; 89, 398; LZ 1913, 579[17]; Warn 1917 Nr 289) ist aber die Einschränkung zu machen, daß die Tätigkeit der Gesellschaft nicht schon begonnen haben darf. Die Ausübung des Rücktrittsrechts aus §§ 325, 326 mit seinen das Gesellschaftsverhältnis rückwärts auflösenden Folgen würde andernfalls, da alle durch den Betrieb der Gesellschaft begründeten Rechtsverhältnisse hiervon berührt würden, zu unerträglichen Verwicklungen führen. Die Möglichkeit der Kündigung muß deshalb hier, sobald die Gesellschaft nach außen in Tätigkeit getreten ist, oder, wie dieser Gedanke auch oft ausgedrückt wird, sobald der Gesellschaftsvertrag zur Ausführung gekommen ist, als ein ausreichender Schutz angesehen werden. Das Verhältnis des § 723 zu § 326 ist nicht dahin aufzufassen, daß letztere Vorschrift die allgemein anwendbare Regel enthalte. Knüpft das Gesetz das Kündigungsrecht im § 723 (mit der nachfolgenden Auseinandersetzung gemäß §§ 730ff.) nur an einen wichtigen Grund und daher regelmäßig nur an die Voraussetzung einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verletzung einer wesentlichen Vertragspflicht, so kann dem Gesetze gewiß nicht die Absicht beiwohnen, daß es das viel einschneidendere, weil rückwärts wirkende Recht des Rücktritts ohne jene Voraussetzung lediglich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen hätte gewähren wollen. § 326 kann nicht zur Anwendung kommen, wenn die Leistung, mit welcher der eine Gesellschafter in Verzug gekommen ist, nicht von so wesentlicher Art oder ihr Ausbleiben nicht auf ein solches Verschulden zurück-

zuführen ist, daß nach § 723 Abs 1 ein Kündigungsgrund gegeben ist (RG 78, 303). Die Vorschrift des § 326 muß überhaupt hinter der des § 723, die das den besonderen Verhältnissen des Gesellschaftsrechts angepaßte Sondergesetz bildet, zurücktreten. Sie ist demgemäß nicht anwendbar, wenn die Gesellschaft ins Leben getreten ist und damit eine diesen besonderen Verhältnissen entsprechende Gestaltung erfahren hat. Sie kann auch auf positive Vertragsverletzungen des Gesellschafters, da hier § 723 eingreift, keine Anwendung finden. Bemerkt sei noch, daß das Rücktrittsrecht aus § 325 und die Fristsetzung aus § 326 von den übrigen Gesellschaftern nur gemeinsam ausgeübt werden kann, daß der einzelne Gesellschafter die Leistung von Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur an alle Gesellschafter (an die Gesellschaftskasse) verlangen kann, daß dagegen das Recht der Kündigung (§ 723) jedem Gesellschafter für seine Person zusteht.

5. Abweichend vom Verein, bei welchem die Verpflichtungen der Mitglieder nur dem Vereine gegenüber bestehen (RG 29. 4. 20 IV 518/19) werden im Gesellschaftsvertrage die **Verpflichtungen** von jedem einzelnen Gesellschafter **gegenüber jedem der anderen Gesellschafter** übernommen. Aus diesem Vertragsverhältnis folgt, daß bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes — anders bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft (vgl. RG 86, 66; 28. 2. 16 VI 416/15) — ein jeder Gesellschafter Anspruch auf Erfüllung der nach dem Gesellschaftsvertrage von einem Mitgesellschafter zu bewirkenden Leistungen hat und diesen Anspruch im Klagewege (actio pro socio) zur Geltung bringen kann. Der Anspruch geht auf Leistung an die Gesamtheit der Gesellschafter in das Gesellschaftsvermögen. Es handelt sich, auch wenn der Gegenstand der Leistung an sich ein teilbarer ist, wegen ihres Zweckes rechtlich um eine unteilbare Leistung im Sinne des § 432, indem der Schuldner nur an alle Gesellschafter leisten und kein Gesellschafter über seinen Anteil verfügen kann (RG 70, 32; 76, 280; 86, 68; 90, 300; 91, 34; JW 1916, 837[10]; Warn 1918 Nr 53). Der Klageantrag ist, wenn ein zur Empfangnahme für sämtliche Gesellschafter berechtigtes Gesellschaftsorgan oder eine von den Gesellschaftern sonst zur Empfangnahme ermächtigte Person nicht vorhanden ist, auf Hinterlegung zu richten. Ein Bedenken gegen die Klageberechtigung des einzelnen Gesellschafters ist aus den Vorschriften der §§ 709, 714 nicht zu entnehmen, da diese, wie die in § 714 (im Zusammenhang mit § 709) gebrauchten Worte „Dritten gegenüber" ergeben, sich nicht auf die Geltendmachung der gegenseitigen Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis beziehen (RG Warn 1918 Nr 53). Der einzelne Gesellschafter ist in Ansehung einer solchen Forderung nicht Gesamtgläubiger im Sinne des § 428, sondern kann mit Rücksicht auf die Vergemeinschaftung der Gesellschafter nach § 432 das Gläubigerrecht nur in der Weise ausüben, daß die Leistung allen Gesellschaftern zugute kommt. Es handelt sich hierbei um eine Befugnis, die dem Gesellschafter kraft eigenen Rechtes zusteht (vgl RG 70, 34) und die von der Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft wohl zu unterscheiden ist. Ein Sonderrecht ist allerdings dem Gesellschafter nicht damit eingeräumt. Die nach § 710 bestellten Geschäftsführer können ermächtigt werden — was nicht ohne weiteres zu ihren Befugnissen gehört —, auch diese Rechte unter Ausschließung des Gesellschafters auszuüben. Ist dies nicht geschehen, so hat der einzelne Gesellschafter freie Hand, ob und wann er die Ansprüche zur Verwirklichung bringen will. Er braucht mit der Geltendmachung nicht etwa bis zu der nach Auflösung der Gesellschaft stattfindenden Auseinandersetzung zu warten. — Zweifelhafter ist die Klageberechtigung des einzelnen Gesellschafters, wenn ein Mitgesellschafter durch positive Handlungen sich gegen die Gesellschaft vergangen hat. Es wird hier darauf ankommen, ob die Verfehlung mehr gegen die Gesellschaft in ihrer Allgemeinheit sich richtet, wie bei Schädigung des Gesellschaftsvermögens, dessen früherer Bestand wieder hergestellt werden muß, oder mehr gegen die Person der einzelnen Gesellschafter. Vom RG LZ 1913, 67[16] wird dem Gesellschafter gegen einen Mitgesellschafter, der sich von dem Vertragsgegner einen persönlichen Vorteil hat versprechen lassen, eine Klage auf Zahlung an die Gesellschaft oder, wenn kein zur Annahme berechtigtes Gesellschaftsorgan besteht, auf Hinterlegung zugestanden. Im Falle der Untreue eines Mitgesellschafters, der unter Ausnutzung der bereits von der Gesellschaft in Angriff genommenen Verhandlungen das Geschäft zu eigenem Vorteil gemacht hat, hat das RG 89, 104 den einzelnen Gesellschafter wegen Beeinträchtigung seines Anteils am Gewinn für selbständig klageberechtigt erklärt. Vgl. auch §§ 708 A 2, 719 A 4. Über die Geltendmachung von Forderungsrechten der Gesellschaft gegen dritte Personen s. § 709 A 4.

Gänzlich verschieden von dem vorbehandelten Recht des Gesellschafters ist das Forderungsrecht, das diesem aus einem nicht dem Gesellschaftsverhältnis angehörigen Grunde gegen die Gesellschaft erwachsen ist. In dieser Hinsicht steht er einem sonstigen Gläubiger der Gesellschaft vollständig gleich. Der Gesellschaftergläubiger kann die anderen Gesellschafter gesamtschuldnerisch in Anspruch nehmen, muß aber hierbei, da er für die seiner Forderung entsprechende Schuld selber mithaftet, sich abrechnen lassen, was er nach seinem Beteiligungsverhältnis zur Tilgung der Gesellschaftsschuld beizutragen hat (RG 85, 157). Eine derartige Forderung kann er auch nach Beendigung des Auseinandersetzungsverfahrens (§ 733 A 2)

noch geltend machen. Als eine dritte Art von Rechten des Gesellschafters sind endlich noch zu erwähnen die Ansprüche, die er gegen die Gesellschaft aus dem Gesellschaftsvertrage selbst erheben kann, Anspruch auf Geschäftsführung, auf Beteiligung an dem Gewinn, auf Auseinandersetzung (vgl. § 730 A 3), Anspruch auf Feststellung, daß die Gesellschaft aufgelöst ist, daß die Ausschließung eines Mitglieds zu Recht besteht usw. Besonderen Beschränkungen hinsichtlich der Geltendmachung dieser Ansprüche ist der Gesellschafter nicht unterworfen.

6. Nach festem Sprachgebrauch des Gesetzes sind **„Beiträge"** die zu bewirkenden Leistungen (§§ 705, 706, 707, 718, 735 Satz 2), dagegen „Einlagen" die bereits bewirkten Leistungen (§§ 707, 733 Abs 2, 3, 734, 735 Satz 1, 739). Vgl. **RG** 76, 278. Die Verpflichtung zur Beitragsleistung ist für den Gesellschaftsvertrag wesentlich (**RG** JW 03 Beil 42[87]; vgl. § 706 A 1).

§ 706

Die Gesellschafter haben in Ermangelung einer anderen Vereinbarung gleiche Beiträge[1]) zu leisten[2]).

Sind vertretbare oder verbrauchbare Sachen beizutragen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie gemeinschaftliches Eigentum der Gesellschafter werden sollen. Das gleiche gilt von nicht vertretbaren und nicht verbrauchbaren Sachen, wenn sie nach einer Schätzung beizutragen sind, die nicht bloß für die Gewinnverteilung bestimmt ist.[3])

Der Beitrag eines Gesellschafters kann auch in der Leistung von Diensten[4]) bestehen[5]).

E I 630 Abs 1, 2, 631 II 646; M 2 596; P 2 417.

1. **Beitrag** wird im weitesten Sinne verstanden. Er kann ein einmaliger oder wiederholter sein, nicht bloß in der Einbringung von Geld oder geldwerten Sachen und Gegenständen, z. B. einem Patente, sondern auch bestehen in der Leistung von Diensten (Abs 3), in der Geschäftsbesorgung, ferner in der Beibringung anderer Vorteile, z. B. in der Hergabe eines kreditwürdigen Namens (**RG** 37, 61; vgl. **RG** 80, 271; JW 1910, 656[6]). Dagegen stellt, wie aus § 722 Abs 1 hervorgeht, Deckung des Verlustes keinen Beitrag dar (**RG** Warn 09 Nr 403). Ist ein Vertragschließender von aller Beitragspflicht befreit, aber seine Beteiligung am Gewinne vereinbart — man denke an Abmachungen unter Lieferungsmitbewerbern —, so liegt kein Gesellschaftsvertrag, sondern ein Vertrag eigener Art vor; SächsArch 06, 247. **RG** JW 05, 719[10] kann, wenigstens in seinem Wortlaute, nicht gebilligt werden. **Gleiche Beiträge** kommen nur in Frage, wenn es sich um Beiträge in vertretbaren Sachen, in Geld oder nach Geld geschätzten Leistungen handelt. Eine andere Vereinbarung liegt auch dann vor, wenn über die Beitragshöhe nichts bestimmt ist, sich aber ermitteln läßt, was der einzelne Gesellschafter zu leisten hat. Ist diese Ermittelung nicht möglich, so ist ein gültiger Gesellschaftsvertrag nicht zustande gekommen. Der Beweis, daß eine andere Vereinbarung getroffen ist, liegt demjenigen ob, der diese Vereinbarung behauptet. Vgl. noch §§ 722, 732, 733 Abs 2. Wegen der Klage auf Leistung der Gesellschaftsbeiträge s. § 705 A 5. Verschieden von der Beitragspflicht des § 706 ist es, daß die Mittel zur Tilgung der Verbindlichkeiten der Gesellschaft im Auseinandersetzungsverfahren, soweit das Gesellschaftsvermögen nicht ausreicht, von den Gesellschaftern aufgebracht werden müssen (§§ 733, 735). Für das Maß dieser Deckungspflicht ist die Beitragspflicht nicht entscheidend. Sie bestimmt sich vielmehr nach demselben Verhältnis, das für die Verteilung des Verlustes vorgeschrieben ist (§§ 722, 735 A 1).

2. Das **Leisten** der Beiträge vollzieht sich in den gewöhnlichen Rechtsformen (vgl. §§ 718 A 2, 719 A 2). Ist bei der Übertragung einer beweglichen Sache auch nur ein Gesellschafter nicht in gutem Glauben (§§ 932ff.) — einerlei, ob Übertrager oder Erwerber, denn jeder ist bei der Gemeinschaft zur gesamten Hand auch Erwerber —, so geht das Eigentum nicht über, und zwar auch nicht etwa auf einen gutgläubigen Gesellschafter zu einem Bruchteile, da Bruchteile überhaupt nicht vorhanden sind (vgl. **RG** 9, 143).

3. **Übereignung der Beiträge.** Zu Abs 2 vgl. §§ 91, 92, 269ff. Ob die Verpflichtung des Gesellschafters auf Übereignung der Sachen oder nur auf Überlassung des Gebrauchs oder der Nutzung geht, ist durch Auslegung des Gesellschaftsvertrags, im Zweifel nach der gesetzlichen Vermutung des Abs 2 festzustellen. Diese Feststellung dient dann wieder zur Entscheidung darüber, ob die abstrakte Übertragungshandlung Eigentumsübertragung oder Gebrauchsüberlassung ist. Die Übereignung — für welche die allgemeinen Vorschriften gelten — ist eine „Veräußerung gegen Entgelt", nämlich gegen die Leistungen der übrigen Gesellschafter, nach §§ 445, 493 finden also die Vorschriften der §§ 433—444 und §§ 459ff. entsprechende Anwendung; soweit Verschulden in Betracht kommt, ist § 708 zu berücksichtigen. Die Wandlung muß im Hinblicke auf die Dauer des Gesellschaftsverhältnisses dadurch voll-

zogen werden, daß die beanstandete Sache zurückgenommen und an ihrer Stelle die zu veranschlagende Gegenleistung in Geld vergütet wird. Bei der Minderung ist ein entsprechendes Aufgeld auf die im Gesellschaftsvermögen verbleibende Sache in die Gesellschaftskasse zu zahlen. Die Übereignung (vgl. § 733 Abs 2) steht im Gegensatze zur Gewährung des Gebrauchs von Sachen oder Gegenständen (vgl. § 732); hier fehlen den §§ 445, 493 entsprechende Vorschriften; inwieweit die Vorschriften über Miete und Pacht in entsprechender Anwendung heranzuziehen sind, muß nach den Umständen des Einzelfalls entschieden werden. Haben die Miteigentümer eines Grundstücks sich zu einer Gesellschaft vereinigt, so ist, damit an Stelle des Miteigentums nach Bruchteilen das gesamthänderische Miteigentum tritt, die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch erforderlich (vgl. § 718 A 1). Soll die Einlage in einem Forderungsrecht bestehen, so ist, auch wenn dem Gesellschafter die Einbringung des Forderungsrechts bereits zur Zeit des Vertragsschlusses wegen Nichtbestehens der Forderung unmöglich ist, der Gesellschaftsvertrag nicht gemäß § 306 nichtig. Der Gesellschafter haftet vielmehr für den rechtlichen Bestand der Forderung gemäß §§ 437, 440, 445, 325 auf Schadensersatz (RG 28. 3. 19 II 223/18; vgl. 86, 213; 90, 244).

4. Das gleiche gilt in Ansehung der **Dienste** von der entsprechenden Anwendung der Normen des Dienst- oder Werkvertrags.

5. Das sog. **Konkurrenzverbot** (vgl. § 112 HGB) kennt das BGB nicht. Eine entsprechende Vereinbarung kann stillschweigend oder ausdrücklich getroffen werden, eine konkurrierende Betätigung kann auch nach § 705, der die Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftszwecks aufstellt (vgl. M 2, 601; Prot 2, 416), und nach §§ 242, 241 als verboten anzusehen sein. Ansprüche aus Zuwiderhandlungen sind von den Gesellschaftern mit der Vertragsklage geltend zu machen.

§ 707

[3]) Zur Erhöhung des vereinbarten Beitrags[2]) oder zur Ergänzung der durch Verlust verminderten Einlage ist ein Gesellschafter nicht verpflichtet[1]).

E I 630 Abs 3 II 647; M 2 597; P 2 417.

1. **Keine Verpflichtung zur Leistungserhöhung** — zu sog. Zubußen (RG 77, 227). Die Regel gilt für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, nicht gegenüber den Gläubigern, sie gilt nur während bestehender Gesellschaft, nicht mehr für die Auseinandersetzungsgesellschaft (§ 735). Es handelt sich um eine **Hauptregel** des Gesellschaftsrechts (RG 68, 96; vgl. HGB a. F. Art 92, 252 Abs 2; HGB § 211; GenG § 7 Nr 2; RG 62, 312). Die Regel gilt unbedingt, mag auch die Erreichung des Gesellschaftszwecks daran scheitern (§ 726). Aus der Regel ergibt sich die Folgerung, daß ein Gesellschafter während Bestehens der Gesellschaft seinen Anspruch auf Erstattung von Auslagen, die er im Interesse der Gesellschaft gemacht hat, nur gegen das Gesellschaftsvermögen, nicht gegen das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter verfolgen kann (RG Warn 1912 Nr 71). Der geschäftsführende Gesellschafter kann wegen seiner Aufwendungen seine Mitgesellschafter vor Auflösung der Gesellschaft auch nicht auf Zahlung zum Gesellschaftsvermögen in Anspruch nehmen, es sei denn, daß noch vereinbarte Beiträge rückständig sind (RG 80, 272).

2. Die Bestimmung der **Höhe des Beitrags** — über den gesetzlichen Sprachgebrauch s. § 705 A 6 — ist wesentlicher Vertragsbestandteil; daraus folgt, daß ein Gesellschafter seinen Beitrag oder seine Einlage einseitig auch nicht erhöhen kann (M 2, 597).

3. § 707 enthält **nachgiebiges Recht**, das durch den ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder spätere Vereinbarung — mag diese nun allgemein oder für einen bestimmten Fall ausdrücklich oder stillschweigend getroffen werden (RG 17. 2. 06 I 413, 414/05) — abgeändert werden kann. Insbesondere ist auch nicht ausgeschlossen, die Höhe des Beitrags insoweit zunächst unbestimmt zu lassen, als sog. Zubußen und ihre Höhe von Mehrheitsbeschlüssen der „Generalversammlung" abhängig gemacht werden (Kalibohrgesellschaften). Vgl. § 710 A 1. Die Bestimmung im Gesellschaftsvertrage, daß Abänderungen des Vertrags von einer gewissen Mehrheit beschlossen werden können, genügt jedoch nicht, um einen von einer solchen Mehrheit gefaßten Beschluß über Erhöhung der Beiträge, sei es hinsichtlich der Art oder des Maßes der Leistungen, Wirksamkeit gegenüber der Minderheit zu geben. Die Bestimmung muß vielmehr dahin gehen, daß es zulässig ist, durch Mehrheitsbeschluß gerade die Vorschrift des § 707 zu ändern. Außerdem müssen gewisse Grenzen festgesetzt sein, die durch den Erhöhungsbeschluß nicht überschritten werden dürfen, da eine schrankenlose Unterwerfung der Minderheit unter den Willen der Mehrheit gegen die guten Sitten verstoßen würde (RG 91, 166; Gruch 58, 965). Einen gewissen Schutz gegen ungerechtfertigte Erhöhung der Beiträge gewährt es übrigens, daß der Gesellschafter nach § 723 ein Recht der Kündigung hat (vgl. RG HoldheimsMSchr 1914, 152). Für den Fall der Nichtzahlung der eingeforderten Beiträge kann im Gesellschaftsvertrage festgesetzt sein, daß der Gesellschaftsanteil des säumigen

Gesellschafters verfallen ist, gleichwohl aber die Gesellschaft noch die Einzahlung von ihm fordern kann. Eine solche Vereinbarung verstößt nicht gegen die guten Sitten, auch nicht gegen die Vorschriften der §§ 705 oder 707 (RG 18. 9. 07 I 572/06).

§ 708

[1]) Ein Gesellschafter hat bei der Erfüllung der ihm obliegenden Verpflichtungen[2]) nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.

E I 633 II 648; M 2 601; P 2 418.

1. **Haftungsmaßstab.** Die Haftung der Gesellschafter untereinander fur culpa in concreto entspricht einem alten Rechtssatze (l. 72 Dig. 17, 2; HGB a. F. Art 94; Prot 2, 420). Der in Anspruch genommene Gesellschafter hat seinerseits zu behaupten und zu beweisen, daß er in seinen eigenen Angelegenheiten keine größere Sorgfalt anzuwenden pflegt. Anderseits gehört zur Begründung des Anspruchs in vielen Fällen, z. B. wenn es sich um Ersatz des durch angeblich mangelhafte Geschäftsführung entstandenen Schadens handelt, eine genauere Darlegung der Sachlage, um erkennen zu können, in welchen Punkten der Beklagte seine Pflicht nicht erfüllt haben soll (RG 18. 4. 07 VI 274/06). Die Vorschrift des angeführten Art 94 Abs 2 ist als selbstverständliche nicht wieder aufgenommen worden. § 708 enthält nachgiebiges Recht. Die Vorschrift steht damit in Zusammenhang, daß die Gesellschaft normalerweise auf einem persönlichen Vertrauensverhältnis beruht. Aber auch, wenn diese Voraussetzung im einzelnen Falle nicht zutrifft, wenn z. B. die Gesellschafter infolge testamentarischer Anordnung oder infolge früherer Vereinbarung die Aufnahme des neuen Mitgliedes nicht haben verweigern können, bleibt es bei der in § 708 bestimmten Haftung. Auf die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt beschränkt sich auch die Haftung des Bankiers, der in Zusammenhang mit einem Unterkonsortialvertrage, durch den er jemand an der Begebung von Wertpapieren beteiligt, ihm zugleich für dieses Geschäft Rat oder Empfehlung erteilt hat. Die Haftung hierfür bestimmt sich nach den Regeln des Hauptgeschäfts, auf das der Rat oder die Empfehlung sich bezieht (RG 67, 394).

2. D. h. nach dem Gesellschaftsvertrage **obliegenden Verpflichtungen.** § 708 gilt für die geschäftsführenden Gesellschafter auch dann, wenn sie eine Vergütung erhalten, findet jedoch keine Anwendung auf Geschäfte, die ein Gesellschafter nicht als solcher, sondern als Dritter, z. B. als Verkäufer mit den übrigen Gesellschaftern abschließt (M 2, 602). Aus der Sorgfaltsverletzung entspringt regelmäßig die Verpflichtung zum Schadensersatz. Eine Schadensersatzpflicht kann auch daraus entstehen, daß ein Gesellschafter pflichtwidrig ein in den Rahmen der Gesellschaft fallendes Geschäft für sich abgeschlossen hat. Er ist in solchem Falle verpflichtet, den anderen Gesellschaftern den im Gesellschaftsvertrage festgesetzten Anteil am Gewinn aus diesem Geschäft zukommen zu lassen und kann sich auch hinsichtlich dieses Geschäfts der Verpflichtung zur Auskunfterteilung und Rechenschaftslegung — worauf die Gesellschafter bei ordnungsmäßig für die Gesellschaft geschlossenem Geschäft Anspruch gehabt hätten — nicht entziehen (RG 89, 99). Hat der geschäftsführende Gesellschafter arglistig zu billig verkauft, um daraufhin von dem Käufer ein anderes Vermögensstück vorteilhaft für sich selbst zu erwerben, so hat er in der Weise Schadensersatz zu leisten, daß er der Gesellschaft den Erwerb überlassen muß (RG 82, 10). Sind in dem Vertrage über eine Preiskonvention für Zuwiderhandlungen Vertragsstrafen zugunsten der Vereinigung festgesetzt, so darf davon ausgegangen werden, daß persönliche Schadensersatzansprüche der einzelnen Mitglieder gegen den Zuwiderhandelnden haben ausgeschlossen sein sollen (RG 95, 192). Über die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch den Gesellschafter vgl. auch § 705 A 5.

§ 709

Die Führung der Geschäfte[1]) der Gesellschaft steht den Gesellschaftern gemeinschaftlich zu; für jedes Geschäft ist die Zustimmung aller Gesellschafter[2]) erforderlich.

Hat nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen zu entscheiden, so ist die Mehrheit im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter zu berechnen[3])[4]).

E I 634 II 649; M 2 602; P 2 420.

1. Die §§ 709—713 regeln nach innen, unter den Gesellschaftern, die **Geschäftsführung** (Vornahme von Rechtsgeschäften, von tatsächlichen Verrichtungen, z. B. Buchführung, Besorgung des Schriftswechsels) innerhalb des Gesellschaftskreises, die §§ 714, 715 die Vertretung nach außen. Der Gesellschaftsvertrag kann die Geschäftsführung auf mannigfache Art ordnen,

das Gesetz befaßt sich mit vier dieser Arten (§§ 709 Abs 1, 2; 710, 711). Geschäftsführung und Vertretungsmacht (Auftrag — § 713 — und Vollmacht) gehören zusammen. Nach § 714 hat die vermutete Vertretungsmacht den gleichen Umfang wie die Geschäftsführungsbefugnis.

2. Das Erfordernis der **Zustimmung aller Gesellschafter** ist die Grundregel für die Geschäftsführung in der bürgerlichen Gesellschaft (anders in der offenen Handelsgesellschaft: §§ 114, 115 HGB), sie leidet auch für den Fall, daß Gefahr im Verzuge ist (vgl. HGB § 115 a. E.) keine Ausnahme. Grundlose, fortdauernde Zustimmungsversagung kann Kündigungsgrund sein (§ 723), schuldhafte Weigerung (§ 708) kann auch schadensersatzpflichtig machen. Verweigert ein Gesellschafter pflichtwidrig entgegen einer aus dem Gesellschaftsvertrage zu entnehmenden Verpflichtung seine Zustimmung — wie z. B. zur Veräußerung eines Grundstücks bei einer zu diesem Zweck eingegangenen Gesellschaft (vgl. **RG** 68, 261) —, so kann die Zustimmung im Klagewege erzwungen werden, wenn der gemeinsame Zweck und das Interesse der Gesellschaft die Zustimmung erfordert (**RG** 97, 329). Soweit gegen einen Mitgesellschafter ein Anspruch geltend zu machen ist, wird dessen Zustimmung nicht gefordert (vgl. § 714 A 1). Unbefugte Geschäftsführung kann unter den Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Bereicherung fallen (vgl. auch § 744 Abs 2). Dem Geschäftsführungsrechte entspricht die Geschäftsführungspflicht; § 712 Abs 2 trifft nur den geschäftsführenden Gesellschafter des § 712 Abs 1 (vgl. aber § 723).

3. Die Vereinbarung, daß die **Mehrheit der Stimmen** zu entscheiden hat, wird namentlich dann am Platze sein, wenn durch Einführung eines Vorstandes und einer Mitgliederversammlung die Gesellschaft dem Vereine angenähert ist. Abs 2 enthält den Grundsatz der **Mehrheitsbildung nach Köpfen,** nicht nach Einlagewerten; denn die bürgerliche Gesellschaft ist als Arbeits-, nicht als Kapitalgesellschaft aufgebaut (vgl. § 722). Zur Vornahme von Geschäften, die über den durch den Gesellschaftsvertrag umschriebenen Geschäftskreis hinausgehen, ist Zustimmung aller erforderlich, die unter Umständen eine Ergänzung des Gesellschaftsvertrags enthalten wird. Der Mehrheit kann die Entscheidung über die Aufnahme eines neuen Mitgliedes übertragen werden (Gierke, Schuldrecht 857). Vgl. auch § 712 Abs 1. Ist ein Gesellschafter mit einem Sonderinteresse beteiligt, soll ihm insbesondere ein besonderer Vorteil vor den Mitgesellschaftern zugewandt werden, so ist, falls der Gesellschaftsvertrag nicht unzweideutig etwas anderes bestimmt, seine Mitwirkung ausgeschlossen und seine Stimme kann bei der Mehrheitsbildung nicht gezählt werden (**RG** LZ 07, 738[3]). Die für einen Verein geltenden Bestimmungen über Einberufung der Versammlung unter Angabe der Tagesordnung sowie über Leitung der Versammlung (vgl. § 32 A 2) sind nicht in gleicher Weise auf die Beschlüsse der Gesellschaft anzuwenden, die von Förmlichkeiten möglichst befreit bleiben sollen. Nur das ist, wenn in einer Versammlung bindende Beschlüsse gefaßt werden sollen, vorbehaltlich anderweiter Vereinbarung zu erfordern, daß den Mitgliedern die Versammlung vorher bekanntgegeben wird. Hinsichtlich der Frage, ob der Minderheit vor der Beschlußfassung Gehör zu gewähren ist, verweisen die Motive (2, 603) auf die Auslegung des Vertrags. Die Auslegung wird in aller Regel dazu führen, daß das vorgängige Gehör, falls nicht unerhebliche Interessen im Spiele sind, nicht verweigert werden darf. Die Beschlußfassung kann, wenn nicht der Gesellschaftsvertrag die Abhaltung einer Mitgliederversammlung vorschreibt, auch außerhalb einer Versammlung stattfinden, sei es im Wege der Einzelbesprechung oder im Wege schriftlicher Verständigung. Die gefaßten Beschlüsse sind nichtig, wenn sie gegen die guten Sitten verstoßen, wenn insbesondere die Mehrheit ihre Rechte dazu mißbraucht, die Minderheit zugunsten eigennütziger Interessen zu vergewaltigen (**RG** HoldheimsMSchr 1913, 216). Nichtig ist der Beschluß auch dann, wenn eine Maßregel beschlossen wird, die im Grunde nur zur Schikanierung des betroffenen Mitglieds dient (**RG** LZ 1916, 1100[11]).

4. Alle **Geschäftsführung** ist **Teil des Gesellschaftsverhältnisses,** bildet nicht ein Rechtsverhältnis neben der Gesellschaft. Rechte und Pflichten des Geschäftsführers bestimmen sich daher nach Gesellschaftsrecht (vgl. auch § 708 A 1). Durch die Vorschrift des § 709 wird die aus § 426 (s. § 705 A 5) folgende Befugnis des einzelnen Gesellschafters, die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Ansprüche gegen einen Mitgesellschafter in der Weise geltend zu machen, daß Leistung an die Gesellschaft gefordert wird, nicht ausgeschlossen. Das Klagerecht des einzelnen Gesellschafters darf aber (anders früher **RG** 70, 32 6. ZS) nicht so weit ausgedehnt werden, daß er auch befugt wäre, zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderungen gegen Dritte einzuziehen oder sonst darüber zu verfügen, was unter die der Gesellschaft zustehende Geschäftsführung fallen würde (**RG** 86, 66; 26. 11. 17 IV 308/17, der betreffende Teil ist 91, 277 nicht mit abgedruckt). Keinesfalls gilt das Einzelklagerecht für Gesellschaften, für welche die Geschäftsführung und Vertretung durch besondere Gesetze oder durch Verträge in anderer Weise, als § 709 vorsieht, geregelt ist (**RG** 86, 66). Ist ein Geschäftsführer gemäß § 710 bestellt, so kann anzunehmen sein, daß diesem auch die Geltendmachung der aus dem Gesellschaftsvertrage sich ergebenden Forderungen gegen die Gesellschafter, insbesondere hinsichtlich der zu leistenden Beiträge (**RG** 76, 279) unter Ausschließung des Rechtes der Gesellschafter übertragen ist. In der Bestellung eines Gesellschafters als

Geschäftsführer „nach außen hin" ist eine solche Ermächtigung nicht zu finden (RG Warn 1918 Nr 53). Wegen des Rechtes des einzelnen Gesellschafters auf Rechnungslegung s. § 713 A 1. Von der Übertragung der Geschäftsführung ist zu unterscheiden die Beauftragung eines oder mehrerer Gesellschafter durch die übrigen (vgl. auch RG Bolze 2, 1095) oder durch die Geschäftsführer (§§ 710, 711) mit der Besorgung eines oder mehrerer bestimmter Geschäfte. Diese Geschäftsübertragung untersteht den Regeln des Auftrags, ist also namentlich jederzeit widerruflich (§ 671).

§ 710

Ist in dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte einem Gesellschafter oder mehreren Gesellschaftern übertragen, so sind die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen[1]). Ist die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern übertragen, so finden die Vorschriften des § 709 entsprechende Anwendung[2]).

E I 636 II 650; M 2 603; P 2 420.

1. Der in § 709 geordnete Rechtszustand, daß sämtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung zusammenwirken müssen, wird oft als ein wenig befriedigender sich herausstellen. Es ist deshalb für den Fall, daß die Gesellschafter sich entschließen, die Geschäftsführung einem oder mehreren Gesellschaftern zu übertragen — welche Übertragung auch stillschweigend erfolgen kann —, vom Gesetz die ergänzende Vorschrift gegeben, daß ihnen damit die Geschäftsführung unter **Ausschließung der übrigen Gesellschafter** zugewiesen ist. Den nicht geschäftsführenden Gesellschaftern verbleibt das Recht der Nachprüfung nach § 716 und das in § 712 Abs 1 gewährte Recht, die Geschäftsführungsbefugnis zu entziehen. Sie bleiben auch verpflichtet, zur Förderung des Zweckes der Gesellschaft mitzuwirken und dürfen namentlich sich der Pflicht nicht entziehen, von solchen Umständen, die der Gesellschaft erhebliche Nachteile bringen können, dem Geschäftsführer rechtzeitig Mitteilung zu machen. Die Geschäftsführung kann unbeschränkt oder mit Beschränkungen übertragen werden. Es besteht keine Vermutung für eine Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis auf die Geschäfte des gewöhnlichen Betriebs. Unter Umständen kann es aber nach den Grundsätzen des Auftrags (vgl. § 665) Pflicht des Geschäftsführers sein, sich vor Ausführung des Geschäfts mit den anderen Gesellschaftern in Verbindung zu setzen und deren Meinung einzuholen. Auch solche Geschäfte, welche die Grundlagen der Gesellschaft betreffen, sind von der Geschäftsführungsbefugnis nicht unbedingt ausgenommen (anders die herrschende Ansicht). Die Geschäftsführer, die oft ganz die Stellung eines Vorstandes haben, können ermächtigt sein, die Rechte der Gesellschafter hinsichtlich der Aufnahme neuer Mitglieder (Gierke, Schuldrecht 857) oder der Ausschließung eines Mitglieds auszuüben. Es kann ihnen innerhalb gewisser Grenzen (vgl. § 705 A 2) die Ermächtigung zur Abänderung des Gesellschaftsvertrags gegeben sein. Unberührt bleibt von der Geschäftsführungsbefugnis das jedem einzelnen Gesellschafter nach § 723 zustehende Recht der Kündigung. Ist die Führung der Geschäfte nur zu einem Teil bestimmten Gesellschaftern übertragen, so ist die Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter auch nur zu diesem Teile ausgeschlossen. Die Übertragung der Kassenführung an einen Gesellschafter (RG JW 1912, 193[13]) hat noch nicht die Wirkung, daß den übrigen Gesellschaftern die Geschäftsführung genommen ist. Die den Gesellschaftern erteilte Befugnis erlischt, sofern sich aus dem Gesellschaftsvertrage nichts anderes ergibt, mit der Auflösung der Gesellschaft (§ 730 Abs 2; vgl. auch § 729). — Keine Anwendung findet § 710, wenn die Geschäftsführung einem Dritten, z. B. einem Angestellten, übertragen ist. Die Geschäftsführungsbefugnis der Gesellschafter bleibt hier in vollem Maße insofern erhalten, als sie insgesamt die Aufsicht zu führen haben, ihm Anweisungen erteilen können und die geschäftlichen Verrichtungen unter Widerruf der Vollmacht jederzeit selbst übernehmen dürfen.

2. **Entsprechende Anwendung** von § 709, und zwar sowohl von Abs 1 als Abs 2; der Unterschied gegenüber § 709 besteht nur darin, daß die Zahl der Geschäftsführer kleiner ist, als die Zahl der Gesellschafter.

§ 711

Steht nach dem Gesellschaftsvertrage die Führung der Geschäfte allen oder mehreren Gesellschaftern in der Art zu, daß jeder allein zu handeln berechtigt ist[1]), so kann jeder der Vornahme eines Geschäfts[2]) durch den anderen widersprechen. Im Falle des Widerspruchs muß das Geschäft unterbleiben[2]).

E I 637 II 651; M 2 604; P 2 420.

1. Ist **jeder Gesellschafter allein zu handeln berechtigt** (vgl. § 115 Abs 1 HGB), so ist im Gegensatze zu § 709 Abs 1 nicht zu jedem Geschäfte Zustimmung erforderlich, sondern es genügt Nichtwiderspruch. Im allgemeinen vgl. § 709 A 2.

2. Es kann nur der Vornahme eines bestimmten Geschäfts oder bestimmter Geschäfte widersprochen werden (einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung). Ein im allgemeinen oder erst nach Vornahme des Geschäfts erklärter **Widerspruch** ist unwirksam. Die Erhebung des Widerspruchs hat regelmäßig auch nur Bedeutung für das innere Rechtsverhältnis der Gesellschafter. Dritten gegenüber wird die Vertretungsbefugnis nur ausgeschlossen, wenn der Widerspruch vor Vornahme des Rechtsgeschäfts in Gegenwart des hierbei beteiligten Dritten erklärt ist oder, was dem gleichsteht, die früher erfolgte Widerspruchserhebung ihm von dem Widersprechenden kundgegeben ist. Ist der Dritte ein zum Alleinhandeln berechtigter Gesellschafter, so bleibt das Rechtsgeschäft, wenn dieser mit seiner Vornahme ausgesprochenermaßen nicht einverstanden ist, wegen des hieraus zu entnehmenden Widerspruchs ohne jede Wirkung (**RG** 81, 92; das hier für die offene Handelsgesellschaft Gesagte hat auch auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes Anwendung zu finden). Auf das Widerspruchsrecht kann im Gesellschaftsvertrage wirksam verzichtet werden — vgl. § 710 — (bestr.). Gegen Mißbrauch schützen Schadensersatzpflicht und § 712.

§ 712

Die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung[1]) kann ihm durch einstimmigen Beschluß[2]) oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrage die Mehrheit der Stimmen[3]) entscheidet, durch Mehrheitsbeschluß der übrigen Gesellschafter entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund[4]) vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit[4]) zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung[5]).

Der Gesellschafter kann auch seinerseits die Geschäftsführung kündigen[6]), wenn ein wichtiger Grund vorliegt; die für den Auftrag geltenden Vorschriften des § 671 Abs 2, 3 finden entsprechende Anwendung.

E I 638 II 652; M 2 605; P 2 421.

1. Die **Entziehung der Geschäftsführung** ist die Aufhebung des Sonderrechts eines Gesellschafters (vgl. § 35). Der Gesellschafter, dem im Gesellschaftsvertrage die Geschäftsführung übertragen ist, nimmt nicht die Stellung eines bloßen Beauftragten ein, dem die Geschäftsführungsbefugnis beliebig wieder entzogen werden kann. Diese Befugnis ist vielmehr mit seinem Gesellschafterrecht fest verknüpft und kann deshalb nur in außerordentlichen Fällen zurückgenommen werden. Das Gesetz hat, wie der Ausdruck deutlich zeigt, die Fälle des § 710 und auch des § 711, nicht dagegen — bestr. — des § 709 (Abs 1, 2) im Auge.

2. Die Entziehung erfolgt durch **Beschluß der übrigen Gesellschafter,** nicht durch gerichtliche Entscheidung (§ 117 HGB). Der Beschluß wird dem Geschäftsführer gegenüber nach Maßgabe der §§ 130ff. wirksam. Im Streitfalle Feststellungsklage (Beweislast der entziehenden Gesellschafter). Nicht ausgeschlossen ist indessen die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch einstweilige Verfügung (vgl. auch **RG** 22, 169). Nur die volle Entziehung der Geschäftsführung, nicht sonstige Maßregeln (etwa Einsetzung eines Mitgeschäftsführers) stehen, von einer anderweiten Regelung im Gesellschaftsvertrage abgesehen, den übrigen Gesellschaftern zu. Mit der Befugnis zur Entziehung ist in Abs 1 nicht auch die Befugnis zur Beschränkung der Geschäftsführung gegeben (**RG** 30. 10. 12 V 209/12). Über das Verhältnis zwischen Geschäftsführung und Vertretungsmacht s. § 715 A 2. **Verzicht** auf das Entziehungsrecht würde dem Zwecke des § 712 zuwiderlaufen, ist daher unwirksam (bestr.). Daß umgekehrt auch ein Verzicht auf das Kündigungsrecht (Abs 2) unwirksam ist, sagt § 671 Abs 3 ausdrücklich.

3. Die Entziehung durch **Stimmenmehrheit** kann im Gesellschaftsvertrage allgemein oder besonders für den Fall des § 712 Abs 1 angeordnet sein. Die erforderliche Stimmenzahl muß gemäß den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags ermittelt werden, gegebenenfalls in ordnungsmäßig berufener Gesellschaftsversammlung (**RG** 26. 9. 08 I 616/07).

4. Ob ein **wichtiger Grund** vorliegt, ist am letzten Ende durch richterliches Ermessen festzustellen (vgl. HGB a. F. Artt 101, 125 Nr 2—5). Die grobe Pflichtverletzung bestimmt sich nach sachlichen und persönlichen Merkmalen (zur Vergleichung s. den abweichenden § 723 Abs 1 Satz 2). Die Unfähigkeit kann auch unverschuldet sein; mit einem gesetzlichen Vertreter brauchen die übrigen Gesellschafter sich nicht einzulassen.

5. **Folgen der Entziehung.** Sofern sie nicht im Gesellschaftsvertrage besonders geregelt sind, kommt in allen Fällen, also auch wenn die Geschäftsführung mehreren Gesellschaftern

übertragen war und nur einem von ihnen entzogen wird, die Regel des § 709, und zwar auch für den abgesetzten Geschäftsführer, wieder zur Geltung. Denn die Vereinbarung über die Geschäftsführung muß im Zweifel als eine einheitliche aufgefaßt werden, die nur als Ganzes oder überhaupt nicht bestehen soll (a. M. Planck A 1 f). Zur Vergleichung s. auch § 139.

6. Befugnis zur **Kündigung** und Entziehung (A 1) entsprechen einander; Kündigung der Geschäftsführung ist also im Falle des § 709 nicht gestattet (vgl. aber § 723). Die Kündigung hat die in A 5 bezeichneten Wirkungen. Sie ändert den Gesellschaftsvertrag, sie hat gegenüber den anderen Gesellschaftern (nicht Geschäftsführern) zu erfolgen und kann einen Grund für die Kündigung der Gesellschaft (§ 723) entstehen lassen.

§ 713

Die Rechte und Verpflichtungen der geschäftsführenden Gesellschafter bestimmen sich nach den für den Auftrag geltenden Vorschriften der §§ 664 bis 670, soweit sich nicht aus dem Gesellschaftsverhältnis ein anderes ergibt[1])[2]).

E I 939 II 653; M 2 606—609; P 2 422—424.

1. Die geschäftsführenden Gesellschafter sind Gesellschafter in einer Sonderstellung. Daher gilt für sie zunächst Gesellschaftsrecht, **ergänzend** kommen die angezogenen **Vorschriften des Auftrags** zur Anwendung. Daraus ergibt sich namentlich die Haftung für culpa in concreto (§ 708). Die Übertragung der Geschäftsführung erfolgt durch Vertrag. Zur Übernahme der Geschäftsführung ist der Gesellschafter kraft Gesellschaftsrechts nicht ohne weiteres verpflichtet. Über das ihm zustehende Recht der Kündigung s. § 712 Abs 2. Auf eine Vergütung hat er nur Anspruch, wenn ihm eine solche von den anderen Gesellschaftern zugebilligt ist. Einseitig ein Gehalt für sich zu bestimmen, ist er nicht befugt (**RG** JW 01, 406[25]). Für mehrere Geschäftsführer kommen §§ 710 Satz 2, 711 in Betracht: einer ist für den andern nach Maßgabe dieser Vorschriften mitverantwortlich; anders, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Verteilung der Geschäfte vorsieht. Weisungen (§ 665) haben für den Geschäftsführer nur Bedeutung, wenn sie von sämtlichen übrigen Gesellschaftern ausgehen. Und auch in diesem Falle sind sie für den Geschäftsführer nicht unbedingt verbindlich, da er eine Beschränkung seiner Geschäftsführungsbefugnisse (s. § 712 A 2) sich nicht gefallen zu lassen braucht. Es könnte gegen ihn nur in der Weise vorgegangen werden, daß die Geschäftsführungsbefugnis ihm entzogen wird (§ 712 Abs 1). „Nachricht", „Auskunft" (§ 666) ist den übrigen Gesellschaftern zu erteilen. Die Rechenschaftsablegung fällt naturgemäß zusammen mit dem Rechnungsabschluß (§ 721). Die Rechnung ist von dem geschäftsführenden Gesellschafter den sämtlichen übrigen Gesellschaftern zu legen. Wird sie einem der Gesellschafter zugestellt, so darf angenommen werden, daß damit die Rechnungslegungspflicht im ganzen, gegenüber sämtlichen Gesellschaftern hat erfüllt werden sollen, und ebenso ist anzunehmen, daß der die Rechnung empfangende Gesellschafter sie zugleich für die übrigen Gesellschafter entgegennimmt. Das Verlangen der Rechnungslegung kann gerade so, wie das Verlangen der Gewinnverteilung oder Auseinandersetzung, welchen Zwecken die Rechnungslegung schließlich dient, von jedem einzelnen Gesellschafter gestellt werden. Es wird oft in dem Verlangen der Auseinandersetzung mit enthalten sein. In gleicher Weise wird übrigens die Sache zu beurteilen sein, wenn es sich um die Rechnungslegung durch einen Nichtgesellschafter handelt, der mit der Geschäftsführung oder als Liquidator mit der Durchführung der Auseinandersetzung betraut ist (anders **RG** 91, 34 hinsichtlich des Rechnungslegungsanspruchs gegen den bisherigen Liquidator einer offenen Handelsgesellschaft). Die Pflicht zur Rechnungslegung ist nicht von der vorhergehenden Feststellung abhängig, daß Einnahmen oder Ausgaben vorgekommen sind (**RG** JW 1912, 193[13]). Ein Verzicht lediglich auf das Nachprüfungsrecht (§ 716) steht der Rechenschaftsforderung nicht entgegen. Gegenüber einer ordnungsmäßig gelegten und mit Belegen versehenen Rechnung ist die allgemeine Behauptung der Unrichtigkeit ohne genauere Begründung der Beanstandungen nicht zu beachten. Die Herausgabe nach §§ 667, 668 besteht in der Abführung zur Gesellschaftskasse oder in der anderweiten Übereignung von im eigenen Namen erworbenen Gegenständen in das Gesellschaftsvermögen (**RG** 54, 103; **RG** 30. 10. 07 I 7/07). Der Vorschuß (§ 669), der Ersatz von Aufwendungen (§§ 670, 256) — dazu gehört auch die Bezahlung einer Gesellschaftsschuld (**RG** 17. 2. 06 I 413, 414/05) —, kann aus der Gesellschaftskasse gefordert werden (vgl. **RG** 31, 141). Im Streitfalle ist der Anspruch durch Rechnungslegung über Einnahmen und Ausgaben klarzustellen (SeuffA 36 Nr 122). Ein Anspruch auf Ersatz des Schadens, den der Geschäftsführer bei der Führung der Geschäfte erleidet, wird vom Gesetze nicht ausdrücklich gewährt (M 2, 609; Prot 424; vgl. HGB § 110), er kann nach § 670 begründet sein. Leitender Grundsatz ist, daß der Beauftragte in der Weise Ersatz für seine Aufwendungen erhalten soll, daß er vor Schaden bewahrt bleibt (**RG** JW 03 Beil 94[215]). Für alle seine Ansprüche kann der Geschäftsführer während der Dauer der Gesellschaft (vgl. aber §§ 733, 735) Befriedigung nur aus dem

Gesellschaftsvermögen suchen (§ 707 A 1). Er hat, wenigstens der Regel nach, kein Recht, wegen seiner Ansprüche die übrigen Gesellschafter, soweit sie nicht mit den an die Gesellschaft zu leistenden Beiträgen in Rückstand sind, persönlich haftbar zu machen (RG 80, 272; JW 1912, 240[7]; anders Enneccerus § 398 A 10 und für den Fall der Zahlung einer Gesellschaftsschuld Oertmann A 5; vgl. auch das in dieser Anmerkung a. E. Gesagte). Den auf Zeit bestellten Geschäftsführern liegt es ob, vor Ablauf der Wahlzeit rechtzeitig eine Mitgliederversammlung behufs Neuwahl der Geschäftsführer einzuberufen (RG JW 1912, 186[1]). Die Ansprüche gegen die Geschäftsführer bilden, abgesehen von dem persönlichen Nachprüfungsrecht des § 716, Gesellschaftsvermögen (§ 718 A 2 — bestr.). Verantwortlich kann der Gesellschafter nicht schon deshalb gemacht werden, weil er das in Gesellschaftsangelegenheiten geschlossene Geschäft nicht auf den Namen der Gesellschafter, sondern auf seinen eigenen Namen gestellt hat, wofür eine genügende Veranlassung vorgelegen haben kann. Über den Umfang der Geschäftsführung vgl. §§ 709 A 4, 710 A 1, über die Beendigung der Geschäftsführung §§ 712, 730 Abs 2. Zur Klage auf Erfüllung der dem geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft obliegenden Verpflichtungen wird ein jeder Gesellschafter zuzulassen sein. — Hat ein Gesellschafter die Geschäfte der Gesellschaft besorgt, ohne hierfür berufen zu sein, so bestimmen sich seine Rechte und Pflichten im allgemeinen nach den Grundsätzen über Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677ff.). Der Gesellschafter, der ohne Auftrag eine Schuld der Gesellschaft berichtigt oder die zur Erhaltung eines Gegenstandes notwendigen Ausgaben (vgl. § 744 Abs 2) bestritten hat, hat damit eine Aufwendung gemacht, die ihm von der Gesellschaft zu ersetzen und nach Vorschrift des § 256 von der Zeit der Aufwendung an zu verzinsen ist. Ist er auch nach § 707 zur Erhöhung seines Beitrags nicht verpflichtet, so muß er doch als Teilhaber der Gesellschaft für berechtigt erachtet werden, eine weitere Leistung freiwillig zu übernehmen (RG 12. 2. 06 I 413/05).

2. Ist die Geschäftsführung, was zulässig, einem Nichtgesellschafter übertragen, so kommt die unter 1 hervorgehobene Beschränkung, daß während Bestehens der Gesellschaft der Geschäftsführer wegen seiner Ansprüche Befriedigung nur aus dem Gesellschaftsvermögen und den rückständigen Beiträgen fordern kann, in Wegfall. Seine Rechte sind hier die gleichen wie die eines anderen Gläubigers. Auf das Interesse der Gesellschafter muß er allerdings insofern Rücksicht nehmen, als er, wenn er Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen oder den rückständigen Beiträgen erlangen kann, keine weitergehende Haftung der Gesellschafter in Anspruch nehmen darf.

§ 714

[1]) Soweit einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage die Befugnis zur Geschäftsführung zusteht, ist er im Zweifel auch ermächtigt[2]), die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten[3])[4]).

E I 640 Abs 1 II 654; M 2 609; P 2 424.

1. **Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter.** Für die Gesellschaft können die Geschäftsführer in der Weise handeln, daß sie nach außen in eigenem Namen auftreten (Innengesellschaft, § 718 A 6). Die Berechtigung und Verpflichtung aus solchen Rechtsgeschäften kann von der Gesamtheit der Gesellschafter nur durch besondere Übertragungshandlung (auch Auflassung erforderlich; vgl. § 718 A 1 a. E.) oder Schuldübernahme erworben werden. Das Regelmäßige ist, daß die Geschäftsführer in offener Vertretung der Gesellschaft handeln. Hierfür gelten die §§ 714, 715. Die Vertretung steht an sich keinem der einzelnen Gesellschafter für sich allein zu (anders § 125 HGB), so daß alle Gesellschafter zusammen handeln müssen, sollen sie Dritten gegenüber berechtigt oder verpflichtet werden (vgl. §§ 420, 427, 431). Die Gesellschafter können aber wie einen Dritten, so auch einen oder mehrere Gesellschafter mit ihrer Stellvertretung betrauen (§§ 164ff.). Die Vertretungsmacht wird sich nach den Gepflogenheiten des Verkehrs regelmäßig mit der Geschäftsführungsbefugnis vereinigen; dafür stellt § 714 eine Auslegungsregel auf. Übertragung der Geschäftsführung ist in der Regel Vollmachtserteilung. Gegebenenfalls haben die belangten Gesellschafter, wenn feststeht, daß ihnen unbeschränkte Geschäftsführungsbefugnis erteilt ist, nachzuweisen, daß die Vollmacht eingeschränkt worden, insbesondere dahin gegangen sei, der Geschäftsführer solle im eigenen Namen handeln. Der Geschäftsführer ist auch als Bevollmächtigter im Sinne von § 266 StGB anzusehen (RGSt 43, 55). Bei Rechtsgeschäften zwischen ihm und der Gesellschaft, d. h. allen Gesellschaftern, und bei den ihn betreffenden Beschlüssen der Gesellschaft ist seine Vertretungsmacht, falls nicht ein anderes vereinbart ist, nach Maßgabe des § 181 als ausgeschlossen anzusehen (vgl. RG 32, 256). Das gleiche muß auch gelten, wenn Rechte von der Gesellschaft gegen einen einzelnen Gesellschafter, sei es auf dem Prozeßwege oder sonst, oder von ihm gegen die Gesellschaft verfolgt werden. Bei Vertragsschlüssen mit der Gesellschaft wird diese, da die Vertretungsmacht des mit ihr den Vertrag schließenden Gesellschafters wegfällt, allein von den anderen Gesellschaftern vertreten. Darüber, daß der

geschäftsführende Gesellschafter sich nicht selbst ein Gehalt bewilligen kann, s. § 713 A 1. Hat ein vertretungsberechtigter Gesellschafter bei Vornahme eines Rechtsgeschäfts in arglistigem Einvernehmen mit dem Geschäftsgegner bewußt zum Nachteile der Gesellschaft gehandelt, so brauchen die anderen Gesellschafter das Rechtsgeschäft nicht als für sich verbindlich gelten zu lassen (**RG** 9, 149; 57, 391; 58, 356; 71, 222; HoldheimsMSchr 1914, 212).

2. Wie der Inhalt der Geschäftsbefugnis, so kann auch der **Umfang der Vollmacht,** der im Gegensatze zu § 126 HGB durch eine gesetzliche Regel nicht bestimmt wird, sehr verschieden sein (vgl. §§ 710 Satz 2, 711; HGB § 125). Nach herrschender Ansicht ist es auch (in Abweichung vom § 126 Abs 2 HGB) möglich, die Vollmacht der Vertreter dahin zu beschränken, daß die Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen (§ 718) haftbar gemacht werden können (**RG** 63, 65; 12, 229). Dadurch wird eine Annäherung an die G. m. b. H. (vgl. § 13 Abs 2) bewirkt. Gegen die Wirksamkeit einer solchen Haftungsbeschränkung läßt sich nicht einwenden, daß dadurch dem Dritten, der mit dem Geschäftsführer sich einlassen will, eine zu weitgehende Prüfung zugemutet werde. Der Dritte ist ohnedies, um sich über die Vollmachtserteilung und den Umfang der Vollmacht zu vergewissern, darauf angewiesen, sich die über die Bevollmächtigung ausgestellte Urkunde vorlegen zu lassen. Ist in dieser von einer Beschränkung nichts enthalten, so kann allerdings dem gutgläubigen Dritten (vgl. § 172) die Beschränkung nicht entgegengesetzt werden. Die Vertretungsmacht kann dahin erteilt sein, daß der geschäftsführende Gesellschafter allein oder nur in Gemeinschaft mit einem anderen Gesellschafter zur Vertretung befugt ist (Einzelvertretung und Gesamtvertretung). Auch eine Verbindung dieser beiden Arten ist nicht unzulässig (vgl. **RG** 90, 22). Wird die Vertretungsmacht gemäß § 714 lediglich durch die Geschäftsführungsbefugnis bestimmt, so kann es nicht vorkommen, daß der geschäftsführende Gesellschafter durch den Abschluß mit einem Dritten die anderen Gesellschafter verpflichtet, sich selbst aber diesen gegenüber ersatzpflichtig macht (**RG** Warn 08 Nr 148). — Sind satzungsmäßig die Vermögensstücke der Gesellschaft auf den Namen des Vorsitzenden und eines anderen Vorstandsmitglieds einzutragen, denen es wiederum obliegt, den übrigen Vorstandsmitgliedern eine Rückzession zu erteilen, so sind bei einem Wechsel des Vorstandes die neuen Vorstandsmitglieder ermächtigt, in eigenem Namen, wenn auch als Treuhänder der Gesellschaft, gegen die bisherigen Vorstandsmitglieder auf Übertragung der Vermögensstücke zu klagen (**RG** 20. 10. 09 I 537/08).

3. Auf seiten des zur Vertretung ermächtigten Gesellschafters muß der **Vertretungswille,** der Wille, für die Gesellschafter zu handeln, erkennbar hervortreten, andernfalls kommt das Geschäft zwischen dem einzelnen handelnden Gesellschafter und dem andern Vertragsteile zustande (§ 164 Abs 2; **RG** JW 01, 163[14]; 1911, 540[14]). Ebenso haften die Gesellschafter aus den von dem Geschäftsführer eingegangenen Verpflichtungen nur, wenn der Geschäftsführer erkennbar in ihrem Namen gehandelt hat. Die Gesellschafter können allerdings, wenn das Geschäft tatsächlich in den Rahmen der Gesellschaft fällt und sie die Vorteile aus dem Geschäft in Anspruch nehmen, auch der Haftung aus diesem Geschäft sich nicht entziehen.

4. Im **Rechtsstreite** sind die Gesellschafter Partei. Eide sind von ihnen zu leisten, sie können nicht Zeugen oder Nebenintervenienten sein. Ob die Geschäftsführer zur Führung des Rechtsstreits ermächtigt sind, muß aus dem ihnen erteilten Auftrage entnommen werden; regelmäßig wird es der Fall sein. Klagen die Gesellschafter als solche und stellt sich heraus, daß der Anspruch einem Gesellschafter persönlich zusteht, oder macht umgekehrt ein Gesellschafter für seine Person einen der Gesellschaft zustehenden Anspruch geltend, so ist die Klage wegen mangelnder Sachlegitimation abzuweisen (**RG** JW 1912, 748[12]). — Die Klage gegen die Gesellschafter muß durch Zustellung an diese erhoben werden, soweit nicht die Geschäftsführer bevollmächtigt sind (§ 173 ZPO). Die Vertreter führen den Rechtsstreit immer im Namen der Gesellschafter, die als Kläger oder Beklagte benannt werden müssen (vgl. § 54 A 1), sie sind nicht gesetzliche Vertreter, sondern Prozeßbevollmächtigte (vgl. **RG** 57, 92). Verfolgen die Gesellschafter als Kläger einen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Anspruch, so sind sie notwendige Streitgenossen (§ 62 ZPO). Der aus der Gesellschaft ausscheidende Gesellschafter bleibt auf Grund des § 265 Abs 2 ZPO im Prozesse, wenngleich gemäß § 738 sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zuwächst (**RG** 78, 105). In notwendiger Streitgenossenschaft stehen auch die Gesellschafter, welche als zur gesamten Hand verbundene Personen nur auf das Gesellschaftsvermögen (A 2) in Anspruch genommen werden. Auch in diesem Falle bewirkt das Ausscheiden eines Gesellschafters aus der Gesellschaft nicht sein Ausscheiden aus dem Rechtsstreite. Materiell ist freilich die Klage gegen ihn nicht mehr begründet. Ein neu in die Gesellschaft Eintretender muß mitbelangt werden (§ 736 ZPO). Soweit die Gesellschafter zugleich je für sich verklagt werden, besteht gewöhnliche Streitgenossenschaft. Das Urteil (§ 736 ZPO) kann je nach der Sachlage gegen die Gesellschafter mit der Maßgabe ergehen, daß es nur in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden kann, es kann aber auch gegen die einzelnen zugleich mit ihrem Privatvermögen haftenden Gesellschafter erlassen werden und ist in diesem Falle sowohl gegen das Gesellschaftsvermögen als

das Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter vollstreckbar. Auf Grund des § 736 ZPO kann übrigens das die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ermöglichende Urteil auch wegen Schulden der sämtlichen Gesellschafter, die mit den Gesellschaftszwecken in keinem Zusammenhang stehen, erlangt werden. Über die Befugnis des einzelnen Gesellschafters, kraft eigenen Rechtes einen aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Anspruch gegen einen Mitgesellschafter geltend zu machen, s. § 705 A 5.

§ 715

[1]) Ist im Gesellschaftsvertrag ein Gesellschafter[2]) ermächtigt, die anderen Gesellschafter Dritten gegenüber zu vertreten, so kann die Vertretungsmacht nur nach Maßgabe des § 712 Abs 1 und, wenn sie in Verbindung mit der Befugnis zur Geschäftsführung erteilt worden ist, nur mit dieser entzogen werden.

E I 640 Abs 2 II 655; M 2 609; P 2 424.

1. Wie die Geschäftsführungsbefugnis bildet auch die auf Grund des Gesellschaftsvertrags dem Gesellschafter als solchem zukommende **Vertretungsmacht** ein Sonderrecht, das dem Gesellschafter nicht ohne Grund einseitig entzogen werden kann. § 715 dehnt daher die die Geschäftsführung betreffende Vorschrift des § 712 Abs 1 auf die Vertretungsmacht aus. Im übrigen beruht § 715, soweit er die Entziehung der Vertretungsmacht nicht ohne die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis zuläßt, auf der Einheitlichkeit des durch beide Befugnisse dem Gesellschafter gewährten Sonderrechts. Aus diesem Grunde wird, wenn solche Einheitlichkeit besteht, auch die alleinige Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung unter Belassung der Vertretungsmacht als ausgeschlossen gelten müssen (abw. die frühere Auflage). Kündigung der Geschäftsführung nach § 712 Abs 2 zieht den Verlust der Vertretungsmacht nach Maßgabe der §§ 168 Satz 1, 714 nach sich. Die Kündigung der Vertretungsmacht allein ist, da das Gesetz eine dem § 712 Abs 2 entsprechende Vorschrift nicht gibt, nicht als statthaft anzusehen.

2. Für die nicht einem Gesellschafter, sondern einem Dritten erteilte Vertretungsmacht, sowie für den Widerruf einer nicht im Gesellschaftsvertrag als Sonderrecht erteilten Vollmacht gelten die Vorschriften über Vollmacht. — Für die offene Handelsgesellschaft s. § 127 HGB.

§ 716

Ein Gesellschafter kann, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einsehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anfertigen[1]).

Eine dieses Recht ausschließende oder beschränkende Vereinbarung steht der Geltendmachung des Rechtes nicht entgegen, wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht[2]).

E I 643 II 656; M 2 613; P 2 425.

1. Das **Nachprüfungsrecht** steht dem Gesellschafter persönlich zu, wenn es nicht gemäß Abs 2 ausgeschlossen oder beschränkt ist. Das Recht ist unübertragbar (§ 717). Es kann jedoch nach allgemeiner Ansicht durch einen gesetzlichen Vertreter, auch — bestr. — durch den Ehemann als Verwalter des Frauenguts, sowie nach den Umständen unter Zuziehung eines — geeigneten, selbst zu entlohnenden — Sachverständigen ausgeübt werden (RG 25, 88). Die Frage, ob im einzelnen Falle das Recht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden kann, wird meistens verneint. Besondere Umstände können jedoch die Zulassung eines Bevollmächtigten rechtfertigen (§§ 241, 242; s. Staudinger A 1c). Verpflichtung zur Auskunftserteilung besteht nicht.

2. Ein auf annehmbare Gründe sich stützender Verdacht genügt (anders HGB a. F. Art 105 Abs 2).

§ 717

[4]) Die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnisse gegeneinander zustehen, sind nicht übertragbar[1]). Ausgenommen sind die einem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung zustehenden Ansprüche,

soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung verlangt werden kann, sowie die Ansprüche auf einen Gewinnanteil oder auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt[2])[3]).

E I 644 II 657; M 2 613—615; P 2 425.

1. Ein Gesellschafter hat grundsätzlich nicht das Recht, eine andere Person an seine Stelle zu setzen (vgl. aber A 4). Er ist demgemäß **zur Übertragung der Gesellschaftsrechte nicht befugt,** weder zur Übertragung der Mitgliedschaft (vgl. § 719 A 1), noch der Einzelansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis. Nicht übertragbar ist das Recht der Verfügung in Gesellschaftsangelegenheiten — Anspruch des Gesellschafters auf Teilnahme an der Geschäftsführung (§§ 709ff.), Mitwirkung bei dem Recht, den Geschäftsführer mit Anweisungen zu versehen (§ 713 A 1) und ihm Entlastung zu erteilen, Mitwirkung bei der Gewinnverteilung oder Auseinandersetzung — ebensowenig das Recht der Nachprüfung —, Anspruch auf Einsicht (§ 716) oder Rechnungslegung (RG 52, 35; 90, 20; Gruch 48, 914). Der persönlichen Natur des Gesellschaftsverhältnisses widerspricht die Einmischung eines Dritten in diese Angelegenheiten. Der Anspruch auf Rechnungslegung ist selbst dann nicht übertragbar, wenn dem Dritten zugleich der Anspruch auf einen seinem Betrage nach durch Rechnungslegung zu ermittelnden Gewinnanteil übertragen ist (RG Gruch 48, 912; LZ 1912, 558[6]). Ganz abgesehen davon, daß gar nicht feststeht, ob die Rechnung einen Geschäftsgewinn oder einen Verlust ergeben wird, erscheint es mit dem Wesen der Gesellschaft nicht wohl vereinbar, dritten Personen einen Einblick in die gesamten geschäftlichen Verhältnisse zu gewähren. Zu beachten ist, daß § 717 sich nur bezieht auf die Ansprüche der Gesellschafter untereinander, nicht auf die Ansprüche, die der Gesellschaft, d. i. den zur gesamten Hand verbundenen Gesellschaftern (§ 718 A 1) zustehen, über die demgemäß nur von der Gesellschaft selbst, nicht von dem einzelnen, auch nicht teilweise (§ 719), verfügt werden kann. Dies ist der Fall bei den Ansprüchen der Gesellschaft gegen dritte Personen. Zweifelhaft kann sein, wie es sich mit der Übertragbarkeit der Ansprüche des Gesellschafters gegen einen Mitgesellschafter auf Leistung an die Gesellschaft verhält. Aber auch hier ist Unübertragbarkeit der Ansprüche des Gesellschafters anzunehmen, soweit es sich um Leistungen handelt, die der Gesellschaft zufließen sollen, so daß diese in Wirklichkeit als die Berechtigte erscheint (vgl. §§ 705 A 5, 709 A 4). Insbesondere ist die Unübertragbarkeit der gegenseitigen Ansprüche der Gesellschafter auf Leistung von Beiträgen anerkannt vom RG 76, 436; Warn 1910 Nr 55; auch OLG Hamburg in SeuffA 73 Nr 10 (während die Gesellschaft selbst über die Beiträge verfügen kann, RG 76, 280). Wäre die Abtretung wirksam, so würde durch Zahlung an den neuen Gläubiger die ursprünglich geschuldete Leistung, die der Gesellschaftergemeinschaft dienen sollte, ihren Inhalt verändern (RG 76, 436). Das Veräußerungsverbot des § 717 bezweckt nur den Schutz der anderen Gesellschafter, also bestimmter Personen, nicht den Schutz der Allgemeinheit, es findet deshalb § 135 Anwendung, nicht § 134. Die Mitgesellschafter sind nicht gehindert, auf den durch § 717 gewährten Schutz zu verzichten (RG 17. 7. 19 VII 93/19). Nicht übertragbare Ansprüche sind auch nicht pfändbar (§ 851 ZPO), gehören als solche nicht zur Konkursmasse (§ 1 KO) und können nicht Gegenstand eines Pfandrechts (§ 1274 Abs 2) oder eines Nießbrauchs (§ 1069 Abs 2) sein. Das an dem Gesellschaftsanteil eingeräumte Pfandrecht (über das Pfändungspfandrecht vgl. § 725) ergreift den Anspruch auf Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben (§ 1274 Abs 2, § 717); daraus folgt, daß ein späteres unmittelbar an solchem Anspruche durch Pfändung oder Rechtsgeschäft erworbenes Pfandrecht dem älteren Pfandrecht am Gesellschaftsanteil nachsteht, mag auch der bezeichnete Anspruch gemäß einem inzwischen gefaßten Gesellschaftsbeschlusse nur noch auf Herausgabe bestimmter Gegenstände gerichtet sein (RG 67, 331). Da der Pfandgläubiger nicht die Stellung eines Gesellschafters erhält, kann er keineswegs mit der Haftung für Gesellschaftsschulden belastet werden (RG 60, 130).

Wegen des Pfandrechts am Gesellschaftsanteil s. § 725 A 1. Im Gesellschaftsvertrage kann bedungen werden, daß die verbotene Abtretung von Ansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis das Ausscheiden des abtretenden Gesellschafters aus der Gesellschaft und den Verlust aller Ansprüche an das Gesellschaftsvermögen zur Folge hat (RG HoldheimsMSchr 1917, 1122[4]).

2. **Ausgenommen von der Nichtabtretbarkeit** sind die in § 717 angeführten drei Arten von Ansprüchen, welche auf Herausgabe von Vermögenswerten gerichtet sind, die aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden und in das Privatvermögen des Gesellschafters übergeführt werden sollen: a) Ansprüche des Gesellschafters aus seiner Geschäftsführung, namentlich auf Ersatz von Aufwendungen (§§ 713, 669, 670) und auf besondere Vergütung von Diensten; b) auf einen Gewinnanteil (§§ 721, 722), aber nicht auf bestimmte Entnahmen aus der Gesellschaftskasse (feste Zinsen, Vierteljahrsbezüge), sofern diese von Gewinn und Verlust unabhängig und zugleich im Einzelfalle tatsächlich durch Gewinn nicht gedeckt sind (RG 67, 13; 13. 3. 13 II 587/12; vgl. auch Beschluß des FS Warn 07 Nr 1, der die Übertragung fester Bezüge in weiterem Maße gestattet); c) auf das Auseinander-

setzungsguthaben (§§ 733ff., 738—740). Das Recht auf unmittelbare Entnahme der Bezüge aus der Gesellschaftskasse kann niemals abgetreten werden. — Auch die vorstehend zu b und c bezeichneten Forderungen sind nicht zukünftige, sondern bereits bestehende Ansprüche (RG 60, 130). Der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben kann zwar dem Betrage nach erst geltend gemacht werden, wenn dieser im Auseinandersetzungsverfahren zwischen dem abtretenden Gesellschafter und den übrigen Gesellschaftern festgestellt ist (RG 90, 19). Ebenso muß der Forderung des Gewinnanteils die Beschlußfassung der Gesellschafter über Feststellung des Gewinns vorhergehen. Das Ergebnis dieses Verfahrens muß von dem neuen Gläubiger abgewartet werden. Er ist nicht befugt, sich in die Verhandlungen einzumischen, kann weder Rechnungslegung verlangen, noch die gelegte Rechnung beanstanden oder die von den Gesellschaftern gefaßten Beschlüsse anfechten. Bevor die Gesellschafter diese Feststellung getroffen haben, ist es im ungewissen, ob überhaupt ein Gewinn oder ein Auseinandersetzungsguthaben herauskommt. Insofern handelt es sich um eine bedingte Forderung (vgl. RG 60, 130. — In RG 98, 320 wird bei Abtretung des Geschäftsanteils einer Gesellschaft m. b. H. ohne den Dividendenanspruch der Rechtsvorgang ohne zwingenden Grund so dargestellt, als ob der neue Gesellschafter den Dividendenanspruch bei Feststellung durch die Gesellschafterversammlung für sich erwerbe, ihn aber sofort auf den Veräußerer zurückübertrage). Die Abtretung äußert jedoch schon vor der Zeit der Abtretung an darin ihre Wirkung, daß die Leistung nur noch an den neuen Gläubiger erfolgen kann — welche Wirkung auch gegenüber der Gesellschaft im Falle ihrer Kenntnis von der Abtretung eintritt —, daß ferner Verzichte auf die Forderung oder gleichstehende Verfügungshandlungen des abtretenden Gesellschafters unwirksam sind und daß dieser, wenn aus seinem Verschulden der neue Gläubiger durch verzögerte oder vorschriftswidrige Feststellung Schaden erleidet, ihm ersatzpflichtig ist (RG 90, 20). Auch die Mitgesellschafter können auf Grund des § 826 wegen schädigender Maßnahmen ersatzpflichtig werden. Zum Nachteil des neuen Gläubigers können sie übrigens, sobald die Abtretung ihnen bekannt geworden, die gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über Auseinandersetzung und Gewinnverteilung nicht mehr ändern (RG 91, 431). Mit der Haftung für die Gesellschaftsschulden wird der Abtretungsempfänger, da er nicht als Gesellschafter eintritt, nicht belastet (RG 60, 130). Ist der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben abgetreten, so ist zu berücksichtigen, daß als Guthaben auch die dem Abtretenden zurückzugewährende Einlage, soweit sie nicht durch den Verlustanteil gemindert ist, in Ansatz zu bringen ist (RG 90, 21).

3. Der Gesellschafter kann mit anderen Personen, denen er eine **Unterbeteiligung** einräumt, eine besondere Gesellschaft, eine **Untergesellschaft** bilden. Die Unterbeteiligten treten zu der Hauptgesellschaft in keine unmittelbaren Beziehungen. Sie sind nach Maßgabe des Untergesellschaftsvertrags nur beteiligt an dem Gewinnanteil und Auseinandersetzungsguthaben des Mitglieds der Hauptgesellschaft, das auf Grund des Geschäftsergebnisses dieser Gesellschaft Gewinn und Verlust mit ihnen zu teilen hat. Nicht verlangen können sie, daß dieses bei seiner Betätigung in den Angelegenheiten der Hauptgesellschaft unter Hintansetzung der Interessen dieser Gesellschaft — was ein pflichtwidriges Handeln darstellen würde — dem Interesse der Unterbeteiligten den Vorzug gibt.

4. Die Vorschriften des § 717 enthalten **nachgiebiges Recht.** Die Übertragbarkeit der Ansprüche kann über das Gesetz hinaus eingeschränkt werden (§ 399, vgl. aber § 851 Abs 2 ZPO) oder erweitert werden; die Mitgliedschaft der Gesellschaft kann durch den Gesellschaftsvertrag übertragbar gemacht werden (vgl. § 736 A 2 a. E.).

§ 718

[1]) Die Beiträge der Gesellschafter[3]) und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände[2]) werden gemeinschaftliches Vermögen der Gesellschafter (Gesellschaftsvermögen)[5])[6]).

Zu dem Gesellschaftsvermögen gehört auch, was auf Grund eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines zu dem Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstandes erworben wird[4]).

E I 631 Abs 4 II 658; M 2 599; P 2 425—434.

1. Die Gesellschafter sind Träger der Rechte und Verpflichtungen der Gesellschaft, des gesellschaftlichen Sondervermögens, des Gesellschaftsvermögens. Ein von den Gesellschaftern verschiedenes Rechtssubjekt (juristische Person) ist nicht vorhanden. Die Gesellschafter haben kraft ihrer Zugehörigkeit zur Gesellschaft Anteil an dem ungeteilten Gesellschaftsvermögen. An sich gebührt dem Gesellschafter nach näherer Festsetzung des Gesellschaftsvertrags (vgl. § 722 A 1) eine Quote. Damit ist aber ein der Quote entsprechender fester Anteil an den

zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen nicht gegeben. Die Quote ist nur eine Rechnungsgröße, die für sich allein den Umfang des Rechtes nicht erkennen läßt. Bis zur Auseinandersetzung ist völlig im ungewissen, wie weit tatsächlich der Anteil des Gesellschafters an diesen Gegenständen reicht, was ohne Prüfung der sämtlichen aus dem Gesellschaftsverhältnis sich ergebenden Ansprüche und Gegenansprüche, wie sie bei der Auseinandersetzung stattfindet, nicht festzustellen ist. Der Anteil kann durch die Gegenansprüche vollständig aufgezehrt sein, so daß in Wirklichkeit ein Anteil nicht besteht. Hieraus folgt, daß der Gesellschafter, da er erst durch die Auseinandersetzung an den ihm hierbei zugeteilten Vermögensgegenständen ein festes Recht gewinnt, vorher nicht in der Lage ist, über seinen Anteil an den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen einzelnen Gegenständen dinglich zu verfügen (**RG** 56, 206; 65, 230; **RG**St 39, 49; vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie 510ff.; Oertmann Vorbem 4c vor § 705). Darüber, daß ihm auch die Verfügung über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen regelmäßig versagt ist, s. § 719 A 2. Anderseits erstreckt sich der Anteil, ohne daß er durch die Höhe der Quote begrenzt wird, auf das gesamte Gesellschaftsvermögen. Er ist nur beschränkt durch das Bestehen der Rechte der anderen Gesellschafter. Fallen die Anteile der anderen Gesellschafter weg, so wachsen deren Anteile ihm an. Wegen dieses gesetzlichen Zuwachsrechts ist, wenn ein Gesellschafter aus einer Gesellschaft ausscheidet (§ 737), hinsichtlich der zum Gesellschaftsvermögen gehörigen, der fortbestehenden Gesellschaft verbleibenden Vermögensstücke zum Übergang des Eigentums eine besondere Übertragungshandlung, insbesondere bei Grundstücken die Auflassung nicht erforderlich (§§ 925 A 4, 738 A 2; vgl. auch darüber, daß gleichwohl in diesem Falle nach Tarifnummer 11b Abs 2 des RStempG v. 3. 7. 13 der Auflassungsstempel zu erheben ist, **RG** Warn 1919 Nr. 138). Träger der im Gesellschaftsvermögen vereinigten Rechte und Verbindlichkeiten sind hiernach die Gesellschafter nicht als Einzelpersonen, sondern in ihrer Vereinigung. Das Gesellschaftsvermögen wird bei dieser Gebundenheit an die Gesamtheit der Gesellschafter zu einer von dem freien Privatvermögen der einzelnen Gesellschafter gesonderten rechtlichen Einheit: **Gemeinschaft zur gesamten Hand** (vgl. §§ 2032ff., Erbengemeinschaft, §§ 1442, 1483, 1519, 1549, eheliche Gütergemeinschaft, §§ 105, 161 HGB, offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft); die Gemeinschaften zur gesamten Hand sind aber nicht in allem gleich geregelt (**RG** 60, 129). Wegen der Selbständigkeit des Gesellschaftsvermögens können persönliche und dingliche Rechtsverhältnisse zwischen den zur gesamten Hand verbundenen Gesellschaftern einerseits und einem einzelnen Gesellschafter anderseits bestehen (**RG** 32, 256). Bei der Verschiedenartigkeit des Miteigentums nach Bruchteilen und des gesamthänderischen Miteigentums ist zur Umwandlung des einen Miteigentums in das andere die Auflassung des Grundstücks zu erfordern (**RG** 54, 103; 56 S. 96, 206 u. 432; 57, 432; 65, 232; 68, 417; 76, 413). Ein gesamthänderisches Miteigentum an einem Grundstück, das auf den Namen der Gesellschafter als Miteigentümer zu Bruchteilen eingetragen ist, entsteht nicht schon dadurch, daß das Grundstück von ihnen in die Gesellschaft eingebracht wird, auch nicht dadurch, daß die Gesellschafter, die sich als Miteigentümer haben eintragen lassen, das Grundstück von vornherein für die Gesellschaft erworben haben. Die Grundstücke müssen auf die Namen der einzelnen Gesellschafter unter Angabe des Gesellschaftsverhältnisses (§ 48 GBO) eingetragen werden, die Gesellschafter müssen klagen und verklagt werden (§§ 714 A 4, 54 A 1); vgl. anderseits § 124 HGB, §§ 50 Abs 2, 735 ZPO. Es gibt keinen Gesellschaftskonkurs (bestr.); vgl. § 213 KO.

2. Das **Gesellschaftsvermögen** umfaßt nicht nur die dinglichen Rechte, sondern auch die schuldrechtlichen Ansprüche, wie die Ansprüche gegen Dritte aus den für die Gesellschaft von ihren Vertretern geschlossenen Rechtsgeschäften (anders anscheinend Planck A 1b). Zu dem Gesellschaftsvermögen ist auch zu rechnen der Anspruch gegen die Geschäftsführer, daß sie die zunächst im eigenen Namen erworbenen Gegenstände in das Gesellschaftsvermögen überführen (bestr.; vgl. § 714 A 3). Als ein Erwerb „für die Gesellschaft“ ist, was das innere Rechtsverhältnis betrifft, ein Erwerb der Gesellschafter schon dann anzusehen, wenn sie für die Gesellschaft haben erwerben wollen, ohne daß es darauf ankommt, ob dieser Wille dem Veräußerer kundgegeben ist (**RG** 24. 1. 14 V 444/13; s. namentlich Enneccerus § 399 A 2). Ist es auch zum dinglichen Rechtserwerb für die Gesellschaft nicht gekommen, so gebührt ihr doch der schuldrechtliche Anspruch auf Herstellung dieses Zustandes.

3. Die entrichteten **Beiträge** gehören zum Gesellschaftsvermögen. Aber auch schon die Ansprüche auf die Beiträge und die Entschädigungsansprüche wegen ihrer Nichtleistung sind zum Gesellschaftsvermögen zu rechnen. Unzweifelhaft ist, daß diese Ansprüche nach Bestimmung des Gesellschaftsvertrags zu Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens gemacht werden können (**RG** 54, 297; Warn 1910 Nr 435). Im übrigen wird vielfach angenommen, daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand hier noch nicht wirksam sei, sondern erst die geleisteten Beiträge erfasse. Diese Auffassung, der früher auch das Reichsgericht zuneigte, kann nicht gebilligt werden. Gegen sie sprechen der Ausdruck des Gesetzes (§ 705 A 6), sein Grundgedanke und praktische Folgerungen (so auch Gierke, Dernburg, Enneccerus, Kipp, Kohler, Kisch u. a.,

sowie jetzt RG 76, 276; vgl. auch RG JW 1911, 809[16]). Gerade die Ansprüche auf die Beiträge bilden in den meisten Fällen die ersten Bestandteile des Gesellschaftsvermögens. Die Geschäftsführer haben die Beiträge einzuziehen. Die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen kann auf die Beitragsforderungen erstreckt werden. Der einzelne Gesellschafter schuldet selbstverständlich seinen Beitrag voll, nicht etwa nur zu dem Teile, zu welchem er nicht selbst am Gesellschaftsvermögen Anteil hat. Der Beitrag muß voll in die Gesellschaftskasse gelangen; er kann gegen die Gesellschaft voll beschlagnahmt werden.

4. Als **Erwerb auf Grund eines Rechtes** kommen in Betracht Früchte einer Sache oder eines Rechtes, Zinsen (§§ 99, 100) und sonstige Erweiterungen eines Rechtes, als **Ersatz**: Schadensersatz, Versicherungsgelder, Enteignungspreis. Das bedingte Anrecht des Erwerbers eines Lotterieloses zur ersten Klasse auf dieselben Losnummern der folgenden Klassen ist bei einer Lotteriegesellschaft Bestandteil des Gesellschaftsvermögens. Wird auf Grund dieses Anrechts das neue Los erworben, so trifft Abs 2 zu (RG JW 04, 360[15]; RGSt 43, 56; vgl. noch § 727 A 1 a. E.).

5. Belastet wird das Gesellschaftsvermögen durch die **Gesellschaftsschulden**. Sie entstehen in der Regel aus Verträgen der Geschäftsführer (§ 714). Die Gesellschafter haften hierfür mit dem Gesellschaftsvermögen und zugleich mit ihrem Privatvermögen als Gesamtschuldner (§ 427), falls nicht bloß eine anteilige Haftung (§ 420) oder eine auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung vereinbart ist. Die in letzterer Beziehung für nicht rechtsfähige Vereine geltenden Grundsätze (§ 54 A 2) sind nicht ohne weiteres auf Gesellschaften anwendbar. Der Umstand allein, daß nach dem Gesellschaftsvertrage für die Gesellschaftsschulden nur das Gesellschaftsvermögen verhaftet sein soll, reicht, auch wenn dieser Umstand dem Geschäftsgegner bekannt war, zur Ausschließung der persönlichen Haftung nicht aus, da eine weitergehende Ermächtigung des Vertreters bestehen kann (vgl. § 714 A 2). Möglich ist es, eine die persönliche Haftung ausschließende Vereinbarung darin zu finden, daß die Schuld ausdrücklich als Schuld der Gesellschaft eingegangen wird. Die gesamtschuldnerische Haftung greift im Zweifel auch für Vertragsschulden Platz, die eine teilbare Leistung zum Gegenstand haben (§ 427). Eine Gesellschaftsschuld mit persönlicher Haftung der Gesellschafter kann ferner darin ihren Grund haben, daß die Gesellschafter für das rechtswidrige Tun des Geschäftsführers einstehen müssen oder ihnen selbst eine unerlaubte Handlung zur Last fällt (§§ 830, 831, 833, 836). Eine nur das Gesellschaftsvermögen treffende Gesellschaftsschuld kann aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen. In ganz gleicher Weise wie bei Gesellschaftsschulden wird das Gesellschaftsvermögen belastet, wenn es sich um eine Privatschuld der sämtlichen Gesellschafter handelt. Insofern besteht zwischen Gesellschaftsgläubigern und Privatgläubigern kein Unterschied. Die Privatgläubiger können, ohne daß sie vorher die Gesellschaft zu kündigen brauchen (anders bei der offenen Handelsgesellschaft, § 135), sich unmittelbar auf Grund eines gegen alle Gesellschafter erwirkten Urteils (§ 73 ZPO) an das Gesellschaftsvermögen halten (vgl. über Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil der einzelnen Gesellschafter § 725).

6. **Gesellschaft ohne Gesellschaftsvermögen.** Die Gesellschaft als Schuldverhältnis besteht schon vor Bildung des Gesellschaftsvermögens. Hat die Gesellschaft den Zweck, ein Vermögensstück erst zu erwerben, z. B. ein Lotterielos, so entsteht das Gesellschaftseigentum erst mit dem Erwerbe des Loses, im übrigen ist die Gesellschaft mit dem Vertragsabschlusse wirksam (RG 31. 5. 05; BayZ 1, 348). Nach dem Vorbilde der stillen Gesellschaft (§§ 335 ff. HGB) sind auch bürgerliche Gesellschaften, ohne die Absicht, ein Gesellschaftsvermögen zu bilden, denkbar, RG 80, 271 (Innengesellschaften); ein Gesellschafter führt nach außen die Geschäfte im eigenen Namen (vgl. RG JW 03 Beil 16[34]; RG 28. 4. 09 I 223/08). Die vereinbarten Beiträge können in das Privatvermögen des einen Gesellschafters fließen, mit dessen Mitteln das Unternehmen für Rechnung sämtlicher im Innenverhältnis beteiligter Gesellschafter betrieben wird. Dieser Gesellschafter erscheint nach außen hin als der allein Berechtigte und Verpflichtete (vgl. RG 77, 226/7). Eine Rechtsvermutung für das Bestehen der regelmäßigen Gesellschaftsform kann nicht anerkannt werden (RG JW 05, 719[10]; ungenau vorangef. RG JW 03).

§ 719

[1]) Ein Gesellschafter kann nicht über seinen Anteil an dem Gesellschaftsvermögen[2]) und an den einzelnen dazu gehörenden Gegenständen verfügen[3]); er ist nicht berechtigt, Teilung zu verlangen[4]).

Gegen eine Forderung, die zum Gesellschaftsvermögen gehört, kann der Schuldner nicht eine ihm gegen einen einzelnen Gesellschafter zustehende Forderung aufrechnen[5]).

E I 645 II 658; M 2 615; P 2 425—437.

1. Das **Rechtsverhältnis der gesamten Hand** wird namentlich durch die Vorschriften der §§ 719, 725 Abs 2, 738 Abs 1 Satz 1 ausgestaltet. Der Anteil am Gesellschaftsvermögen ist eine aus der Mitgliedschaft entspringende, rechnerisch nicht bestimmte Mitberechtigung. Noch mehr ist dies der Fall bei den Anteilen an den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen oder Rechten (vgl. § 718 A 1). Dieses Rechtsverhältnis steht in vollem Gegensatz zu den Vorschriften der §§ 741 ff. über Bruchteilsrecht und Bruchteilseigentum. Die sämtlichen Gesellschafter bilden eine Einheit, deren Wille allein für das Gesellschaftsvermögen entscheidend ist. Das Gesamtgut ist für den einzelnen „wie wenn es fremdes Vermögen wäre" (Sohm).

2. Der Gesellschafter kann, wie er seine Mitgliedschaft nicht übertragen kann (§ 717 A 1) auch **über den** untrennbar hiermit verbundenen **Gesellschaftsanteil,** der die sachliche Grundlage der Mitgliedschaft bildet, **nicht verfügen** (anders bei der Erbengemeinschaft, § 2033). Die verbotswidrige Verfügung ist indes nicht nichtig, sondern nur unwirksam im Sinne des § 135 (vgl. § 717 A 1). Die Unwirksamkeit besteht demgemäß nur der Gesellschaft, nicht anderen Personen, gegenüber; dem Vertragsgegner ist der Gesellschafter durch den Abtretungsvertrag gebunden (RG 92, 398; 93, 294). Mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter kann er über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen wirksam verfügen (RG 1. 10. 09 II 711/08). Ob der Abtretung des Gesellschaftsanteils nicht wenigstens die beschränkte Wirkung zuzugestehen ist, daß sie die Rechte auf den Gewinnanteil und das Auseinandersetzungsguthaben (§ 717) überträgt, ist Auslegungsfrage (vgl. § 725 A 1). Durch Gesellschaftsvertrag kann außerdem die Mitgliedschaft und damit auch der Gesellschaftsanteil uneingeschränkt oder unter Beschränkungen für übertragbar erklärt werden. Die Bestimmung des § 719 ist insofern nachgiebiger Natur (RG 26. 4. 18 II 33/18; vgl. auch 92, 165). Die Wirksamkeit der Übertragung kann von der Zustimmung der Gesellschaft oder eines von dieser gebildeten Beirats abhängig gemacht werden. In solchem Falle wirkt die nachträgliche Zustimmung in Ermanglung einer anderen Bestimmung auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Die Rückwirkung wird nicht dadurch gehindert, daß der übertragende Gesel schafter inzwischen verstorben ist. Sie hat die Bedeutung, daß, wenn schon der in der Vergangenheit liegende tatsächliche Zustand nicht geändert werden kann, rechtlich die Übertragung der Mitgliedschaft bereits zu der früheren Zeit als bewirkt anzusehen ist (RG Warn 1914 Nr 179). Ist als Mitglied eines Konsortiums eine Firma beteiligt, so wird das im Konsortialvertrage aufgestellte Erfordernis, daß es zur Übertragung des Anteils außer der Eintragung in das Konsortialenbuch noch der Zustimmung des Beirats bedürfen soll, nach kaufmännischem Brauche dahin zu verstehen sein, daß diese Zustimmung entbehrlich, falls das Geschäft mit Firma veräußert wird (RG Warn 1918 Nr 79). Ist die Mitgliedschaft übertragbar, so wird doch allein durch den Abschluß des Übertragungsvertrags der Eintritt des Erwerbers in die Gesellschaft noch nicht herbeigeführt. Es ist weiter erforderlich, daß die übrigen Gesellschafter ausdrücklich oder stillschweigend ihn als Mitgesellschafter aufnehmen (s. hierüber und die damit zusammenhängenden Fragen der Schuldenhaftung und der Notwendigkeit der Auflassung §§ 736 A 2, 718 A 1). Ein Pfandrecht oder Nießbrauch kann an einem Gesellschaftsanteil immer nur insoweit bestellt werden, als die Übertragung zulässig ist. Eine Ausnahme ist es, daß der Gläubiger eines Gesellschafters im Zwangsvollstreckungsverfahren zur Pfändung berechtigt ist (§ 725 A 1) und daß im Konkursverfahren (§ 728 A 1) das Verfügungsrecht über den Gesellschaftsanteil auf den Konkursverwalter übergeht. Wegen der Verpfändung s. § 725 A 1. — Als eine Forderung gegen die Gesellschaft darf der Gesellschaftsanteil, in welchem sich die verschiedensten aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte, insbesondere ein dem Miteigentum nahestehendes dingliches Verfügungs- und Nutzungsrecht verkörpern, nicht aufgefaßt werden. Auf die Verpfändung des Gesellschaftsanteils findet demgemäß § 1280 keine Anwendung, sondern die allgemeine Vorschrift des § 1274. Zur Wirksamkeit der Verpfändung ist Anzeige an die Gesellschaft nicht unbedingt erforderlich (RG 57, 414).

3. Der Gesellschafter kann ferner nicht über seinen **Anteil an den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Sachen oder Rechten** verfügen. Es folgt dies mit einer solchen Notwendigkeit aus dem Grundgedanken der Gemeinschaft zur gesamten Hand (vgl. § 718 A 1), daß hieran auch durch eine Vereinbarung der Gesellschafter nichts geändert werden kann. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand beruht eben darauf, daß nur die zu einer Einheit verbundene Gesamtheit der Gesellschafter über die Vermögensstücke verfügen kann. Der einzelne Gesellschafter hat keinerlei Verfügungsmacht, auch nicht zu einem Teile. Über eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderung kann er weder durch Einziehung, Mahnung, Kündigung, noch durch Stundung, Erlaß, Abtretung oder eine sonstige Änderung des Schuldinhalts verfügen. Eine dem zuwiderlaufende Verfügungshandlung ist gänzlich unwirksam (vgl. RG 93, 294). Die Verfügung kann immer nur von der Gesamtheit der Gesellschafter getroffen werden. Darüber, daß der einzelne Gesellschafter eine Gesellschaftsforderung auch nicht zur Aufrechnung verwenden kann, s. A 4. Die Eintragung einer Hypothek auf den Grundstücksanteil des Gesellschafters ist nach § 1114 unzulässig, sie kann auch durch die Zustimmung der

Mitgesellschafter nicht zulässig werden (KG in RJA 3, 43). Unbenommen ist es dem Gesellschafter, eine Verpflichtung zur Vornahme einer Verfügung einzugehen, da hierdurch nicht das Gesellschaftsvermögen, sondern der Gesellschafter persönlich gebunden wird.

4. Der **Ausschluß des Teilungsanspruchs** (§ 749) bezüglich der einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenstände gehört zum Wesen der gesamthändigen Berechtigung (**RG** 65, 232). Eine gegenteilige Vereinbarung ist ungültig. Der Gesellschafter kann nur verlangen, daß nach Auflösung der Gesellschaft eine Auseinandersetzung stattfindet, die sich grundsätzlich (vgl. jedoch § 730 A 3) auf das ganze Gesellschaftsvermögen erstreckt. Während bestehender Gesellschaft hat er nur einen Anspruch auf Teilung des Gewinns nach näherer Bestimmung des Gesellschaftsvertrags. In dem Vertrage kann bestimmt sein, daß gewisse Einnahmen ohne Aufstellung einer Gesamtrechnung über die Einnahmen und Ausgaben sogleich nach ihrem Eingang besonders zur Teilung zu bringen sind. Der Anspruch auf Teilung kann nur gegen die sämtlichen übrigen Gesellschafter erhoben werden (vgl. § 730 A 3 a. E.). Sind durch schuldhaftes Verhalten eines Gesellschafters die Einnahmen verkürzt worden, so kann ein Mitgesellschafter aller Regel nach nur auf Leistung von Ersatz an die Gesellschaft, nicht auf Auskehrung seines Anteils an dem Schadensersatzbetrage klagen. Desgleichen kann der einzelne Gesellschafter, wenn abredemäßig die Einnahmen aus dem von einem Gesellschafter für Rechnung der Gesellschaft auf eigenen Namen geschlossenen Geschäft sogleich geteilt werden sollen, beim Fehlen einer unzweideutigen anderen Vereinbarung nur die Abführung der Einnahmen an die Gesellschaftskasse, nicht unmittelbar die Auszahlung seines Anteils verlangen (**RG** 30. 11. 07 I 74/07).

5. Die **Versagung der Aufrechnung** folgt gleichfalls aus dem Gesamthandverhältnisse (§ 387). Die Aufrechnung gegen eine Gesellschaftsforderung seitens des Schuldners mit einer Privatforderung gegen den einzelnen Gesellschafter ist auch nicht zulässig hinsichtlich des Anteils dieses Gesellschafters an der Gesellschaftsforderung, da ein bestimmter Anteil vor der Auseinandersetzung nicht vorhanden ist. Der Gesellschafter darf ferner, selbst wenn er an sich zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt ist, über eine Gesellschaftsforderung nicht verfügen, um damit aufrechnungsweise seine Privatschuld zu tilgen. Er kann auch nicht mit seinem Anteil an der Gesellschaftsforderung aufrechnen, weil ein solcher Anteil eben nicht besteht. Um die Aufrechnung zu ermöglichen, müßte die Forderung seitens der Mitgesellschafter ihm abgetreten werden. Die bloße Zustimmung der Mitgesellschafter zur Aufrechnung (wenn sie nicht im Sinne der Abtretung erfolgt) würde nicht genügen (**RG** 10, 47; 15. 3. 07 II 415/06; OLG 6, 25). Aufrechenbar ist aber gegen eine zum Gesellschaftsvermögen gehörige Forderung eine dies Vermögen belastende Gegenforderung. Dazu gehört auch eine Gegenforderung, die dem Schuldner gegen alle Gesellschafter als Gesamtschuldner, wenn auch aus einem außergesellschaftlichen Grunde, zusteht (vgl. § 718 A 5). In gleicher Weise ist, wenn der Gesellschafter wegen einer solchen Schuld in Anspruch genommen wird, ihm nicht nur die Aufrechnung mit seiner Privatforderung gestattet (**RG** 11, 118), sondern auch die Aufrechnung mit einer Gesellschaftsforderung, vorausgesetzt, daß er zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist. Die Aufrechnung mit der Privatforderung eines Mitgesellschafters ist selbstverständlich ihm niemals gestattet. Kaum der Hervorhebung bedarf es, daß der von dem Gesellschafter wegen einer Privatforderung belangte Dritte seinen Anspruch aus der persönlichen Haftung des Gesellschafters, ebenso wie er ihn klageweise geltend machen kann, auch verteidigungsweise zur Aufrechnung gegen die Privatforderung benutzen kann.

§ 720

Die Zugehörigkeit einer nach § 718 Abs 1 erworbenen Forderung zum Gesellschaftsvermögen hat der Schuldner erst dann gegen sich gelten zu lassen, wenn er von der Zugehörigkeit Kenntnis erlangt; die Vorschriften der §§ 406 bis 408 finden entsprechende Anwendung[1]).

E II 658 Abs 3; P 2 434

1. Auf den **Schutz des gutgläubigen Schuldners** ist in den §§ 406—408 insofern Rücksicht genommen, als ihm aus der Unkenntnis von dem Übergang der Forderung auf einen anderen Gläubiger kein Nachteil erwachsen soll. Dieser Schutz ist durch § 720 dahin erweitert, daß es dem Schuldner auch nicht schaden soll, wenn er zwar weiß, daß die Forderung auf mehrere Gläubiger übergegangen ist, aber keine Kenntnis davon hat, daß diese Gläubiger zu einer Gesamthandgemeinschaft verbunden sind, infolge deren der einzelne nicht, wie es bei einer sonstigen Gemeinschaft der Fall ist, einen bestimmten Anteil an der Forderung hat. Die Gesellschafter müssen deshalb, was die Leistung des gutgläubigen Schuldners an den einzelnen Gesellschafter, das gegen ihn verwirkte rechtskräftige Urteil und die ihm gegenüber erklärte

Aufrechnung (s. § 406) betrifft, diese Rechtshandlungen zu dem Anteile, der diesem Gesellschafter nach § 420 zustehen würde, gegen sich gelten lassen. — Ebenso §§ 1473 Abs 2, 2019 Abs 2, 2041.

§ 721

Ein Gesellschafter kann den Rechnungsabschluß und die Verteilung des Gewinns und Verlustes erst nach der Auflösung der Gesellschaft verlangen.

Ist die Gesellschaft von längerer Dauer, so hat der Rechnungsabschluß und die Gewinnverteilung im Zweifel am Schlusse jedes Geschäftsjahrs zu erfolgen[1]).

E I 646 II 659; M 2 616; P 2 437.

1. Über die Art der **Rechnungsaufstellung** und der sich anschließenden **Gewinnverteilung** sind für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes keine Vorschriften gegeben. Es ist insbesondere nicht, wie in § 121 HGB, vorgeschrieben, daß vor der Gewinnverteilung die Einlagen (Kapitalanteile) der Gesellschafter zu verzinsen sind. Hinsichtlich der Zeit der Rechnungslegung während des Bestehens der Gesellschaft begnügt sich das Gesetz mit der Auslegungsregel, daß bei Gesellschaften „von längerer Dauer" Rechnungslegung und Gewinnverteilung am Schlusse eines jeden Geschäftsjahrs gewollt ist. Dem Willen der Parteien wird es hier meist entsprechen, daß auch nach Ablauf des ersten Geschäftsjahrs, wenn die Beendigung der Gesellschaft in verhältnismäßig nicht zu langer Zeit zu erwarten ist, die Rechnungslegung bis zu diesem Zeitpunkte, sofern nicht erhebliche Interessen hierdurch verletzt werden, hinausgeschoben werden kann. Sind bereits zwei Geschäftsjahre verstrichen, so wird nur ausnahmsweise eine weitere Hinausschiebung der Rechnungslegung als im Willen der Parteien liegend angenommen werden können. Über die Rechnungslegung nach Auflösung der Gesellschaft s. § 730 A 3.

2. Nach dem Inhalt des Gesellschaftsvertrags — wobei es namentlich darauf ankommt, ob die Gesellschaft den Zwecken des Erwerbs oder vorwiegend idealistischen Bestrebungen dient — ist zu bestimmen, ob und inwieweit der Gesellschafter ein **Recht auf Auszahlung des** bei richtiger Rechnungsaufstellung sich ergebenden **Gewinnanteils** hat. Auf dieser Grundlage ist weiter zu prüfen, ob er etwa nach der geschäftlichen Lage die Zurückbehaltung des Gewinns zur Verstärkung des Betriebskapitals oder als Rücklage für besondere Bedarfsfälle sich gefallen lassen muß. Auszahlungen, die keinen Gewinn darstellen, dürfen nur mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen.

§ 722

Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verluste nicht bestimmt[1]), so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verluste.

Ist nur der Anteil am Gewinn oder am Verluste bestimmt, so gilt die Bestimmung im Zweifel für Gewinn und Verlust[2]).

E I 647 II 660; M 2 616; P 2 437.

1. Das Gesetz stellt — abgesehen von der Auslegungsregel des Abs 2 — die Vermutung auf, daß die **Anteile** der Gesellschafter am **Gewinn und Verlust** die gleichen sind. Es handelt sich hierbei nicht um eine Auslegungsregel, sondern eine ergänzende Vorschrift. Die Beweislast für eine abweichende Vereinbarung fällt der Partei zu, die dies behauptet. Unter Gewinn (Verlust) ist nicht nur an den Gewinn zu denken, der während bestehender Gesellschaft als Überschuß der Einnahmen über die Ausgaben zur Verteilung zu bringen ist, sondern in weiterem Sinne auch an den Gewinn, der nach dem geschäftlichen Endergebnis bei der nach Auflösung der Gesellschaft vorzunehmenden Auseinandersetzung sich als Überschuß des Vermögensstandes über die Einlagen der Gesellschafter herausstellt. Dieser Überschuß gebührt den Gesellschaftern nach Verhältnis ihrer Anteile am Gewinn (§ 734). In Einklang hiermit steht die Vorschrift des § 735, daß der bei der Auseinandersetzung sich ergebende Fehlbetrag nach dem für Verteilung des Verlusts vorgeschriebenen Verhältnis von den Gesellschaftern zu tragen ist. Da die Regel der Gleichheit sowohl für die Anteile am Verlust wie am Gewinn gilt, so ergibt sich der Satz, daß auch die Gleichheit der Gesellschaftsanteile zu vermuten ist, was im Falle der Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils (vgl. § 719 A 2) auch für den Nachfolger von Bedeutung ist. Ohne Einfluß auf die gesetzliche Regel ist die ungleiche Höhe der Gesellschafterbeiträge, was allerdings bei der Auseinandersetzung insofern berücksichtigt wird, als den Gesellschaftern zuvörderst ihre Einlagen zurückzuerstatten sind. Über die Verteilung von Gewinn und Verlust können die Gesellschafter eine andere Vereinbarung treffen (vgl. HGB §§ 121, 168, 336). Unvereinbar mit der Verfolgung eines „gemeinsamen Zweckes" (§ 705) erscheint

bei einer Erwerbsgesellschaft — im Gegensatze zu Gesellschaften mit idealen Zwecken — die Bestimmung, daß ein Gesellschafter an dem Gewinne keinerlei Anteil haben soll (societas leonina; vgl. RG 3, 9; Oertmann A 2); es wird hier meist eine Schenkung vorliegen. Dagegen ist es statthaft, einen Gesellschafter von der Teilnahme am Verluste zu befreien oder ihm einen bestimmten Mindestgewinn zuzusichern (vgl. § 705 A 3). — Der Anspruch auf den Gewinnanteil unterliegt der allgemeinen Verjährung von 30 Jahren, nicht der kürzeren Verjährung des § 197. Der Gewinnanteil fällt, da seine Entstehung von ungewissen Voraussetzungen abhängt, nicht unter den Begriff der regelmäßig wiederkehrenden Leistungen (RG 88, 46).

2. Die Vorschrift des Abs 2 entspricht dem regelmäßigen Parteiwillen. Was für den Anteil am Gewinn bestimmt ist, soll, wenn nicht ein anderer Wille erhellt, auch für den Anteil am Verlust gelten und umgekehrt.

§ 723

[1]) Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen[2]). Ist eine Zeitdauer bestimmt[3]), so ist die Kündigung vor dem Ablaufe der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund[4]) vorliegt; ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt[4]) oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird[5]). Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung[2]) ohne Einhaltung der Frist zulässig.

Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein Gesellschafter ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er den übrigen Gesellschaftern den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[6]).

Eine Vereinbarung, durch welche das Kündigungsrecht ausgeschlossen oder diesen Vorschriften zuwider beschränkt wird, ist nichtig[7]).

E I 648, 649 II 661; M 2 617—621; P 2 437.

1. Die §§ 723—728 enthalten die gesetzlichen **Gründe der Gesellschaftsauflösung**: Kündigung (§§ 723—725; vgl. HGB §§ 131 Nr 6, 133), Erreichung oder Unmöglichwerden des Gesellschaftszwecks (§ 726), Tod eines Gesellschafters (§ 727; vgl. HGB § 131 Nr 4), Konkurs eines Gesellschafters (§ 728; vgl. HGB § 131 Nr 5). Über die Vereinbarung, daß die Gesellschaft trotz Eintritts eines Auflösungsgrundes fortbestehen soll, s. §§ 736, 737. Außer den angeführten kommen als selbstverständliche Auflösungsgründe in Betracht: Ablauf der vereinbarten Zeitdauer (vgl. HGB § 131 Nr 1), Eintritt einer auflösenden Bedingung (M 2, 617), gegenseitiges Übereinkommen (vgl. HGB § 131 Nr 2), nicht aber Veräußerung des gesamten Vermögens der Gesellschaft (RG 67, 331). Eintritt der Geschäftsunfähigkeit bildet keinen besonderen Auflösungsgrund (anders HGB a. F. Art 123 Nr 3), auch nicht ohne weiteres einen wichtigen Grund für die Kündigung (Abs 1 Satz 2; M 2, 624). Sämtliche Auflösungsgründe wirken von Rechts wegen. Die Gesellschaft wird nicht erst dadurch aufgelöst, daß durch rechtskräftiges Urteil die Auflösung ausgesprochen ist. Es entsteht damit der Anspruch auf Auseinandersetzung (§§ 730ff.), selbstverständlich nicht ohne weiteres auf Herausgabe der Einlage. Über das Verhältnis des § 723 zu den §§ 326, 325 vgl. § 705 A 4, über entsprechende Anwendung des § 723 auf gesellschaftsähnliche Verhältnisse vgl. Vorbem 2 vor § 705. Auf nicht rechtsfähige Vereine finden die Vorschriften der §§ 723, 724 ebenfalls Anwendung (RG 78, 134 über Austritt eines „Alten Herrn" aus einem studentischen Korps). Die willkürliche Ausschließung eines Mitglieds aus solchem Vereine ist dagegen, falls die Satzung sie nicht gestattet, unstatthaft (RG 7. 10. 11 V 604/10; vgl. § 39 A 2).

2. Für die **Kündigung** sind drei Fälle zu unterscheiden: a) Die Gesellschaft ist, ohne daß eine Kündigungsfrist bestimmt wurde, auf unbestimmte Zeit eingegangen (Abs 1 Satz 1; vgl. § 724); dann ist Kündigung jederzeit zulässig (anders HGB § 132). b) Die Gesellschaft ist für eine unbestimmte Zeit eingegangen, es ist aber eine bestimmte Kündigungsfrist vereinbart (Abs 1 Satz 3). c) Die Gesellschaft ist ohne eine solche Vereinbarung für eine bestimmte Zeit eingegangen (Abs 1 Satz 2). In den Fällen zu b und c kann aus einem wichtigen Grunde jederzeit gekündigt werden (vgl. HGB § 133). Zur Kündigung berechtigt ist auch der Gesellschafter, bei dem die Unmöglichkeit der Verpflichtungserfüllung eintritt (Abs 1 Satz 2). Hat der Gesellschafter eine wesentliche Verpflichtung grob fahrlässig verletzt, so erwächst hieraus

den übrigen Gesellschaftern ein Recht der Kündigung, das jeder dieser Gesellschafter für sich ausüben kann. Außerdem ist dieser Gesellschafter, weil er durch sein pflichtwidriges Verhalten die Kündigung veranlaßt hat, den Mitgesellschaftern auch für den Schaden verantwortlich, der ihnen aus der vorzeitigen Lösung des Gesellschaftsverhältnisses entstanden ist (**RG** 64, 381; 76, 367; 89, 398; Warn 1917 Nr 289). — Die Kündigung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (§§ 130ff.), sie muß — unbeschadet besonderer Vertragsbestimmungen — allen übrigen Gesellschaftern (s. § 729), nicht etwa nur den Geschäftsführern gegenüber erklärt werden (vgl. **RG** 21, 93). In dem Zeitpunkte, in welchem die Kündigung allen Gesellschaftern zugegangen ist, erlischt die Gesellschaft für die Zukunft ohne weiteres. (Wegen Aufhebung der Kündigung s. § 724 A 2.) Eine Kündigung der ins Leben getretenen Gesellschaft kann darin gefunden werden, daß ein Gesellschafter wegen Verfehlungen eines Mitgesellschafters seinen Rücktritt vom Gesellschaftsvertrage erklärt hat. In diesem Sinne kann die Rücktrittserklärung verstanden werden, auch wenn mit ihr zugleich die Forderung von Schadensersatz verbunden ist. Da es einen Rücktritt aus § 326, nachdem die Tätigkeit der Gesellschaft begonnen hat, nicht gibt, so kann die Erklärung, wenn nicht andere Umstände entgegenstehen, verständigerweise nur so ausgelegt werden, daß hiermit die Kündigung gemeint ist. Es ist hierin eine Auslegung des erkennbaren Willens, nicht eine Umdeutung zu sehen (**RG** 89, 398; LZ 1917, 457[5]). Eine Kündigung ist auch in dem Antrage einer Widerklage zu erblicken, mit der die Verurteilung des Klägers zur Anerkennung, daß ihm aus dem Gesellschaftsvertrage keine Rechte mehr zuständen, gefordert wird. Zur Kündigung ist der Prozeßbevollmächtigte ermächtigt, wenn sie ein Verteidigungsmittel des Beklagten bildet (**RG** 25. 3. 07 I 516/06). Das im Streitfalle ergehende gerichtliche Urteil ist Feststellungsurteil. Eine bedingte Kündigung ist wirkungslos, ebenso die auf einen wichtigen Grund, der tatsächlich fehlt, gestützte Kündigung (M 2 S. 413, 619). Tatfrage ist, ob die für einen Termin verspätete Kündigung als rechtzeitige Kündigung für den nächsten Termin gilt. Von Bedeutung hierfür ist, ob die Rechtsfolgen der Kündigung zum nächsten Termine, abgesehen von der Hinausschiebung des Beginns der Wirksamkeit, die gleichen sind (vgl. **RG** Warn 08 Nr 616). Ist für die Kündigung eine bestimmte Frist einzuhalten, so wird die Kündigung erst wirksam mit dem Ablauf der Frist. Sie kann nicht zur Wirksamkeit gelangen, wenn schon vor Fristablauf die Gesellschaft durch Tod eines Gesellschafters oder aus anderem Grunde aufgelöst ist.

3. Für eine **bestimmte Zeit** eingegangen ist eine Gesellschaft nicht nur dann, wenn ihre Dauer durch Vereinbarung eines gewissen Zeitpunkts oder Zeitraums, insbesondere einer Kalenderzeit, beschränkt ist (vgl. § 724 Satz 1), sondern auch dann, wenn sich diese Befristung aus den Umständen, insbesondere aus Zweck und Ziel der Gesellschaft (§ 705; M 2, 618) ergibt. Ist die Fortsetzung der Gesellschaft für die Dauer der Einziehung des einen Gesellschafters zum Heeresdienst vereinbart, so liegt der Fall vor, daß die Gesellschaft für bestimmte Zeit eingegangen ist. Ebenso bei einer Abmachung, daß der Gesellschaftsvertrag für eine Reihe von Jahren gelten und, sofern nicht gekündigt, jedesmal auf bestimmte spätere Termine unter Kündigungsvorbehalt fortgesetzt werden soll (**RG** 82, 395). Eine Befristung kann sich schon daraus ergeben, daß eine Gesellschaft zum Zweck des Erwerbes von Grundstücken im Zwangsversteigerungsverfahren oder zur Nutzbarmachung von Patenten, deren Schutz in bestimmter Frist abläuft, geschlossen ist (**RG** JW 06, 741[11]; 30. 1. 11 V 508/10). Es genügt ferner, wenn der Zweck der Gesellschaft, die ihr zur Verfügung gestellten Vermögensstücke behufs der Gläubigerbefriedigung zu verwerten, eine zeitliche Begrenzung in sich trägt oder wenn überhaupt die Dauer der Gesellschaft dadurch bestimmt werden kann, daß die Gesellschaft zum Zwecke der Vornahme bestimmter Geschäfte abgeschlossen ist (**RG** Warn 1911 Nr 470; JW 1913, 28[16]). A. M. Goldmann-Lilienthal § 199 A 1; Dernburg § 363 A 4. Immerhin muß daran festgehalten werden, daß eine Zeitgrenze aus den Umständen entnommen werden kann. Die Anforderungen an die Bestimmtheit dieser Grenze dürfen aber nicht überspannt werden; zu weit, jedenfalls dem Ausdrucke nach, geht **RG** JW 1911, 322[14]. Auch bei einer auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft kann übrigens nach Lage der Sache die Annahme gerechtfertigt sein, daß gemäß § 157 innerhalb einer bestimmten Zeit nach Treu und Glauben nicht gekündigt werden darf. Die Vorschrift des § 723 Abs 3 steht dem nicht entgegen (**RG** 14. 3. 19 II 393/18).

4. Ein **wichtiger Grund** liegt dann vor, wenn nach der besonderen Lage, den gesamten Umständen des Falles dem Gesellschafter das Verbleiben in der Gesellschaft billigerweise nicht zugemutet werden kann (richterliches Ermessen; vgl. HGB a. F. Art 125; vgl. auch **RG** 62, 37/8). Der Eintritt des Grundes kann im allgemeinen verschuldet oder unverschuldet sein. Es braucht nicht etwa in der Person des Gesellschafters, dem gekündigt wird, eine Verfehlung vorzuliegen. Die schuldhafte Verletzung einer wesentlichen Pflicht wird besonders hervorgehoben (die Stelle deckt sich nicht mit § 712 Abs 1). Darüber, daß die Befürchtung, zu den bisherigen Verlusten des gesellschaftlichen Unternehmens würden in Zukunft noch erhebliche neue Verluste treten, nicht ohne weiteres einen wichtigen Grund abgibt,

vgl. **RG** JW 1912, 472[19]. Unter Umständen kann aber auch die mangelnde Rentabilität eines Unternehmens zur vorzeitigen Kündigung berechtigen, sofern es sich als ein unbilliges Verlangen darstellt, daß der Gesellschafter das Unternehmen mit Schaden fortführe (**RG** JW 1913, 265[5]; Warn 1917 Nr 289). Haben zwei Rechtsanwälte sich zur gemeinschaftlichen Ausübung ihrer Berufstätigkeit verbunden, so kann ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Lösung des Gesellschaftsverhältnisses schon daraus sich ergeben, daß der Berufsgenosse fortgesetzt Mißgriffe, Taktlosigkeiten und Rücksichtslosigkeiten sich hat zuschulden kommen lassen, durch welche das Ansehen und die Würde des Klägers gefährdet werden muß (**RG** Warn 1916 Nr 49).

5. Davon, daß die **Erfüllung einer wesentlichen Verpflichtung unmöglich** wird, ist zu unterscheiden der Fall, in dem die einem Gesellschafter als solchem gegenüber einem Dritten im Interesse der Gesellschaft obliegende Leistung von dem Dritten ohne Grund nicht angenommen wird. Hier liegt Annahmeverzug des Gläubigers, nicht Unvermögen (§ 275 Abs 2) des Schuldners (Gesellschafters) vor. Es ist, vorbehaltlich besonderer Abmachung, Sache aller Gesellschafter, den Streit mit dem Dritten auszumachen (vgl. **RG** Warn 08 Nr 616).

6. Eine **Kündigung zur Unzeit** liegt vor, wenn der Gesellschafter durch die schuldhaft (§ 708) getroffene — auch durch eine Bestimmung des Gesellschaftsvertrags nicht gerechtfertigte — Wahl des Zeitpunkts der Kündigungswirkung die gemeinschaftlichen Interessen der Gesellschafter verletzt. Solche Kündigung ist zwar rechtswirksam, verpflichtet aber zum Schadensersatze. Schon aus § 249 ist zu folgern, daß der geschäftsführende Gesellschafter rechnungspflichtig (§§ 713, 666) bleibt. Die arglistige Kündigung wird in der Regel unzeitig sein; ist sie es aber nicht, so kann eine Verpflichtung zum Schadensersatze nicht eintreten (**RG** 61, 330).

7. **Kein Ausschluß des Kündigungsrechts.** In das durch Abs 3 gewährleistete Kündigungsrecht darf auch nicht mittelbar, z. B. durch Vertragsbestimmungen, welche die Auseinandersetzung unter Belastung des Kündigenden (Abfindungsgeld, Austrittsgeld) regeln, oder durch Vertragsstrafen eingegriffen werden (**RG** 61, 328; vgl. 75, 238). S. auch § 626 A 2. Nichtig ist auch eine Vereinbarung, durch welche bei einem auf längere Zeit geschlossenen Gesellschaftsvertrage grundsätzlich das Recht der Kündigung gegenüber jeder Vertragsverletzung ausgeschlossen und als Ersatz der Kündigung nur das Recht auf eine vorausbestimmte, gering bemessene Entschädigung gewährt wird (**RG** 78, 298). Keine Anwendung findet Abs 3, wenn für die Kündigung einer auf bestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft eine Kündigungsfrist festgesetzt ist. Die vereinbarte Zeitdauer und die Kündigungsfrist können jedoch so übermäßig lang sein, daß die Vereinbarung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138) nichtig ist. Die Vorschrift des Abs 3 schützt die gesellschaftliche Freiheit und hat rückwirkende Kraft (**RG** 61, 328; 66, 219; **RG** 7. 11. 05; Recht 9, 679[2820]).

§ 724

Ist eine Gesellschaft für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen, so kann sie in gleicher Weise gekündigt werden wie eine für unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft¹). Dasselbe gilt, wenn eine Gesellschaft nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird²).

E I 650 II 662; M 2 621; P 2 438.

1. Bei der **auf Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangenen Gesellschaft** steht jedem Gesellschafter das Kündigungsrecht zu (vgl. HGB § 134).

2. Eine **Fortsetzung der Gesellschaft** kann auch in anderen Fällen stattfinden. Sie kann nicht ohne weiteres daraus entnommen werden, daß nach Auflösung der Gesellschaft der Betrieb in beschränktem Umfange unter Weiterverwendung der von einem Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassenen Gegenstände fortgeführt ist, was zur Abwicklung schwebender Geschäfte geschehen sein kann. Nach Eintritt eines Auflösungsgrundes besteht die Gesellschaft als sog. Auseinandersetzungsgesellschaft fort (§ 730). Während dieses Gesellschaftszustandes kann die Auflösung rückgängig gemacht und die Gesellschaft auf Grund eines neuen, ausdrücklichen oder stillschweigenden Gesellschaftsvertrags aller Gesellschafter unter diesen oder auch einem Teile von ihnen fortgesetzt werden. Die Gesellschaft muß dann, mag auch der Gesellschaftsvertrag nicht wesentlich von dem bisherigen abweichen, als eine neue angesehen werden, so daß Art 170 EG keine Anwendung findet (Vorbem 3 vor § 705); vermieden wird aber die endgültige Auseinandersetzung der ersten Gesellschaft und das neue Einbringen in das Gesellschaftsvermögen (§ 719 A 2). Im Falle der Kündigung ist, solange die Kündigungsfrist noch nicht abgelaufen ist, nur erforderlich, diese durch Vereinbarung wieder aufzuheben; die auflösende Wirkung tritt dann überhaupt nicht ein. Hat ein Gläubiger nach § 725 gekündigt, so ist dessen Zustimmung erforderlich (vgl. aber auch §§ 268, 725 A 2). In den Fällen des § 728 oder der Auflösung der Gesellschaft durch den Tod

(§ 727) haben die Erben oder der Konkursverwalter zuzustimmen. Im Falle des § 726 muß ein neuer Zweck an die Stelle des ersten gesetzt werden. Im allgemeinen vgl. auch RG 28, 130; § 144 HGB.

§ 725

Hat ein Gläubiger eines Gesellschafters die Pfändung des Anteils des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen erwirkt[1]), so kann er die Gesellschaft ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen[2]), sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist.

Solange die Gesellschaft besteht, kann der Gläubiger die sich aus dem Gesellschaftsverhältnis ergebenden Rechte des Gesellschafters, mit Ausnahme des Anspruchs auf einen Gewinnanteil, nicht geltend machen[3]).

E II 663; P 2 436.

1. Der Gesellschafter kann nach § 719 über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen nicht verfügen, nur sein Anteil am Gewinn und sein Auseinandersetzungsguthaben sind abtretbar. Äußerlich steht es hiermit nicht ganz in Einklang, daß im Zwangsvollstreckungsverfahren (§ 859 ZPO) die **Pfändung und Überweisung des Anteils** statthaft ist. Aber diese Zwangsvollstreckung dient im Grunde nur dazu, dem Gläubiger den Anspruch auf die fällig werdenden Gewinnanteile und das Auseinandersetzungsguthaben behufs seiner Befriedigung zu sichern (RG 67, 331). Aus diesem Grunde wird auch die Zulässigkeit einer nur die gleichen Zwecke verfolgenden Verpfändung des Gesellschaftsanteils in den Urteilen des RG 57, 416 und 67, 332 (vgl. über die Form der Verpfändung § 719 A 2 a. E.) nicht beanstandet. Durch die Pfändung auf Grund rechtskräftigen Urteils gegen den Gesellschafter (§ 859 ZPO) — weitere Voraussetzungen bestehen hierfür nicht (abw. § 135 HGB, § 66 GenG) — erlangt der Pfändungsgläubiger namentlich das Recht, die Gesellschaft zu kündigen und so ihre Auflösung und die Auseinandersetzung herbeizuführen. Zu diesem Zwecke kann er nötigenfalls selbst auf Auseinandersetzung, und zwar, wenn zu der Pfändung die Überweisung hinzugekommen ist, mit dem Antrage klagen, daß das bei der Auseinandersetzung sich ergebende Guthaben in der zur Tilgung der Forderung erforderlichen Höhe ihm überwiesen werde. Die Pfändung des Gesellschaftsanteils und ebenso die Verpfändung gibt ein Vorrecht vor dem erst später begründeten Pfandrecht an dem Anspruch des Gesellschafters auf Herausgabe der bei der Auseinandersetzung auf seinen Anteil ihm zuzuteilenden einzelnen Sachen oder Rechte (RG 67, 332; vgl. auch 60, 126). Dem Mitgesellschafter verbleibt das Recht, die Zwangsvollstreckung gemäß § 268 durch Befriedigung des Gläubigers abzuwenden. Die Befriedigung kann auch noch nach der Kündigung erfolgen (bestr.). Der Anspruch auf einen Gesellschaftsbeitrag ist nach § 717 (vgl. § 717 A 1) nicht übertragbar und daher nach §§ 851, 859 ZPO auch nicht der Pfändung unterworfen (SeuffA 73 Nr 10).

2. Über die **Kündigung** vgl. § 723 A 2. Das Kündigungsrecht ist dem Gläubiger zum Schutze seiner Interessen gegeben, deswegen gelten für ihn nicht die aus dem Gesellschaftsverhältnisse entspringenden, den Gesellschafter als solchen bindenden Beschränkungen der Kündigung (Einhaltung einer vereinbarten Kündigungsfrist, § 723 Abs 1 Satz 2, 3, Abs 2). Hat der Gesellschafterschuldner seinerseits gekündigt, und ist diese Kündigung von den Mitgesellschaftern wegen Nichtvorlegung der schriftlichen Zustimmung des Pfändungsgläubigers nicht unverzüglich zurückgewiesen (§§ 182 Abs 3, 111 Satz 2), so kann die Zustimmung noch nachträglich mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Kündigung von dem Pfändungsgläubiger erteilt werden (RG LZ 1916, 592[6]). Auch noch nach der Kündigung (bestr.) können die Mitgesel schafter oder einer von ihnen gemäß § 268 den Gläubiger befriedigen. Vgl. § 724 A 2.

3. **Stellung des Pfändungsgläubigers zur Gesellschaft.** Abs 2 ergibt, daß er nicht in die Stellung des Gesel schafterschuldners eintritt; er gewinnt keinen Anteil an der Geschäftsführung. Im Verhältnis zu den Gesellschaftern stehen dem Pfändungsgläubiger keine weitergehenden Rechte zu, als sie dem Abtretungsempfänger gegeben sind. Vgl. hierüber § 717 A 2. Die Auseinandersetzung muß gemäß §§ 730ff. bewirkt werden. Dem Pfändungsgläubiger kommt nicht das Recht zu, an Stelle des Gesellschafters bei der Auseinandersetzung mitzuwirken (RG 95, 233 — anders nach § 1258 bei Pfändung des Miteigentums). Der Gesellschafterschuldner hat anderseits nicht die Macht, im Auseinandersetzungsprozesse oder außerhalb des Prozesses ohne Zustimmung des Pfändungsgläubigers irgendwelche diesem nachteilige Verfügungen zu treffen. Wird der Auseinandersetzungsprozeß von ihm selbst geführt, so muß er den Pfändungsgläubiger zu dem Rechtsstreit zuziehen. Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, die vor der Pfändung getroffen sind (vgl. § 731), verlieren auch dem Gläubiger gegenüber nicht ihre Kraft (a. M. Staudinger A 3 b u. a.); nur insoweit sind sie als dem Zwecke des § 725 widerstreitend und daher unwirksam anzusehen, als sie darauf gerichtet sind, für den Fall der Anteilspfändung die Rechte des Gesellschafters und dadurch zugleich die Rechte des Gläubigers zu beeinträchtigen.

§ 726

Die Gesellschaft endigt[1]), wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich[2]) geworden ist.

E II 651 II 664; M 2 622; P 2 439.

1. **Die Gesellschaft endigt** von Rechts wegen; gegebenenfalls ist also das gerichtliche Urteil feststellend. Für die offene Handelsgesellschaft (HGB §§ 131 Nr 6, 133) ist dieser Endigungsgrund nicht anerkannt.

2. Vgl. §§ 275, 306. Es genügt relative **Unmöglichkeit** nach Maßgabe der für die Förderung des Gesellschaftszwecks „durch den Vertrag bestimmten Weise" (§ 705) und der Mittel der Gesellschaft. Unmöglichkeit der Erreichung des Gesellschaftszwecks ist nicht schon dann anzunehmen, wenn keine Aussicht besteht, den Betrieb zu einem gewinnbringenden zu gestalten. Dieser Umstand kann nur Anlaß zur Kündigung geben.

§ 727

Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage[1]) sich ein anderes ergibt.

Im Falle der Auflösung hat der Erbe des verstorbenen Gesellschafters den übrigen Gesellschaftern den Tod unverzüglich anzuzeigen[2]) und, wenn mit dem Aufschube Gefahr verbunden ist, die seinem Erblasser durch den Gesellschaftsvertrag übertragenen Geschäfte fortzuführen, bis die übrigen Gesellschafter in Gemeinschaft mit ihm anderweit Fürsorge treffen können[3]). Die übrigen Gesellschafter sind in gleicher Weise zur einstweiligen Fortführung der ihnen übertragenen Geschäfte verpflichtet[3]). Die Gesellschaft gilt insoweit als fortbestehend.

E I 652 II 665; M 2 622; P 2 439.

1. **Auflösung durch den Tod eines Gesellschafters.** Das Gesetz ist nachgiebig. Aus dem Gesellschaftsvertrage kann hervorgehen, daß die Gesellschaft beim Tode eines der Gesellschafter unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen (§§ 736, 738—740) oder daß das Gesellschaftsverhältnis des Erblassers auf die Erben übergehen soll (vgl. HGB § 139). Im zweiten Falle tritt der Erbe (nicht etwa ein Vermächtnisnehmer, § 719) mit dem Erwerbe der Erbschaft in Ansehung der Rechte und Pflichten an die Stelle des Erblassers. Dies darf jedoch auf die übertragene — auf der Persönlichkeit beruhende — Befugnis zur Geschäftsführung, von besonderer Vertragsbestimmung abgesehen, nicht ausgedehnt werden. Abs 1 findet keine Anwendung, wenn sich die Gesellschaft auf ein einzelnes, beim Tode des Gesellschafters bereits eingegangenes Geschäft bezieht. In einem solchen Falle ist nach dem Willen der Gesellschafter der Tod kein Auflösungsgrund. Für die Lotteriegesellschaft (Lotteriespielgemeinschaft) ist zu beachten, daß die Vereinbarung, gemeinschaftlich in einer Lotterie nach Art der preußischen Klassenlotterie zu spielen, regelmäßig auf sämtliche Klassen geht, weil die Gewinnaussichten von Klasse zu Klasse ohne Erhöhung des Einsatzes für die bereits an den früheren Klassen Beteiligten erheblich wachsen und es deshalb zweckwidrig wäre, sich nur an der ersten Klasse zu beteiligen. Die Erben des Gesellschafters haben deshalb Anspruch auf den in der späteren Klasse gezogenen Gewinn, mögen sie auch die Fortsetzung der Spielgemeinschaft nicht besonders angezeigt haben (**RG** DJZ 1911, 878; vgl. auch **RG** 28, 328). — Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß das den Gegenstand des Vertrags bildende Geschäft nach dem Tode eines Gesellschafters von dem Mitgesellschafter übernommen werden soll, so verbleibt diesem das Übernahmerecht auch dann, wenn der andere Gesellschafter die Gesellschaft bereits gekündigt hatte, sein Tod aber noch vor Ablauf der Kündigungsfrist eingetreten ist (**RG** 95, 32 mit Beziehung auf die offene Handelsgesellschaft).

2. Unterlassung der **unverzüglichen Anzeige** (§ 121) macht schadensersatzpflichtig.

3. Wird schuldhaft (§ 708 gilt auch für die Erben) unterlassen, **Fürsorge zu treffen,** so erlischt die Verpflichtung der Geschäftsfortführung. Die dem Erben nach Abs 2 obliegende Verpflichtung trifft ihn selbständig. Es handelt sich nicht um eine von dem Erblasser auf ihn vererbte Verpflichtung und es kann deshalb von einer im Aufgebotsverfahren (§§ 1967, 1970) anzumeldenden Nachlaßschuld nicht die Rede sein (**RG** 92, 341). Solange die Überlegungsfrist des Erben läuft, hat er die Verpflichtung noch nicht. Eine Verpflichtung kann ihm aber, sofern er später Erbe geworden ist, daraus erwachsen, daß er mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Erbewerdens nicht von Ergreifung der dringlichsten Maßnahmen hätte absehen dürfen. In betreff eines besonderen Auftrags (§ 709 A 4) kommt die entsprechende Vorschrift des § 673 zur Anwendung. — Zu Abs 2 vgl. § 137 HGB.

§ 728

Die Gesellschaft wird durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst[1]. Die Vorschriften des § 727 Abs 2 Satz 2, 3 finden Anwendung[2].

E I 653; RV 715; M 2 623; P 2 439.

1. Die Gesellschaft wird **durch Konkurseröffnung aufgelöst** vorbehaltlich der Vorschrift des § 736. Zur Konkursmasse gehört der Anteil des Gemeinschuldners am Gesellschaftsvermögen (§ 859 Abs 1 ZPO; § 1 KO). Verfügungen über Bestandteile des Gesellschaftsvermögens bedürfen, wenn die Gesellschaft durch die Konkurseröffnung aufgelöst ist, des Zusammenwirkens des Konkursverwalters mit den Mitgesellschaftern. Es genügt nicht, wenn die Zustimmung zur Verfügung an Stelle des Konkursverwalters von dem Gemeinschuldner erteilt wird, da das Verfügungsrecht des Gemeinschuldners nach § 6 KO auf den Verwalter übergegangen ist (RG HoldheimsMSchr 1913, 216). Die Auseinandersetzung erfolgt außerhalb des Konkursverfahrens (§ 16 Abs 1 KO) gemäß §§ 730ff., KO § 51 (soweit nicht zwischen den Gesellschaftern und dem Konkursverwalter besondere Abmachungen über die Auseinandersetzung getroffen werden, § 724 A 2). Bei der Auseinandersetzung werden nach § 733 die gemeinschaftlichen Schulden — worauf indes nur die Gesellschafter, nicht die Gesellschaftsgläubiger ein Recht haben (vgl. RG 42, 103) — vorweg in Abzug gebracht. Die Konkursgläubiger können nur das für sich in Anspruch nehmen, was bei der Auseinandersetzung auf den Anteil des Gemeinschuldners entfallen ist. — Für die offene Handelsgesellschaft vgl. § 131 Nr 5, 3 HGB.

2. Zu Satz 2 s. § 28 KO.

§ 729

[1] **Wird die Gesellschaft in anderer Weise als durch Kündigung aufgelöst, so gilt die einem Gesellschafter durch den Gesellschaftsvertrag übertragene Befugnis zur Geschäftsführung[2] zu seinen Gunsten gleichwohl als fortbestehend[3], bis er von der Auflösung Kenntnis erlangt oder die Auflösung kennen muß[4].**

E I 654 II 666; M 2 624; P 2 439.

1. In Betracht kommen auch die in diesem Titel nicht besonders hervorgehobenen Auflösungsfälle, s. § 723 A 1.

2. **Befugnis zur Geschäftsführung** einschließlich der Vertretungsmacht gemäß § 714. Vgl. § 730 Abs 2 Satz 2.

3. **Fortdauer der Befugnis zu seinen Gunsten** (vgl. § 674), nicht auch zu seinen Lasten bei subjektiv-pflichtwidrigem Untätigsein. Für die geführten Geschäfte gilt § 708 weiter. Zugunsten eines Dritten wirkt die vom Gesetz unterstellte Vollmacht nach Maßgabe des § 169. Gilt die Vollmacht nicht zugunsten des geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend, so kann sich auch ein Dritter nicht auf sie berufen. Selbst wenn sie aber fortbesteht, wirkt sie doch nicht zugunsten eines Dritten, der seinerseits die Auflösung der Gesellschaft kennt oder kennen muß (RG 29. 1. 09 III 205/08). — Vgl. KO § 28.

4. Über **kennen müssen** s. §§ 122 Abs 2, 708 (vgl. §§ 1682, 1893). Nichtkenntnis von der zugegangenen Kündigung (§ 723 A 2) schützt den Gesellschafter nicht.

§ 730

[1] **Nach der Auflösung der Gesellschaft findet in Ansehung des Gesellschaftsvermögens die Auseinandersetzung unter den Gesellschaftern statt[2][3].**

Für die Beendigung der schwebenden Geschäfte, für die dazu erforderliche Eingehung neuer Geschäfte sowie für die Erhaltung und Verwaltung des Gesellschaftsvermögens gilt die Gesellschaft als fortbestehend[2], soweit der Zweck der Auseinandersetzung es erfordert. Die einem Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrage zustehende Befugnis zur Geschäftsführung erlischt jedoch, wenn nicht aus dem Vertrage sich ein anderes ergibt, mit der Auflösung der Gesellschaft; die Geschäftsführung[4] steht von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu[5].

E I 655 II 667; M 2 625; P 2 440.

1. Die §§ 730—735 enthalten nachgiebiges Recht. Über die Vereinbarung **verfrühter Teilung** einzelner Gegenstände des Gesellschaftsvermögens vgl. § 719 A 4.

2. Die **Auseinandersetzungsgesellschaft** hat einen neuen Zweck (§ 705), nämlich den der Vermögensaufteilung. Die produktive Tätigkeit ist beendigt (vgl. auch HGB § 149). Das Gesellschaftsvermögen besteht in seiner gesamthändigen Gebundenheit (§§ 718, 719) weiter, das gesamthändige Eigentum verwandelt sich nicht in Bruchteilseigentum (bestr.). Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen gemäß § 736 ZPO ist nach wie vor zulässig. Der Anspruch des Gesellschafters auf sein Auseinandersetzungsguthaben ist ein abtretbares Forderungsrecht (§ 717). Bei der Auseinandersetzung ist darauf Rücksicht zu nehmen, daß die Werte des Gesellschaftsvermögens möglichst erhalten bleiben und Schädigungen vermieden werden. Aus dieser Rücksicht kann es notwendig werden, den Betrieb der Gesellschaft auseinandersetzungshalber einstweilen fortdauern zu lassen. Bis zur Beendigung der Auseinandersetzung bleibt die Gesellschaft als Auseinandersetzungsgesellschaft bestehen. Neue Geschäfte, soweit sie nicht zur Durchführung der Auseinandersetzung, insbesondere zur Abwicklung schwebender Geschäfte geboten sind, darf die Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Auseinandersetzungsgesellschaft nicht eingehen. Die Einziehung rückständiger Gesellschafterbeiträge, soweit es dieser Beiträge zur ordnungsmäßigen Auseinandersetzung bedarf, wird durch die Auflösung der Gesellschaft nicht gehindert (**RG** JW 1911, 809[15]).

3. Nach dem Grundsatz des § 730 Abs 1 ist der Gesellschafter nach Auflösung der Gesellschaft, wenn er sein Guthaben zurückerhalten will, regelmäßig darauf angewiesen, sofern nicht die Auseinandersetzung bereits außergerichtlich stattgefunden hat, auf **Auseinandersetzung** zu klagen, damit die Ansprüche und Gegenansprüche aus dem gesamten Gesellschaftsverhältnis, die Beitragspflichten, Schadensersatzansprüche usw. zur Erörterung und Klarstellung gebracht werden. Zur Begründung der Klage auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme würde erforderlich sein, daß das Gesellschaftsvermögen vollständig in Geld umgesetzt ist und nach Berichtigung der Schulden noch ein Geldbetrag übrigbleibt (**RG** Warn 1918 Nr 139). Die Behauptung, daß ein bilanzmäßiger Überschuß der Gesellschaftswerte über die Schulden vorhanden sei, reicht zur Begründung der Klage nicht aus. Die Auseinandersetzung wird meist ohne vorgängige Rechnungslegung nicht möglich sein. Das Verlangen der Rechnungslegung erscheint so sehr als Teil der Klage auf Auseinandersetzung, daß in diesem Verlangen gegenüber dem ursprünglichen Antrage auf Zahlung eine Klageänderung nicht wohl zu erblicken ist (**RG** Warn 1918 Nr 139; vgl. Gruch 32, 412). Ausnahmsweise kann von der Klage auf Auseinandersetzung abgesehen werden, wenn die Verhältnisse so einfach liegen, daß sich das, was ein jeder zu beanspruchen hat, ohne besonderes Abrechnungsverfahren ermitteln läßt, in welcher Beziehung nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden dürfen (**RG** JW 05, 430[8]; Warn 1912 Nr 105; 1917 Nr 139). Die Ansprüche, welche die Gesellschafter gegeneinander haben, sollen bei der Auseinandersetzung im einheitlichen Verfahren geltend gemacht werden. Es ist deshalb unzulässig, einzelne Ansprüche herauszugreifen und gesondert einzuklagen. Kommt nur ein Guthaben des einen Gesellschafters an den andern in Frage, ohne daß in Ansehung des Gesellschaftsvermögens noch etwas zu teilen oder zu regeln ist, so können die dies Guthaben ergebenden Umstände, ohne daß eine vorgängige Auseinandersetzung nötig ist, im Prozesse festgestellt werden (**RG** Warn 1916 Nr 73). Durch die Vorschrift des § 730 ist auch nicht ausgeschlossen, daß schon vor Durchführung der Auseinandersetzung der eine oder andere besonders dringliche Anspruch vorab im Wege besonderen Prozesses verfolgt wird (**RG** 98, 298). Durch die Auseinandersetzung ist der Gesellschafter nicht gehindert, Ansprüche gegen die anderen Gesellschafter, die ihm nicht in seiner Eigenschaft als Gesellschafter erwachsen sind, im Klagewege zu verfolgen (**RG** 2. 1. 09 VII 421/08). Dem Gesellschafter ist es ferner trotz beendeter Auseinandersetzung unbenommen, von dem geschäftsführenden Gesellschafter das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte einzuklagen (**RG** 3. 5. 05 I 634/04). Der Auseinandersetzungsanspruch kann nur unter sämtlichen Teilhabern, soweit unter ihnen Streit besteht, zum Austrag gebracht werden. Nur bei Zuziehung dieser sämtlichen Teilhaber kann eine rechtskräftige Entscheidung über die Auseinandersetzung getroffen werden (**RG** JW 04, 61[18]; Warn 1917 Nr 139).

4. Die Befugnis zur **Geschäftsführung** und die Vertretungsmacht (§§ 710, 711, 714) erlöschen, vorbehaltlich des § 729, sie stehen jetzt allen Gesellschaftern zu (§ 709 Abs 1). Erben (§ 727 Abs 1), Konkursverwalter (§ 728) — nicht aber der Gläubiger (§ 725) — sind Mitgeschäftsführer. Im Gesellschaftsvertrage kann ein anderes, namentlich die Bestellung von Liquidatoren angeordnet sein mit bestimmten oder nach Abs 2 Satz 1 zu bemessenden Befugnissen (vgl. auch §§ 145ff., 150 HGB). Die Bestellung eines Gesellschafters als Liquidator kann nicht willkürlich von den Gesellschaftern widerrufen werden. Zu den Befugnissen des Liquidators gehört es auch, die rückständigen Beiträge (vgl. A 2) von den Gesellschaftern einzuziehen (abw. § 149 HGB für die offene Handelsgesellschaft). Von der Geschäftsführung muß die Beauftragung mit besonderen Geschäften (§ 709 A 4) unterschieden werden; diese erlischt nicht.

5. Mit der wirklichen (vgl. §§ 734, 735), nicht bloß vermeintlichen **Durchführung der Auseinandersetzung** erlischt das Gesellschaftsverhältnis. Dieser Satz darf aber nicht in unzweckmäßiger Weise überspannt werden. Ist eine Auseinandersetzung abgeschlossen worden und wird dann später streitig, ob ein Gesellschafter aus einem bestimmten von ihm für die Gesellschaft vorgenommenen Geschäfte noch einen Betrag schuldet, so kann nicht angenommen werden, daß der Zweck der Auseinandersetzung das Fortbestehen der Gesellschaft „erfordert". Eine Liquidationsgesellschaft besteht nicht mehr, und jeder Gesellschafter kann über seinen Teilanspruch an jenem Betrage verfügen (RG JW 05, 430[8]; HoldheimsMSchr 05, 263).

§ 731

Die Auseinandersetzung erfolgt in Ermangelung einer anderen Vereinbarung[1]) in Gemäßheit der §§ 732 bis 735. Im übrigen gelten für die Teilung die Vorschriften über die Gemeinschaft[2]).

E I 656 Abs 5 II 667 Abs 3; M 2 626 ff; P 2 440 ff.

1. Durch **Vereinbarung** kann auch die Bestimmung des § 740 (Rechte des Ausgeschiedenen) ausgeschlossen werden (RG 17. 11. 06 I 137/06).

2. Vgl. §§ 752—758; indessen kommen die Vorschriften des § 755 gegenüber dem § 733 nicht zur Geltung. Die Parteien können vereinbaren, daß statt der Teilung in Natur, die nach § 752 bei teilbaren Gegenständen eintritt, ein Verkauf oder eine sonstige Verwertung der Vermögensstücke stattfindet oder daß sie zu bestimmten Preisen von den Gesellschaftern zu übernehmen sind. Eine Vereinbarung kann ferner getroffen werden über die dem ausscheidenden Gesellschafter (vgl. § 736) zu gewährende Geldabfindung. Bei der hiernach nötig werdenden Schätzung des Wertes des Gesellschaftsvermögens sind die einzelnen Vermögensstücke nach ihrem wahren Werte, nicht bloß nach dem für die Zwecke der Gewinnverteilung angenommenen Werte, unter Berücksichtigung des aus der Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen sich ergebenden höheren Wertes anzusetzen. Es kann gerechtfertigt sein, für den Geschäfts- oder Firmenwert einen besonderen Betrag in Ansatz zu bringen (vgl. RG 94, 106). Die Auseinandersetzung kann unter anderem auch in der Weise vollzogen werden, daß die Gesellschafter das Vermögen der Gesellschaft in eine neu gegründete Gesellschaft m. b. H. einbringen und jeder Gesellschafter einen dem Werte seiner Einlage entsprechenden Geschäftsanteil an der neuen Gesellschaft erhält. Ein Fortbestehen der alten Gesellschaft würde hier nur in der Form möglich sein, daß die Geschäftsanteile gemeinsamer Besitz der Gesellschafter verbleiben würden. Für die Anwendung der Vorschriften der §§ 752, 753 ist kein Raum, wenn es sich um eine Gesellschaft handelt, bei der ein Miteigentum nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand nicht besteht (vgl. § 718 A 6).

§ 732

Gegenstände, die ein Gesellschafter der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, sind ihm zurückzugeben[1]). Für einen durch Zufall in Abgang gekommenen oder verschlechterten Gegenstand kann er nicht Ersatz verlangen[2]).

E I 656 Abs 1 II 668; M 2 626—628; P 2 440

1. Vgl. § 706 A 3. Sachen und Rechte sind dann nicht sofort **zurückzugeben,** wenn die Gegenstände noch während der Auseinandersetzungszeit erforderlich sind, z. B. wegen schwebender Geschäfte (§ 730 Abs 2). Wegen der übereigneten Gegenstände s. § 733 Abs 2.

2. Für die durch **Verschulden** (§ 708) abgegangenen Gegenstände haften dem Forderungsberechtigten kraft des Gesellschaftsverhältnisses die übrigen Gesellschafter als Gesamtschuldner (§ 427), nicht etwa nur die Geschäftsführer. Diese sind Gehilfen der Gesellschafter im Sinne des § 278; sie sind es auch im Falle des § 709 (vgl. auch Knoke, Recht der Gesellschaft, § 36, S. 118; abw. Planck A 2 a. E.).

§ 733

[1]) Aus dem Gesellschaftsvermögen sind zunächst die gemeinschaftlichen Schulden mit Einschluß derjenigen zu berichtigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind oder für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften[2]). Ist eine Schuld noch nicht fällig oder ist sie streitig, so ist das zur Berichtigung Erforderliche zurückzubehalten[3]).

Aus dem nach der Berichtigung der Schulden übrigbleibenden Gesellschaftsvermögen sind die Einlagen zurückzuerstatten. Für Einlagen, die nicht

in Geld bestanden haben, ist der Wert zu ersetzen, den sie zur Zeit der Einbringung gehabt haben[4]). Für Einlagen, die in der Leistung von Diensten oder in der Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes bestanden haben, kann nicht Ersatz verlangt werden[5]).

Zur Berichtigung der Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen ist das Gesellschaftsvermögen, soweit erforderlich, in Geld umzusetzen[6]).

E I 656 Abs 2—4 II 669; M 2 628; P 2 441—443.

1. **Auseinandersetzung.** Nach Ausscheidung der im § 732 bezeichneten Gegenstände bleibt das Gesellschaftsvermögen übrig. Nach den Vorschriften des § 733 — der sich nur auf das innere Gesellschaftsverhältnis bezieht — wird dieses Vermögen auf ein reines Ergebnis (+ oder —) zurückgeführt (§§ 734, 735). Die Gesellschafter können übrigens, und zwar ganz unabhängig von dem Willen der Gesellschaftsgläubiger, die Vermögensbereinigung auch auf andere Weise vornehmen (vgl. auch RG 67, 332).

2. Unter **gemeinschaftlichen Schulden** sind die durch den gesellschaftlichen Betrieb zu Lasten aller Gesellschafter entstandenen Schulden, die eigentlichen Gesellschaftsschulden, zu verstehen, die das Gesellschaftsvermögen belasten, aber einschließlich „derjenigen, welche den Gläubigern gegenüber unter den Gesellschaftern geteilt sind" (vgl. § 718 A 5). Mit den Schulden, „für welche einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter als Schuldner haften", sind die aus dem Gesellschaftsverhältnisse unter den Gesellschaftern entsprungenen Schulden gemeint, z. B. Ansprüche aus der Geschäftsführung (§§ 713, 670) oder auf einen rückständigen Gewinnanteil (vgl. § 717), Ersatzforderungen eines Gesellschafters. Diese Schulden sind insofern gemeinschaftliche, als der forderungsberechtigte Gesellschafter zur Berichtigung der Schuld, wenn deren Betrag aus dem Gesellschaftsvermögen entnommen wird, mit beiträgt. Auf die Befolgung der Vorschrift des Abs 1 haben die Gläubiger kein Recht. Die Gesellschafter können sich hierüber anders einigen. Sie können ohne Berücksichtigung der Schulden das Gesellschaftsvermögen, und zwar selbst vor der Auflösung der Gesellschaft, ganz oder teilweise unter sich aufteilen. Nicht zu den gemeinschaftlichen Schulden im Sinne des § 733 sind zu zählen die Schulden, für welche die sämtlichen Gesellschafter aus einem nicht dem Gesellschaftsbetriebe angehörigen Grunde verhaftet sind. Forderungen, die einem Gesellschafter nicht als solchem gegen die Gesellschaft erwachsen sind, kann er gegen die anderen Gesellschafter auch während der Auseinandersetzung besonders geltend machen und im Rechtsstreite verfolgen (RG 2. 1. 09 VII 421/08). Vgl. § 705 A 5 a. E.

3. In Ansehung des **Zurückbehaltenen** besteht die Auseinandersetzungsgesellschaft fort. Wegen des Rechtes auf Zurückbehaltung vgl. §§ 1475, 2046. Trotz der allgemein lautenden Vorschrift wird für eine streitige Forderung, die offensichtlich unbegründet ist und nur mißbräuchlich geltend gemacht wird (§ 226), ein Zurückbehaltungsrecht nicht anzuerkennen sein. Wegen bedingter Forderungen vgl. § 738 A 1.

4. Zu den **zurückzuerstattenden Einlagen** gehört nicht ein seitens der Gesellschaft gegen besonderes Entgelt von einem Gesellschafter erworbener Gegenstand. — Zu erstatten ist der objektive Wert zur Zeit des Einbringens. Damit sind zweckmäßigerweise alle Streitfragen über spätere Wertminderung und die Verantwortlichkeit hierfür abgeschnitten. Auch der Einleger braucht sich auf Ersatz in Natur nicht einzulassen. Oft wird schon bei Eingehung der Gesellschaft eine Schätzung vorgenommen sein (vgl. § 706 Abs 2 Satz 2; HGB. a. F. Art 143).

5. **Überlassung der Benutzung eines Gegenstandes** umfaßt an sich nicht die Bestellung eines dinglichen Rechtes, z. B. Einräumung einer Grunddienstbarkeit. Entscheidend für die Ordnung derartiger Rechtsverhältnisse ist der Vertragswille, der meist dahin gehen wird, daß das dingliche Recht nach Auflösung der Gesellschaft zurückgewährt wird, allenfalls gilt Abs 2 Satz 2. Was die **Leistung von Diensten** anlangt, so kann im Falle der Unmöglichkeit der Erfüllung einer wesentlichen Verpflichtung (§ 723 Abs 1 Satz 2) ein Bereicherungsanspruch nach § 323 Abs 3 entstehen (Knoke, Recht der Gesellschaft, § 17 S. 47).

6. Soweit die **Umsetzung in Geld** nicht erforderlich ist, greifen §§ 731, 749 ff. (752) Platz (anders § 149 HGB).

§ 734

Verbleibt nach der Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und der Rückerstattung der Einlagen ein Überschuß, so gebührt er den Gesellschaftern nach dem Verhältnis ihrer Anteile am Gewinne[1]).

E I 656 Abs 3 II 670 Abs 1; M 2 629; P 2 441—443.

1. Vgl. § 722 (abw. HGB § 155). Der verbleibende **Überschuß** ist der Schlußgewinn. Das Verhältnis zur gesamten Hand bleibt bestehen, bis die Verteilung durchgeführt ist; nur

§ 719 Abs 1 Halbs 2 hat seine Kraft verloren (s. §§ 752ff.). Soll ein zum Gesellschaftsvermögen gehöriges Grundstück einem Gesellschafter zum Alleineigentum übertragen werden, so bedarf es der Auflassung.

§ 735

Reicht das Gesellschaftsvermögen zur Berichtigung der gemeinschaftlichen Schulden und zur Rückerstattung der Einlagen nicht aus, so haben die Gesellschafter für den Fehlbetrag nach dem Verhältnis aufzukommen, nach welchem sie den Verlust zu tragen haben[1]). Kann von einem Gesellschafter der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so haben die übrigen Gesellschafter den Ausfall nach dem gleichen Verhältnisse zu tragen[2]).

E I 656 Abs 3 II 670 Abs 2; M 2 629; P 2 441—443.

1. Vgl. § 722. Die **Deckungspflicht** des § 735 entspricht der Beitragspflicht des § 707. Sie begründet ein Recht der Gesellschafter, daß der zur Deckung der Verbindlichkeiten aufzubringende Betrag nach Verhältnis der Anteile am Verlust auf die hiervon beteiligten Gesellschafter umgelegt wird. Die Verpflichtung des Gesellschafters zur Aufbringung seines Anteils ist nicht davon abhängig, daß ihm eine förmliche Rechnung über das ganze Verhältnis erteilt wird (RG 26. 11. 15 II 230/15). Aus § 735 ergibt sich, daß § 707 nur gilt, solange die Gesellschaft besteht (vgl. § 707 A 1). Das Aufkommen für Fehlbeträge könnte sowohl in Ansehung der Schulden als der Einlagen durch Einzahlung in die Gesellschaftskasse erfolgen. In betreff der Einlagen wird jedoch dem Einleger ein Anspruch unmittelbar gegen die Mitgesellschafter zustehen (vgl. § 28 KO). War ausnahmsweise für die Forderung eines Gläubigers die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt worden (vgl. § 714 A 2, § 718 A 5) und ist trotzdem das Vermögen ohne Berücksichtigung dieser Forderung verteilt worden, so haben die Gesellschafter dem Gläubiger das zu leisten, was ihm bei dieser Berücksichtigung zugestanden haben würde (§ 242), d. h. jeder Gesellschafter hat, was er bei der Auseinandersetzung aus dem Gesellschaftsvermögen erhalten hat (vgl. § 734), dem Gläubiger zu seiner Befriedigung herauszugeben. § 419 leidet keine Anwendung (Planck A 4; bestr.).

2. **Tragung des Ausfalls** entsprechend der Vorschrift des § 426 Abs 1 Satz 2.

§ 736

Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt[1]), daß, wenn ein Gesellschafter kündigt oder stirbt oder wenn der Konkurs über sein Vermögen eröffnet wird, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so scheidet bei dem Eintritt eines solchen Ereignisses der Gesellschafter, in dessen Person es eintritt, aus der Gesellschaft aus[2]).

E I 657 II 671; M 2 630; P 2 443.

1. Rechtsbegrifflich ist der **Fortbestand der Gesellschaft** nicht davon abhängig, daß keine Änderung in der Person der Gesellschafter eintritt. Die Gesellschafter brauchen sich allerdings nicht den Eintritt eines ihnen nicht genehmen Mitglieds gefallen zu lassen. Aus dieser Rücksicht ist die Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit der Mitgliedschaft (§§ 717, 727) festgesetzt. Die Gesellschafter können aber hierüber eine andere Vereinbarung treffen. In diesem Falle hat der Eintritt des neuen Gesellschafters, auf den die Mitgliedschaft infolge Übertragung oder Vererbung übergegangen ist, nicht etwa die Folge, daß nunmehr unter Auflösung der bisherigen Gesellschaft sich eine neue Gesellschaft bildet. Die Gesellschaft bleibt vielmehr mit dem dazu gehörigen Vermögensbestande trotz des Mitgliederwechsels bestehen. Die Identität der Gesellschaft bleibt gerade so gewahrt, wie die Identität des Forderungsrechts durch Gläubiger- oder Schuldnerwechsel nicht aufgehoben wird. Das gleiche gilt, wenn durch Vereinbarung der Gesellschafter ein weiteres Mitglied in die Gesellschaft aufgenommen wird. Die früher herrschende gegenteilige Meinung, daß das Gesetz die Aufnahme eines neuen Gesellschafters unter Fortbestehen der alten Gesellschaft nicht zulasse, ist jetzt als überwunden anzusehen. Es besteht hiernach auch kein Hindernis, daß die Gesellschaft trotz Vorhandenseins eines Endigungsgrundes infolge Kündigung, Tod oder Konkurses in der Person eines Gesellschafters unter den übrigen Gesellschaftern in bisheriger Weise fortdauert, vorausgesetzt, daß diese — die für den Fortbestand der Gesellschaft gerade auf die Mitgliedschaft des „Ausscheidenden" besonderen Wert gelegt haben können — mit der Fortdauer, und zwar vor Eintritt des Auflösungsgrundes sich einverstanden erklärt haben (vgl. RG 95, 39). Selbstverständliche Voraussetzung des Fortbestehens der Gesellschaft ist in diesem Falle weiter, daß mindestens zwei Gesellschafter, welche die Gesellschaft fortsetzen, übrig bleiben.

2. Der **Eintritt des neuen Gesellschafters** vollzieht sich in der Weise, daß die übrigen Mitglieder ihn ausdrücklich oder stillschweigend als Gesellschafter anerkennen (Aufnahmevertrag). Die Aufnahme kann mit der Übertragung verbunden sein, wenn der Übertragende zur Aufnahme in Vertretung der anderen Gesellschafter ermächtigt ist. Nicht unzulässig ist es, die Aufnahme dem Ermessen des Mitgesellschafters zu überlassen (vgl. **RG** 92, 167). Die Zustimmung zur Aufnahme einer bestimmten Person als Mitglied kann auch schon im voraus erteilt werden. Durch die Aufnahme tritt in der Trägerschaft des gesamthändigen Gesellschaftsvermögens nur insoweit eine Änderung ein, als ein neuer Vermögensträger hinzukommt. Der Anteil des ausscheidenden Gesellschafters geht unverändert — soweit nicht in dieser Beziehung eine Abweichung vereinbart ist —, ohne daß es besonderer Übertragungshandlungen bedarf (vgl. **RG** 83, 315) — auf den neuen Gesellschafter über. S. namentlich Gierke, Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 25ff. und Knoke in ArchBürgR 20, 170ff. Mit dem Anteil am Gesellschaftsvermögen geht auch die auf diesem lastende Verpflichtung über, die Tilgung der bisherigen Gesellschaftsschulden aus dem Gesellschaftsvermögen zu dulden. Eine weitergehende Haftung trifft ihn mangels besonderer Schuldübernahme nicht (anders HGB § 130). An der Haftung des bisherigen Gesellschafters gegenüber den Gläubigern wird durch sein Ausscheiden nichts geändert. Der Ausgeschiedene ist z. B. nicht davon befreit, für die Abnahme der an die Gesellschaft verkauften Ware zu sorgen. Das im Anteil enthaltene gesamthänderische Miteigentum an den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen (im Besitz der Gesellschaft befindlichen) beweglichen Sachen wird von dem neu eintretenden Gesellschafter mit der Wirkung erworben, daß er in Gemeinschaft mit den anderen Gesellschaftern hierüber verfügen darf. Nicht anders verhält es sich mit den zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Grundstücken. Ihre Zugehörigkeit zum Gesellschaftsvermögen setzt voraus, daß die gesamthänderische Gemeinschaft gemäß § 48 GBO im Grundbuch vermerkt ist. Die grundbuchrechtliche Legitimation erlangt der neue Gesellschafter allerdings erst dadurch, daß er als Mitberechtigter — worauf er Anspruch hat — in Berichtigung des Grundbuchs eingetragen wird. Der Wille des neu eintretenden Gesellschafters wird meist dahin gehen, daß er sich allen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, denen der Ausscheidende unterworfen war, auch den Bestimmungen über Vertragsstrafen in gleicher Weise unterwirft. Ein solcher Wille kann anzunehmen sein, auch wenn der neu Eintretende die Bestimmungen des alten Gesellschaftsvertrags nicht kennt und sich hierüber mit dem Ausscheidenden nicht verständigt hat (**RG** 27. 9. 12 III 527/11). — Wird zu den bisherigen Mitgliedern ein weiteres Mitglied in die Gesellschaft aufgenommen, so setzt sich der ihm zukommende Anteil aus den Anteilen der bisherigen Mitglieder zusammen, indem jeder von ihnen zur Herstellung des neuen Anteils einen entsprechenden Teil seines Anteils abgeben muß. Eine solche Übertragung ist ohne weiteres, ohne daß dies besonders zum Ausdruck gebracht zu werden braucht, in dem Aufnahmevertrage zu finden.

§ 737

[1]) Ist im Gesellschaftsvertrage bestimmt, daß, wenn ein Gesellschafter kündigt, die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll, so kann ein Gesellschafter, in dessen Person ein die übrigen Gesellschafter nach § 723 Abs 1 Satz 2 zur Kündigung berechtigender Umstand[3]) eintritt, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden[2]). Das Ausschließungsrecht steht den übrigen Gesellschaftern gemeinschaftlich zu. Die Ausschließung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem auszuschließenden Gesellschafter[4]).

E II 672; P 2 444

1. § 736 umfaßt den Fall, daß ein Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern kündigt. § 737 regelt den umgekehrten Fall, daß gegenüber einem Gesellschafter die übrigen Gesellschafter aus wichtigem Grunde zu kündigen berechtigt sind.

2. Die **Ausschließung eines Gesellschafters** kann in diesem Falle **durch die übrigen Gesellschafter,** nicht etwa die Geschäftsführer, und zwar durch einstimmigen Beschluß herbeigeführt werden (vgl. HGB § 140). Die Ausschließung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung (§§ 130ff.). Es können auch mehr als ein Gesellschafter ausgeschlossen werden, sofern nur wenigstens zwei Gesellschafter (abw. HGB § 142) übrigbleiben. Im Streitfalle Feststellungsklage.

3. Ein solcher **Umstand** (wichtiger Grund) ist zur Ausschließung erforderlich, aber anderseits auch genügend (**RG** 24, 137 beruht auf Artt 125, 128 HGB a. F.), und zwar auch bei der auf unbestimmte Zeit (§ 723 Satz 1) eingegangenen Gesellschaft.

4. § 737 enthält in Satz 3 **zwingendes,** dagegen in Ansehung des „zur Kündigung berechtigenden Umstandes" und des Satz 2 **nachgiebiges Recht.** — Ein bereits ausgeschiedener Gesellschafter kann aus der Gesellschaft nicht mehr ausgeschlossen werden (vgl. **RG** JW 05, 315[1] über Ausschließung aus einem studentischen Korps).

§ 738

[1]) **Scheidet ein Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, so wächst sein Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu[2]). Diese sind verpflichtet[3]), dem Ausscheidenden die Gegenstände, die er der Gesellschaft zur Benutzung überlassen hat, nach Maßgabe des § 732 zurückzugeben, ihn von den gemeinschaftlichen Schulden zu befreien und ihm dasjenige zu zahlen, was er bei der Auseinandersetzung erhalten würde, wenn die Gesellschaft zur Zeit seines Ausscheidens aufgelöst worden wäre. Sind gemeinschaftliche Schulden noch nicht fällig, so können die übrigen Gesellschafter dem Ausscheidenden, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten[4]).**

Der Wert des Gesellschaftsvermögens ist, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung[5]) zu ermitteln.

E I 658 Abs 1, 45 II 673 Abs 1; M 2 631; P 2 444—447.

1. Die §§ 738—740 regeln die **Auseinandersetzung mit dem ausscheidenden Gesellschafter.** Die Vorschriften sind im allgemeinen nachgiebiger Natur; zu beachten ist aber, daß § 738 Abs 1 Satz 1 richtiger Auffassung nach eine Folgerung aus dem Gesamthandverhältnisse darstellt (Prot 2, 446; **RG** 56, 208), die nicht abänderlich erscheint.

2. Voraussetzung für die **Anwachsung des Anteils** ist nach herrschender Ansicht, daß die Gesellschaft fortbesteht (**RG** 68, 414). Eine Folge der Anwachsung ist, daß es zur Bewirkung des Übergangs des Anteils des ausscheidenden Gesellschafters (§ 719) auf die übrigbleibenden Gesellschafter keines besonderen Übertragungsgeschäfts, für die Gesellschaftsgrundstücke nicht der Auflassung bedarf. Die Anwachsung bewirkt den Rechtsübergang ohne besondere Übertragshandlung (**RG** 68, 413). Für Anwendung der Vorschriften der §§ 313, 1821 Nr 1 ist hier kein Raum. Nach § 894 hat der Ausscheidende seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs zu geben (vgl. § 718 A 1). Für die offene Handelsgesellschaft wird Anwachsung auch in dem Falle angenommen, daß der eine der beiden Gesellschafter von dem durch § 142 HGB oder durch Vereinbarung begründeten Rechte Gebrauch macht, das ganze Geschäft mit Wert und Schuld zu übernehmen (**RG** 65, 227; 68, 410; 1. 5. 12 I 250 11). Dies ist jedoch eine den besonderen Bedürfnissen des Handelsverkehrs Rechnung tragende Eigentümlichkeit, die auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes nicht ausgedehnt werden kann. — Wegen der Weiterführung eines Rechtsstreits vgl. § 714 A 4. Über den Eintritt eines neuen Gesellschafters s. § 736 A 2.

3. Der **Ausscheidende behält** nur ein — abtretbares — **Forderungsrecht** gegen die verbleibenden Gesellschafter. Diese haften aus dem Gesellschaftsverhältnisse (§ 427) als Gesamtschuldner. Die dinglichen Rechte des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen bestehen nicht mehr. Das Zurückbehaltungsrecht (§ 273) wird durch die Anwachsung nicht aufgehoben (a. M. OLG 6, 446). — Vgl. §§ 733 Abs 2, 734.

4. Die **Sicherheit** (§§ 232ff.) wird dem Ausscheidenden geleistet, nicht etwa den Gläubigern; denn diese werden durch den inneren Gesellschaftsvorgang der Auseinandersetzung mit dem Ausscheidenden nicht berührt. Ihre Rechte werden auch dadurch nicht beeinträchtigt, daß der Ausscheidende frei wird, sofern den Gläubigern ausnahmsweise das Gesellschaftsvermögen allein haften sollte (vgl. § 718 A 5). Zweifelhaft ist, ob auch für bedingte Forderungen und für streitige Forderungen — worüber das Gesetz keine Bestimmung gibt — Sicherheit zu leisten ist. Die Frage wird nicht, wie dies meist geschieht (so auch die frühere Auflage und hinsichtlich streitiger Forderungen **RG** 60, 155) unbedingt zu verneinen sein. Es wird vielmehr darauf ankommen, ob der Eintritt der Bedingung in naher Aussicht steht und ob trotz Bestrittenseins der Forderung mit ihrem Bestehen verständigerweise zu rechnen ist, und es wird deshalb nach Lage der Sache im einzelnen Falle zu entscheiden sein, ob eine Verpflichtung zur Sicherheitsleistung anzunehmen ist und in welcher Höhe die Sicherheit zu leisten ist.

5. Zu ermitteln ist bei der **Schätzung** der Wert des Vermögens der sog. lebenden Gesellschaft im Zeitpunkte des Ausscheidens. Es kommt nicht auf die Buchwerte, sondern auf die wahren Werte an (**RG** JW 99, 395[8]; 02, 590[14]; Warn 09 Nr 138). Die schwebenden Geschäfte bleiben außer Betracht (§ 740). Vgl. auch § 731 A 2.

§ 739

Reicht der Wert des Gesellschaftsvermögens zur Deckung der gemeinschaftlichen Schulden und der Einlagen nicht aus, so hat der Ausscheidende

den übrigen Gesellschaftern für den Fehlbetrag nach dem Verhältnisse seines Anteils am Verlust aufzukommen[1]).

E I 658 Abs 6 II 673 Abs 2; M 2 632; P 2 444—447.

1. **Aufkommen des Ausscheidenden für den Fehlbetrag** entsprechend der Vorschrift des § 735. Der Anteil am Fehlbetrage (§ 722) ist in die Gesellschaftskasse zu zahlen. Die Gesellschafter haben gegenüber dem Ausscheidenden an den von ihm zur Benutzung überlassenen Gegenständen (§§ 732, 738 Abs 1 Satz 2) gemäß § 273 ein Zurückbehaltungsrecht. Anderseits ist dem Ausscheidenden Zug um Zug Befreiung von den Schulden zu gewähren oder Sicherheit zu leisten (§ 738 Abs 1 Satz 2, 3).

§ 740

Der Ausgeschiedene nimmt an dem Gewinn und dem Verluste teil, welcher sich aus den zur Zeit seines Ausscheidens schwebenden Geschäften[1]) ergibt. Die übrigen Gesellschafter sind berechtigt, diese Geschäfte so zu beendigen, wie es ihnen am vorteilhaftesten erscheint[2]).

Der Ausgeschiedene kann am Schlusse jedes Geschäftsjahrs Rechenschaft über die inzwischen beendigten Geschäfte, Auszahlung des ihm gebührenden Betrags und Auskunft über den Stand der noch schwebenden Geschäfte verlangen[3])[4]).

E I 658 Abs 2, 3 II 674; M 2 631; P 2 444—447.

1. Die **schwebenden Geschäfte** (vgl. HGB a. F. Art 130 Abs 2—4) werden in die Auseinandersetzung (§§ 738, 739) nicht einbezogen. Über diese Geschäfte haben sich also die Gesellschafter (vorbehaltlich besonderer Vereinbarung) nachträglich auseinanderzusetzen. Die Beteiligung des Ausgeschiedenen wirkt nur nach innen; Dritten gegenüber wird er weder berechtigt noch verpflichtet (RG JW 02, 445[10]).

2. Daß die **Beendigung der Geschäfte** dem Ausgeschiedenen entzogen wird, ist eine Folge davon, daß er nicht mehr Gesellschafter ist. Kraft der fortdauernden Wirkung des schuldrechtlichen Verhältnisses kann er aber von den früheren Mitgesellschaftern verlangen, daß sie die Geschäfte mit pflichtmäßiger Sorgfalt (§ 708) abwickeln (vgl. § 732 A 2).

3. **Rechenschaft** gemäß § 259; **Auskunft** nach § 242. Über etwaigen Verlust s. § 739. Das Recht des § 716 ist erloschen.

4. Die Vorschriften des § 740 leiden — unbeschadet anderweiter Vereinbarung — entsprechende Anwendung auf den durch § 738 (vgl. § 738 A 2) nicht betroffenen Fall, daß der eine von zwei Gesellschaftern ausscheidet, die Gesellschaft dadurch aufgelöst und das Geschäft mit Wert und Schuld von dem anderen Gesellschafter übernommen wird (RG 56, 19).

Fünfzehnter Titel

Gemeinschaft

§ 741

Steht ein Recht mehreren gemeinschaftlich zu[1]), so finden, sofern sich nicht aus dem Gesetz[3]) ein anderes ergibt, die Vorschriften der §§ 742 bis 758[2]) Anwendung (Gemeinschaft nach Bruchteilen)[3])[4]).

E I 762 II 677; M 2 873; P 2 743.

1. Die **Rechtsgemeinschaft nach Bruchteilen** ist zu scheiden von dem geteilten Rechte (vgl. § 420), der Gesamthandberechtigung (vgl. § 718 A 1) und von der Gesamtberechtigung (vgl. § 428). Das nach Bruchteilen — ziffermäßig bestimmten, sog. ideellen Anteilen — gemeinsame Recht steht — an einem einzelnen Gegenstande — „mehreren derartig zu, daß jeder die Befugnisse, deren teilweise Ausübung möglich ist (insbesondere Fruchtziehung, Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen, Veräußerung und Belastung), in bezug auf seinen Anteil ausüben kann, während die übrigen Befugnisse in der Regel nur von allen zusammen, von dem einzelnen aber nur insoweit ausgeübt werden können, als dadurch die Interessen der übrigen nicht verletzt werden" (Enneccerus § 403 I). — Das wichtigste unter den in Betracht kommenden Rechten ist das Eigentum (vgl. §§ 1008—1011, 1066, 1258; GBO § 48); daneben ist namentlich hinzuweisen auf Nießbrauch, Pfandrecht, Urheberrecht (vgl. § 6 des LitUG v. 19. 6. 01, RGSt 48, 330; § 8 des KunstUG v. 9. 1. 07), Patentrecht (RG

76, 299) usw. Die Bruchteilsgemeinschaft entsteht aus Rechtsgeschäften (z. B. gemeinschaftlichem Ankauf und Erwerb) oder — communio incidens — aus anderen Tatsachen; s. insbesondere §§ 953ff. (Früchte der gemeinschaftlichen Sache), §§ 947, 948 (Verbindung, Vermischung), §§ 963, 984, 2087ff., 2157. Durch die ungetrennte Verladung mehrerer Mengen losen Getreides in demselben Schiffsraum entsteht für die mehreren Empfänger an der gesamten Getreidemenge Miteigentum, auf das grundsätzlich die §§ 741ff. anzuwenden sind (**RG** SeuffA 62 Nr 66; vgl. HGB § 419). Ebenso entsteht Miteigentum und Gemeinschaft, wenn gleichartige Ladungsteile nachträglich zu einer ununterscheidbaren Menge vermischt werden (SeuffA 70 Nr 130). Gemeinschaft bei Ersatzansprüchen wegen Beschädigung einer Schiffsladung, bei der sich die für die einzelnen Empfänger bestimmten Säcke nicht mehr ausscheiden lassen, s. **RG** LZ 1916, 326[20]. Unter mehreren gemeinschaftlichen Patentanmeldern entsteht an sich eine Bruchteilsgemeinschaft. Kein Miteigentum besteht an einem Gebäude, das von einer das Grundeigentum teilenden Grenzlinie durchschnitten wird (**RG** 70, 201; **RG** JW 1911, 211[5]). Ein Recht im Sinne des § 741 ist auch der Besitz (§ 866) — bestr. —. Grundsätzlich muß ferner angenommen werden, daß ein bestehendes Zeitungsunternehmen Gegenstand einer Gemeinschaft sein kann, auf welche die Vorschriften über die Gemeinschaft nach Bruchteilen entsprechende Anwendung finden (**RG** Gruch 53, 982; vgl. **RG** 63, 57; 67, 86; s. anderseits abw. **RG** SeuffA 59 Nr 5). Haben sich mehrere durch Vertrag zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes verbunden, so greift das bestimmtere Rechtsverhältnis der Gesellschaft Platz (vgl. LZ 1915, 564 und § 705 A 1ff.). Kommt infolge der Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrags ein Gesellschaftsverhältnis nicht zustande, so kann eine Gemeinschaft nach Bruchteilen vorliegen. Dazu genügt aber nicht, daß tatsächlich Einnahmen und Ausgaben gemacht wurden, es muß vielmehr den Beteiligten gemeinschaftlich ein Recht, z. B. an den für die beabsichtigte Gesellschaft eingezahlten Werten zustehen (**RG** LZ 1914, 1369[4]). — Gegen die herrschende Meinung ist anzunehmen, daß Forderungen nur im Falle des § 432 den Gegenstand einer Bruchteilsgemeinschaft bilden (vgl. auch Kretzschmar, Sachenrecht, Vorbem 2 vor § 1008). Haben mehrere eine teilbare Leistung zu fordern, so liegen in der Regel gewöhnliche Teilforderungen ohne Gemeinschaftsverhältnis vor (§ 420), also in Wirklichkeit mehrere Forderungen mit verschiedenen Berechtigten; jeder kann über seine (Teil-) Forderung für sich verfügen (s. jedoch § 743 A 1). Wer ein anderes Verhältnis, z. B. das zur gesamten Hand, behauptet, muß dies beweisen. Die Abrede, daß eine geteilte Forderung von den mehreren Gläubigern nur gemeinsam geltend gemacht werden soll, kann auch bei ganz verschiedenen Forderungen vorkommen, sie bewirkt kein Gemeinschaftsverhältnis (vgl. Enneccerus § 403 II, der aber — wie Sohm, Gegenstand, § 10 S. 61 A 9 — auch im Falle des § 432 die Bruchteilsgemeinschaft verneint). — Eheleute, zwischen denen keine güterrechtliche Gemeinschaft besteht, können in Ansehung einzelner Vermögensgegenstände in einer Gemeinschaft nach § 741 stehen (**RG** Gruch 63, 614; s. auch **RG** 67, 396).

2. Die **Vorschriften der §§ 742—758** regeln das Verpflichtungsverhältnis der Teilberechtigten untereinander. Die entsprechenden Forderungen können vor, bei und auch noch nach der Teilung geltend gemacht werden. Die Vorschrift des § 708 (Haftung nur für diejenige Sorgfalt, die jeder in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt) findet keine Anwendung; vielmehr gilt der Grundsatz des § 276 in Verbindung mit § 278, also Haftung der Teilhaber für jedes Verschulden, das sie oder ihre Hilfspersonen trifft (Prot 2, 768). Ein Vorkaufsrecht ist den Teilhabern durch das Gesetz nicht eingeräumt worden; ein rechtsgeschäftliches Vorkaufsrecht (vgl. §§ 504ff., 1094ff.) ist damit nicht ausgeschlossen. Besondere Vorschriften, teils obligatorischer, teils dinglicher Natur für bestimmte Gemeinschaftsverhältnisse finden sich namentlich in den §§ 432, 866, 921, 922, 947ff., 963, 984, 1008—1011, 1172, 1258 Abs 1, 2047 Abs 2. Nicht geregelt ist der Fall, in dem wegen des gemeinsamen Gegenstandes verschiedener Rechte eine tatsächliche Gemeinschaft eintritt (z. B. Eigentum am ganzen Grundstück, Nießbrauch eines anderen an einem Bruchteile des Grundstücks; Prot 2, 744; vgl. § 1066 — §§ 1024, 1060 —). — Die Vorschriften der §§ 742—758 regeln ferner nur die rechtlichen Beziehungen, die aus der Tatsache der Gemeinschaft als solcher entspringen. Beruht die Gemeinschaft auf Vertrag, so ist nach den dafür geltenden Bestimmungen z. B. zu beurteilen, ob ein Teilhaber von dem Vertrage zurücktreten kann (**RG** 13. 11. 17 II 280/17: Kauf der ideellen Hälfte einer dem Verkäufer zustehenden Gerechtsame; Anwendung der §§ 440, 323ff., insbesondere § 326). — Über den Konkurs eines Teilhabers s. KO §§ 16 (Auseinandersetzung), 51 (Absonderungsrecht).

3. Die Regel, daß für ein gemeinschaftliches Recht Bruchteilsgemeinschaft eintritt, soweit nicht das Gesetz, wie es z. B. in Ansehung des Gesamthandverhältnisses (§ 718 A 1) der Fall ist, eine Ausnahme aufstellt, enthält **zwingendes Recht.** Gesamthandsgemeinschaften können daher in anderen als den vom Gesetz bestimmten Fällen nicht durch Vertrag geschaffen werden (**RG** 26. 2. 20 IV 350/19; vgl. RJA 14, 80). Die bloß verpflichtende Wirkung anderweiter Vereinbarungen der Beteiligten wird dadurch unter diesen noch nicht ausgeschlossen (vgl. auch § 137).

4. In betreff des **Übergangsrechts** und der **landesrechtlichen Vorbehalte** s. EG Artt 173, 181 Abs 2, 182; 65, 67, 83, 113, 119 Nr 2, 120 Abs 2 Nr 1, 121, 131, 164. Zu beachten ist, daß Art 173, nach dem das neue Recht auch auf eine am 1. 1. 00 bestehende Gemeinschaft nach Bruchteilen Anwendung findet, nicht Platz greift, wenn die Gemeinschaft auf einem vor 1900 geschlossenen Gesellschaftsvertrage beruht. In diesem Falle empfängt die Gemeinschaft ihre Regelung aus dem Gesellschaftsvertrage, und es gilt für das ganze einheitliche Rechtsverhältnis gemäß Art 170 EG (vgl. Vorbem 2 vor § 705) altes Recht (bestr.).

§ 742

Im Zweifel ist anzunehmen, daß den Teilhabern gleiche Anteile zustehen[1]).

E I 764 II 678; M 2 875; P 2 746.

1. Die **Gleichheit der Anteile** gilt nur als Auslegungsregel bei Dunkelheit des Parteiwillens oder — für die communio incidens — als widerlegbare gesetzliche Vermutung. (Für die Reallastenberechtigung vgl. § 1109). Nach § 48 GBO soll aus der Eintragung im Grundbuch ersichtlich sein, ob Gemeinschaft nach Bruchteilen oder ein anderes für die Gemeinschaft maßgebendes Rechtsverhältnis, insbesondere Gemeinschaft zur gesamten Hand, besteht. Die Bruchteile sind ziffermäßig anzugeben. Durch die Regel des § 742 — welche die Möglichkeit verschiedener Größe der Einzelanteile offen läßt und durch Gegenbeweis außer Kraft gesetzt wird — ist aber der Grundbuchrichter zur Eintragung gleicher Anteile nicht ermächtigt, ohne daß der notwendige urkundliche Nachweis oder die Einwilligung der Teilhaber beigebracht ist (**RG** 54, 85; s. auch SeuffA 57 Nr 149). Der Nachweis einer ungleichmäßigen Verteilung der Nutzungen und Lasten enthält noch nicht ohne weiteres den Nachweis ungleicher Anteile und die Widerlegung der Regel des § 742; denn eine von den Vorschriften der §§ 743, 748 abweichende Regelung der Nutzungs- und Lastenverteilung durch Verträge ist nach dem Gesetze nicht ausgeschlossen (**RG** 11. 12. 07 V 199/07).

§ 743

Jedem Teilhaber gebührt ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil der Früchte[1]).

Jeder Teilhaber ist zum Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes insoweit befugt, als nicht der Mitgebrauch der übrigen Teilhaber beeinträchtigt wird[2])[3]).

E I 765 Abs 2 II 679; M 2 877; P 2 743—747.

1. In Ansehung der **Früchte** (§ 99) ist eine selbständige Ausübung des Bruchteilsrechts durchführbar (§ 741 A 1); diese wird vom Gesetze angeordnet, sie kann durch Mehrheitsbeschlüsse nicht beeinträchtigt werden (§ 745 Abs 3 Satz 2). Jedem Teilhaber steht ein Anspruch gemäß Abs 1 gegen die übrigen Teilhaber zu; er muß die Fruchtziehungskosten mitbestreiten (§§ 748, 756). Ein Recht des einzelnen Teilhabers auf selbständige Einerntung seines Teiles der natürlichen Früchte kann nicht anerkannt werden (Goldmann-Lilienthal § 203 A 9; a. M. Oertmann A 2). Die Ernte ist Verwaltung (§§ 744, 745), die Teilung der geernteten Früchte erfolgt gemäß §§ 752ff. — Wie es sich mit der Einziehung der zivilen Früchte (§ 99 Abs 3) verhält, bestimmt sich nach dem maßgebenden Rechtsverhältnisse. Bei der Vermietung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes ist zu unterscheiden. Vermietet ein Teilhaber, die Zustimmung der anderen vorausgesetzt, den Gegenstand der Gemeinschaft im eigenen Namen, dann ist er auch zur Einziehung des Mietzinses berechtigt und hat nur nach der Einhebung mit den anderen Teilung zu halten. Vermieten die Teilhaber gemeinschaftlich, so ist regelmäßig anzunehmen, daß der Mietzins ihnen gemeinsam zusteht und auch nur von ihnen gemeinsam eingezogen werden kann. Die Einziehung des Mietzinses und seine Verwendung zur Deckung von Lasten und Kosten bilden, namentlich bei Mietgrundstücken, den Gegenstand der gemeinschaftlichen Verwaltung (§ 744 Abs 1), und nur auf das Ergebnis dieser Verwaltung, nicht auf die einzelnen Einnahmen, hat jeder Teilhaber anteilsmäßigen Anspruch. Für eine Teilung der Mietzinsforderungen im Sinne des § 420 (vgl. § 741 A 1) ist hier kein Raum. § 743 Abs 1 steht nicht entgegen. Als Früchte, von denen dem Teilhaber ein seinem Anteil entsprechender Bruchteil gebührt, sind in solchem Falle die Mietzinsen nur in ihrem Reinertrag nach Deckung der Lasten und Kosten zu verstehen. Daraus folgt ferner, daß der einzelne Teilhaber nicht berechtigt ist, über die Mietzinsforderungen, insbesondere durch Abtretung, zu verfügen, und daß auch seine Gläubiger sie nicht (auch nicht anteilig) pfänden können. So auch die neuere Rechtsprechung OLG 17, 1; 20, 107; SeuffA 68 Nr 8; 70 Nr 124 gegen OLG 5, 26 und 12, 66. Das ist namentlich von Bedeutung für städtische Miethäuser,

die im Miteigentum stehen, und wird für diesen Fall, im Ergebnisse wenigstens, auch in RG 89, 176 anerkannt, wo für das Verhältnis von Pfändungspfandgläubigern eines Miteigentümers gegenüber der Gemeinschaft ausgeführt ist: Die Frage, ob als Früchte im Sinne des § 743 der Rohertrag oder der nach Abzug der Kosten usw. verbleibende Reinertrag anzusehen sei, brauche nicht entschieden zu werden. In jedem Falle werde bei einem städtischen Miethause entsprechend der allgemeinen Verkehrsanschauung nicht nur die Vermietung, sondern auch die Einhebung der Mieten und ihre Verwendung zur Bestreitung der Lasten und Abgaben, sowie der sonstigen notwendigen Auslagen, insbesondere der Hypothekenzinsen, zur Verwaltung und, wenn sich das Grundstück im Miteigentum mehrerer befinde, zur gemeinschaftlichen Verwaltung zu rechnen sein. Jeder Miteigentümer müsse sich danach gefallen lassen, daß die Mietzinse von der Gemeinschaft eingehoben und zunächst für die Bestreitung der notwendigen Ausgaben für das Grundstück verwendet werden. Nur auf den als Reinertrag verbleibenden Überschuß stehe ihm ein Anspruch zu, und nur dieser (gegen die Gemeinschaft gerichtete) Anspruch könne von seinen Gläubigern zu ihrer Befriedigung beschlagnahmt und verwertet werden. — Der Rechtserwerb an Früchten bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen; in betreff der natürlichen Früchte vgl. §§ 953ff. — Über die Früchte eines Grenzbaumes s. § 923 Abs 1.

2. Jedem Teilhaber ist eine unmittelbare — auch durch den Widerspruch anderer Teilhaber nicht zu beseitigende — Befugnis zum **Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes** gegeben, vorbehaltlich anderweiter Regelung gemäß § 745. Das Gebrauchsrecht (Sonderrecht) findet seine Schranken nur in dem Mitgebrauche der übrigen Teilhaber, d. h. nicht in der bloßen Gebrauchsmöglichkeit, sondern in dem tatsächlich in Anspruch genommenen Mitgebrauche. Wie Abs 1, so betrifft auch Abs 2 das dem einzelnen Teilhaber zustehende Maß der Berechtigung; die Weise der Benutzung, die Benutzungsart, wird durch § 745 geregelt. SeuffA 57 Nr 34 (Verneinung der Befugnis, einen zugeschütteten Graben als Weg zu benutzen); OLG 34, 71 (Benutzung eines gemeinschaftlichen Grundstücks als Ablagerungsplatz). Innerhalb des in Ansehung der Benutzungsart feststehenden Nutzungskreises muß aber die Grundregel anerkannt werden, daß jeder Teilhaber zum beliebigen Gebrauche des gemeinschaftlichen Gegenstandes befugt ist. Von dieser Regel aus ist z. B. die Benutzung eines gemeinschaftlichen Ganges zwischen verschiedenen Häusern (eines selbständigen, nicht unter § 921 fallenden Grundstücks) zu beurteilen. Entscheidend ist das billige Ermessen (vgl. §§ 242, 226). Früher beobachtete Einschränkungen der Benutzung stehen der Befriedigung neuer Bedürfnisse, sofern diese innerhalb jenes Nutzungskreises auftreten, nicht entgegen (vgl. SeuffA 62 Nr 207). Werden die Interessen der Teilhaber nicht beeinträchtigt, so ist auch eine Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes — die keine „wesentliche" im Sinne des § 745 Abs 3 ist — nicht unzulässig, z. B. die Pflasterung eines gemeinsamen Durchganges. Wenn ein Teilhaber den Mitgebrauch eines anderen hindert oder beeinträchtigt, kann ein Anspruch auf Schadensersatz oder Unterlassung entstehen. Der Besitzschutz ist versagt worden (§ 866).

3. Das Gegenbild zu § 743 enthält § 748.

§ 744

[1]) **Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes steht den Teilhabern gemeinschaftlich zu[2]).**

Jeder Teilhaber ist berechtigt, die zur Erhaltung des Gegenstandes notwendigen Maßregeln ohne Zustimmung der anderen Teilhaber zu treffen[3]); er kann verlangen, daß diese ihre Einwilligung zu einer solchen Maßregel im voraus erteilen[4])[5]).

E I 765 Abs 1, 766 Satz 3 II 680; M 2 875; P 2 746 ff.

1. Die §§ 744—746 enthalten die gesetzliche **Verwaltungsordnung für gemeinschaftliche Gegenstände**. Die Verwaltung steht grundsätzlich den Teilhabern gemeinschaftlich zu (§ 744 Abs 1; vgl. § 709 Abs 1, für die Gemeinschaft fehlt aber die gesellschaftliche Verpflichtung zur gemeinsamen Zweckförderung, § 709 A 2). Die Teilhaber können durch einstimmigen Beschluß über Verwaltung und Benutzung eine Vereinbarung treffen (vgl. § 745 Abs 2); dabei werden öfter mit einem Teilhaber oder einem Dritten besondere Verträge (Auftrag, Dienstvertrag, Werkvertrag) geschlossen werden. Inwieweit Vertretungsmacht nach außen verliehen wird, muß nach den Umständen des einzelnen Falles beurteilt werden. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, so kann innerhalb gewisser Grenzen eine Beschlußfassung nach Stimmenmehrheit eintreten (§ 745 Abs 1, 3). Fehlt auch ein solcher Mehrheitsbeschluß — er ist bei nur zwei Teilhabern mit gleichen Anteilen von vornherein ausgeschlossen —, so gibt das Gesetz jedem Teilhaber gegen den oder die anderen einen Anspruch auf eine billigem Ermessen

entsprechende Regelung (§ 745 Abs 2, 3). In gewissem Umfange gewähren auch die Vorschriften der §§ 743 u. 744 Abs 2 Hilfe. Die letzte Hilfe liegt im § 749.

2. **Verwaltung** ist Geschäftsführung zu allgemeinem, gemeinschaftlichem Besten, im Gegensatze zum Gebrauch (§ 743 Abs 2) zu jedes eigenem Besten. Vermietung eines im Miteigentum mehrerer stehenden städtischen Miethauses s. **RG** 89, 177 (§ 743 A 1).

3. Abs 2 enthält (neben § 745) eine wichtige Ausnahme von der Regel des Abs 1. Das hier begründete Recht kann dem einzelnen Teilhaber nicht durch Mehrheitsbeschluß nach § 745 entzogen werden. Eine Verpflichtung des einzelnen Teilhabers gegenüber den anderen, erhaltende Maßregeln vorzunehmen, besteht (kraft der Gemeinschaft) nicht. Notwendige Auslagen müssen die anderen Teilhaber anteilsmäßig erstatten. — **„Erhaltung des Gegenstandes"** darf nicht zu enge aufgefaßt werden. Gemeint sind die für die Erhaltung des Gegenstandes oder seines Wertes tatsächlich notwendigen Verwaltungshandlungen. Zu ihnen gehört auch die Verwertung der dem Verderben ausgesetzten Sachen; der Teilhaber ist hier in Abweichung von der Regel des § 747 Satz 2 zu einer „Verfügung" berechtigt und besitzt insoweit auch gesetzliche Vertretungsmacht nach außen. Im übrigen denke man namentlich an dringende Ausbesserungen (vgl. auch §§ 547, 994, 2381), Beschaffung von Mitteln zur Abwendung der Zwangsversteigerung. Ist eine Hypothek den mehreren Eigentümern des belasteten Grundstücks als Eigentümergrundschuld angefallen, so können sie darüber nur gemeinschaftlich verfügen (§ 747), gemäß §§ 744 Abs 2, 1011 kann aber jeder Teilhaber für sich die Klage auf Löschungsbewilligung erheben (**RG** 60, 270). Überhaupt muß anerkannt werden, daß zum Zwecke der Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes der einzelne Teilhaber für sich als Prozeßpartei auftreten kann. Und der eine Teilhaber wird durch den Rücktritt des anderen Teilhabers vom Prozesse auch nicht der sachlichen Legitimation beraubt. **RG** 76, 299. Die Prozeßführung enthält übrigens für sich allein noch keine Verfügung — § 747 Satz 2 — (**RG** 77, 34). In einem gemeinschaftlich angestrengten Prozesse sind die Teilhaber notwendige Streitgenossen — erster Fall des § 62 ZPO (**RG** 60, 269).

4. Auf die bezeichnete Einwilligung (§ 183; ZPO § 894) gewährt das Gesetz einen **Klageanspruch**, der nach innen und außen namentlich bei beabsichtigten größeren oder in Ansehung ihrer Notwendigkeit streitigen Aufwendungen von erheblicher praktischer Bedeutung ist. Nach Lage der Sache kann auch der Anspruch auf Vorschuß begründet sein (§ 748 A 1). Der Widerspruch eines Teilhabers macht aber die Klage nicht notwendig.

5. Ergänzend kommen neben Abs 2 — der den Teilhaber auch dann schützt, wenn „der wirkliche oder der mutmaßliche Wille" eines anderen Teilhabers entgegensteht (§ 683) — die allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag zur Anwendung. Dadurch, daß ein Teilhaber in bezug auf den gemeinschaftlichen Gegenstand das Geschäft der anderen Teilhaber zugleich mit seinem eigenen Geschäft besorgt, wird diese Anwendung nicht ausgeschlossen (**RG** 63, 283).

§ 745

[1]) Durch Stimmenmehrheit kann eine der Beschaffenheit des gemeinschaftlichen Gegenstandes entsprechende ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung beschlossen werden. Die Stimmenmehrheit ist nach der Größe der Anteile zu berechnen[2]).

Jeder Teilhaber kann, sofern nicht die Verwaltung und Benutzung durch Vereinbarung oder durch Mehrheitsbeschluß geregelt ist, eine dem Interesse aller Teilhaber nach billigem Ermessen entsprechende Verwaltung und Benutzung verlangen[3]).

Eine wesentliche Veränderung des Gegenstandes kann nicht beschlossen oder verlangt werden[1]). Das Recht des einzelnen Teilhabers auf einen seinem Anteil entsprechenden Bruchteil der Nutzungen kann nicht ohne seine Zustimmung beeinträchtigt werden[4]).

E I 765 Abs 3, 772 Abs 1 II 681; M 2 876; P 2 743, 747.

1. § 745 Abs 1, 3 enthält für Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes den **Grundsatz der Mehrheitsbildung** in bestimmten Grenzen. Die Verwaltung erstreckt sich nicht auf die „Verfügung" (§ 747 A 1) über den gemeinschaftlichen Gegenstand; darüber kann also nicht durch Mehrheitsbeschluß entschieden werden (vgl. BayObLGZ 16, 74). Im übrigen können je nach der Gestaltung des Falles die verschiedensten Maßregeln in Betracht kommen, z. B. Verpachtung, eigene Bewirtschaftung, Überlassung der Verwaltung an einen Teilhaber, Einsetzung eines Dritten als Verwalter mit bestimmten Befugnissen, Ver-

änderung der Bewirtschaftungsart eines landwirtschaftlichen Grundstücks, ohne daß die wirtschaftliche Zweckbestimmung geändert wird (Abs 3; vgl. § 1037), auch der Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes (OLG 8, 82). Der Begriff der ordnungsmäßigen Verwaltung (Abs 1) deckt sich nicht mit dem Begriffe der Erhaltung und darf nicht zu eng gefaßt werden. Wesentliche Veränderung des Gegenstandes (Abs 3 Satz 1) ist z. B. der Umbau eines gemeinschaftlichen Fabrikgebäudes in ein Wohnhaus und umgekehrt, nicht schon der erweiternde Umbau des Daches (OLG 30, 184). Über die Bestellung eines Vertreters zur Verwaltung eines gemeinschaftlichen Grundstücks s. SeuffA 65 Nr 164. Vgl. § 743 A 2 a. E. — Es ist die Ansicht aufgestellt worden, § 745 regele nur das innere Verhältnis der Teilhaber, nach außen müßten alle Teilhaber handeln, auch die überstimmten; im Weigerungsfalle sei die Willenserklärung der sich Weigernden durch Urteil (§ 894 ZPO) zu ersetzen. Urkunden müßten von allen Teilhabern unterzeichnet werden (§ 126); SeuffA 63 Nr 89. Diese Auffassung kann insoweit nicht gebilligt werden, als im Einzelfalle auch die Ausübung der Vertretungsmacht nach außen, sowie die Verleihung dieser Vertretungsmacht an einzelne zur ordnungsmäßigen Verwaltung gehört. Insoweit wird die Minderheit nach außen kraft des gesetzmäßig gefaßten Beschlusses (Abs. 1, 3) durch die Mehrheit oder deren Bevollmächtigten mitvertreten (vgl. SeuffA 61 Nr 131; a. M. Planck A 3).

2. Es sind keine Vorschriften darüber gegeben, auf welche Weise der **Mehrheitsbeschluß** zustande zu bringen ist (anders § 32). Der schriftliche Weg ist daher nicht ausgeschlossen (vgl. auch § 491 HGB; **RG** 9, 140). Zu fordern ist aber, daß der Minderheit — von besonderer Vereinbarung abgesehen, vgl. § 709 A 3 — das Gehör nicht versagt wird. Mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit wird man anderseits wieder annehmen dürfen, daß durch die pflichtwidrige Gehörversagung der Mehrheitsbeschluß nicht ungültig und die Vertretungsmacht der Mehrheit nach außen (A 1) nicht beeinträchtigt wird. Die Gehörversagung kann jedoch schadensersatzpflichtig machen und einen „wichtigen Grund" im Sinne des § 749 Abs 2 entstehen lassen (SeuffA 61 Nr 131; OLG 20, 186). Bei zwei Teilhabern mit gleichen Anteilen ist ein Mehrheitsbeschluß nicht möglich. Liegt eine Vereinbarung nicht vor, so greift Abs 2 Platz (**RG** JW 06, 112[11]). Sind dagegen die Anteile verschieden groß, so verfügt ein Teilhaber von vornherein über die „Stimmenmehrheit" und die aus ihr hervorgehenden Befugnisse. Gegebenenfalls kann die Minderheit auf die Feststellung klagen, daß mangels der gesetzlichen Voraussetzungen (Abs 1, 3) der Mehrheitsbeschluß nicht rechtswirksam sei. Bloße Unzweckmäßigkeit der getroffenen Maßregel steht jedoch der Wirksamkeit nicht im Wege. Die Geltendmachung von Willensmängeln ist nicht ausgeschlossen. Die Beweislast trifft für die Voraussetzungen zu Abs 1 die Mehrheit, zu Abs 3 die Minderheit.

3. Wird der im Abs 2 geregelte **Anspruch im Prozesse** verfolgt, so muß der Antrag der Klage auf eine bestimmte Art der Verwaltung oder Benutzung gerichtet werden. Es genügt nicht, anstatt die begehrte Maßregel deutlich zu bezeichnen, im allgemeinen um eine angemessene richterliche Anordnung zu bitten (**RG** Gruch 49, 837). Die (Leistungs-) Klage ist gegen jeden widerstreitenden Teilhaber zu richten (vgl. auch **RG** 1, 319). Aufbewahrung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes durch einen Dritten s. **RG** JW 1912, 193[13]. Schranken für den in Abs 2 geregelten Anspruch s. Abs 3.

4. Der dem einzelnen Teilhaber zukommende **Bruchteil der Nutzungen** (§§ 100, 743) darf nicht entzogen werden. Auf welche Weise aber die Nutzung erfolgen soll, ob z. B. Selbstbewirtschaftung stattfinden soll oder nicht, unterliegt der zulässigen Beschlußfassung (Abs 1, 3 Satz 1). Die Nutzungsart darf also durch Mehrheitsbeschluß geändert werden, dies selbst dann, wenn dadurch die Höhe der Nutzungen gemindert wird.

§ 746

Haben die Teilhaber die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstandes geregelt[1]), so wirkt die getroffene Bestimmung auch für und gegen die Sondernachfolger[2])[3]).

E II 682; P 2 752—755.

1. Die **Regelung** kann einstimmig gemäß § 744 Abs 1, durch Mehrheitsbeschluß gemäß § 745 Abs 1, 3 oder auch durch rechtskräftiges Urteil (§ 745 Abs 2) getroffen sein.

2. **Sondernachfolger** ist auch der Gläubiger, welcher die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt hat (vgl. anderseits § 751 Satz 2). Die Wirkung gegen den Sondernachfolger tritt auch dann ein, wenn er die Regelung weder kannte noch kennen mußte (vgl. **RG** 78, 275). Daß sie gegen die Gesamtnachfolger wirkt, versteht sich von selbst.

3. Beim **Miteigentum an Grundstücken** wirkt die Bestimmung gegen die Sondernachfolger (im Miteigentum, **RG** 89, 179) eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist (§ 1010 Abs 1).

§ 747

Jeder Teilhaber kann über seinen Anteil verfügen[1]). Über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen[2]) können die Teilhaber nur gemeinschaftlich verfügen[3]).

E I 763 Satz 1, 2 II 683; M 2 874; P 2 745.

1. Im Gegensatze zum Gesamthänder (vgl. § 719 A 2) kann der Bruchteilsberechtigte — und gerade darin besteht das Wesen seiner Berechtigung — unmittelbar und ohne Rücksicht auf die Teilhaber **über seinen Anteil an dem gemeinschaftlichen Gegenstande frei verfügen** (RG 57, 435). Die Bruchteile sind feste Anteile ohne Abwachsung und Anwachsung (vgl. § 736 A 2, § 738 A 2). — Die Verfügung ist ein Rechtsgeschäft, das unmittelbar auf das bestehende Recht, hier das Bruchteilsrecht, einwirkt, es überträgt, verändert, beendigt: Veräußerung im ganzen, Teilveräußerung, Belastung, Abtretung, Aufrechnung, Erlaß, Stundung, Kündigung. Zu den Verfügungen gehört also einerseits die Verpfändung und Belastung mit einem Nießbrauch oder einer Reallast, anderseits nicht die Verpachtung oder Vermietung (RG 58, 37). Über den zulässigen Verzicht auf das Eigentum oder Miteigentum an einem Grundstück oder an einer beweglichen Sache vgl. §§ 928, 959; im übrigen vgl. § 748 A 1. Die Aufrechnung mit einer Bruchteilsforderung als solcher wird nach A 1 bei § 741 nicht in Frage kommen. Über die Wirkung einer rechtsgeschäftlichen Verfügungsbeschränkung s. § 137; vgl. §§ 749, 751, 1010, 1094 ff. Der eigenen Verfügung des Teilhabers steht die aus seinem Rechte abgeleitete, auf dem Wege der Zwangsvollstreckung erfolgende Verfügung gleich (§§ 857, 864 Abs 2, 866 ZPO; RG 59 S. 180, 186; s. auch RG 89, 176 und § 743 A 1). Der Anteil des Teilhabers gehört zu seiner Konkursmasse (§§ 1, 16, 51 KO). Übernimmt der Erwerber eines von mehreren Miteigentümern veräußerten Grundstücks durch Vertrag mit den Veräußerern deren Hypothekschuld, so kann jeder Veräußerer für sich allein und ohne Zuziehung der anderen die nach § 416 zur Befreiung von seiner Schuld führende Mitteilung von der Schuldübernahme an den Hypothekgläubiger machen (RG 25. 9. 12 V 153/12.).

2. Zur Verfügung (A 1) **über den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen** müssen sämtliche Teilhaber unmittelbar oder durch einen Bevollmächtigten zusammenwirken. Mehrheitsbeschlüsse (§ 745) geben dazu keine Befugnis. Ist die Willenserklärung eines von mehreren bei einer Hypothekbestellung mitwirkenden Miteigentümers nach §§ 104 Nr 2, 105 nichtig, so ist nach § 139 zu prüfen, ob die auf eine Hypothek am gemeinschaftlichen Grundstück gerichtete Verfügung nicht als Hypothekbestellung an dem Anteil der nicht von dem Nichtigkeitsgrund betroffenen Miteigentümer aufrecht erhalten werden kann (RG JW 1910, 473[12]). Über die Notveräußerung auf Grund des § 744 Abs 2 sowie auch über die Prozeßführung zum Zwecke der Erhaltung des gemeinschaftlichen Gegenstandes s. dort A 3. Zur Zwangsvollstreckung in den gemeinschaftlichen Gegenstand im ganzen ist ein Schuldtitel gegen alle Teilhaber erforderlich. (Für die Gemeinschaft zur gesamten Hand vgl. § 736 ZPO.) — In Ansehung der gerichtlichen Geltendmachung des ganzen Rechtes vgl. die Sonderbestimmungen der §§ 432 (unteilbare Leistung), 1011 (Miteigentum). Nach der letzteren Bestimmung kann der Miteigentümer einer Sache die Ansprüche aus dem Eigentum Dritten gegenüber in Ansehung der ganzen Sache geltend machen, den Anspruch auf Herausgabe jedoch nur gemäß § 432 (Herausgabe an alle Miteigentümer, Hinterlegung für alle oder, wenn die Sache sich nicht zur Hinterlegung eignet, Ablieferung an einen gerichtlich zu bestellenden Verwahrer). Im übrigen müssen die Teilhaber einer Gemeinschaft gegen Dritte gemeinschaftlich vorgehen. Das gilt auch von Anfechtung, Rücktritt, Kündigung (vgl. SeuffA 74 Nr 132), es sei denn, daß es sich hierbei um die vom § 745 geregelten Verwaltungsmaßnahmen handelt. Sein eigenes Anteilsrecht kann jeder Teilhaber selbständig gegenüber Dritten vertreten (vgl. § 1011 A 1, 2).

3. Den übrigen Teilhabern stehen in Ansehung des Anteils des Mitteilhabers keine Rechte zu, ihm keine Rechte in betreff der Anteile der übrigen. Diese können die unbefugte Verfügung über die ganze Sache durch einen einzelnen Miteigentümer verbieten; das gleiche Recht steht ihnen gegen solche Übergriffe eines Gläubigers des Miteigentümers zu. Im Falle des Miteigentums an einer beweglichen Sache kann der Gläubiger des Miteigentümers nicht durch einen Gerichtsvollzieher (§§ 808 ff. ZPO) die ganze Sache (RG 13, 180), er kann nur das Anteilsrecht des Schuldner-Miteigentümers an der Sache gemäß §§ 857, 828 ff. ZPO pfänden lassen (RG SeuffA 61 Nr 264). Einseitige Verfügungen von Teilhabern sind Verfügungen eines Nichtberechtigten (§ 185). In betreff der §§ 13, 14 des preuß. Fluchtliniengesetzes vom 2. 7. 75 ergibt sich aus § 747, daß einzelne Miteigentümer eines Grundstücks ohne Zuziehung der übrigen nicht befugt sind, die Enteignung des ganzen Grundstücks herbeizuführen; wohl aber darf jeder einzelne Miteigentümer ohne Zuziehung der übrigen die Herbeiführung der Enteignung seines eigenen Eigentumsbruchteils verlangen (RG 10. 5. 07 VII 340/06). — Über den Teilungsanspruch vgl. § 749 A 1.

§ 748

Jeder Teilhaber ist den anderen Teilhabern gegenüber verpflichtet, die Lasten des gemeinschaftlichen Gegenstandes sowie die Kosten der Erhaltung, der Verwaltung und einer gemeinschaftlichen Benutzung nach dem Verhältnisse seines Anteils zu tragen[1] [2].

E I 766 Satz 1, 2 II 684; M 2 877; P 2 748.

1. Die **Verpflichtung** entsteht den anderen Teilhabern gegenüber. Kein Teilhaber kann sich der bereits entstandenen Verpflichtung durch späteren Verzicht auf seinen Anteil entziehen (Prot 2, 749; vgl. § 747 A 1). Es handelt sich nicht um ein gegenseitiges Schuldverhältnis, so daß die §§ 323ff. keine Anwendung finden; besondere gegenseitige Verträge können selbstverständlich vorkommen (vgl. auch § 757). Die Verpflichtung, die Lasten und Kosten zu „tragen", schließt nach Lage des Einzelfalls die Pflicht in sich, die erforderlichen Beiträge im voraus zu entrichten. Nichterfüllung der Verpflichtung des § 748 kann Schadensersatzpflicht nach sich ziehen, im Falle des § 749 Abs 2 auch einen wichtigen Grund für das Verlangen einer (sonst ausgeschlossenen) Aufhebung der Gemeinschaft bilden. Aus § 748 folgt auch, daß ein Teilhaber, der Aufwendungen in bezug auf Lasten oder Kosten der hier bezeichneten Art gemacht hat, von den anderen Teilhabern anteilsmäßigen Ersatz verlangen kann. Auf die für ihn minder günstigen Grundsätze über Auftrag, Geschäftsführung oder Bereicherung braucht dabei nicht zurückgegriffen zu werden. — Wer nach außen dem Berechtigten gegenüber Lastenträger ist, hängt von der Natur der einzelnen Last ab. Wer nach außen für die Kosten haftet, bestimmt sich nach den Umständen (vgl. § 427 — Gesamtschuld —; Haftung nach den Bruchteilen, alleinige Haftung, §§ 755, 756). S. auch zur Vergleichung § 718 A 5.

2. § 743 betrifft die Nutzungen, § 748 die **Lasten** und Kosten. Die Lasten (§ 103) sind Leistungen, die aus dem Grundstücke zu entrichten sind und insoweit im Gegensatze zu den Nutzungen stehen, als der Nutzungswert des Grundstücks durch sie gemindert wird (RG 66, 318), z. B. Hypothekenzinsen, Renten, Steuern, Einquartierungslasten. Die **Kosten** müssen durch berechtigte, zugunsten der Gemeinschaft (nicht etwa eines Teilhabers persönlich) vorgenommene Maßregeln entstehen. Wegen der Erhaltung s. § 744 Abs 2, wegen der Verwaltung und Benutzung §§ 744 Abs 1, 745; § 743 kommt hier nicht in Frage.

§ 749

Jeder Teilhaber kann jederzeit die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen[1].

Wird das Recht, die Aufhebung zu verlangen, durch Vereinbarung[2] **für immer oder auf Zeit ausgeschlossen, so kann die Aufhebung gleichwohl verlangt werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt**[3]**. Unter der gleichen Voraussetzung kann, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt wird, die Aufhebung ohne Einhaltung der Frist verlangt werden**[4].

Eine Vereinbarung, durch welche das Recht, die Aufhebung zu verlangen, diesen Vorschriften zuwider ausgeschlossen oder beschränkt wird, ist nichtig[5] [6].

E I 767 II 685; M 2 879; P 2 750—756.

1. Im Gegensatze zur gesamthändigen Gemeinschaft (§ 719 Halbs 2) kann bei der Bruchteilsgemeinschaft grundsätzlich jederzeit die **Aufhebung der Gemeinschaft**, Teilung im Sinne der §§ 752ff., verlangt werden. Der Teilungsanspruch kehrt sich gegen die übrigen Teilhaber, gegebenenfalls nur gegen die Widerstreitenden (RG 1, 319; 12, 198). Seine Geltendmachung ist unabhängig von der Entschließung eines Mitteilhabers (RG 67, 398). Er ist der Verjährung nicht unterworfen (§ 758). Der Klageantrag ist der Sach- und Streitlage unter den Beteiligten anzupassen (vgl. auch § 752 A 3 a. E.); er kann insbesondere nur auf Zustimmung zur Teilung oder aber zu einer bestimmten Art der Teilungsdurchführung (§§ 752, 753) gerichtet sein. Der Kläger muß die Gesetzmäßigkeit der von ihm verlangten Maßnahme, z. B. die Voraussetzungen der Teilung in Natur (§ 752), nachweisen. Das Urteil ist nicht rechtsbegründend (keine adiudicatio), es spricht die Verpflichtung des Beklagten aus, die beantragte Zustimmung zu erklären (§ 894 ZPO). Wer Teilung begehrt, kann, falls die übrigen Teilhaber in Gemeinschaft bleiben wollen, nur Abteilung zwischen sich einerseits und den übrigen zusammen andererseits verlangen (OLG 12, 92); dabei sind aber die Vorschriften der §§ 752 Satz 2, 753 zu beachten. — Die Teilung kann sich nach Belieben der Teilhaber auf einzelne von mehreren gemeinsamen Gegenständen beschränken, z. B. auf die natürlichen Früchte eines Jahres (vgl.

§ 743 A 1). Das gilt aber nur, wenn alle Teilhaber über eine solche nur teilweise Aufhebung einig sind. Eine von einem Teilhaber einseitig begehrte teilweise Aufhebung der Gemeinschaft brauchen sich die anderen Teilhaber nicht gefallen zu lassen (RG 91, 416). Solange nicht alles geteilt ist, bleibt der Teilungsanspruch bestehen. — Ist ein Teilhaber nicht zugezogen worden, so ist die Teilung unwirksam (vgl. § 747 Satz 2); soweit gutgläubiger Rechtserwerb in Betracht kommt, kann nach allgemeinen Grundsätzen Ersatz gefordert werden. Der Antrag auf Aufhebung der Gemeinschaft durch Pfandverkauf oder Zwangsversteigerung (§ 753) ist keine „Verfügung" (§ 1375) über den Anteil des Mitteilhabers (RG 67, 398; vgl. § 747).

2. Der **Ausschluß des Aufhebungsrechts durch Vereinbarung** (ebenso die Bestimmung einer Kündigungsfrist, Satz 2) wirkt für und gegen den Sondernachfolger (§ 751). Die Vereinbarung kann auch stillschweigend geschehen (RG 67, 397/8). Sie kann sich auf alle gemeinschaftlichen Gegenstände oder auf einzelne erstrecken, kann alle Teilhaber oder nur einzelne binden. — Im Konkurs eines Teilhabers wirken Vereinbarungen des im § 749 Abs 2 bezeichneten Inhalts nicht gegen die Konkursmasse (KO § 16 Abs 2 Satz 1); ebenso nicht gleichartige Anordnungen, die ein Erblasser für die Gemeinschaft seiner Erben getroffen hat (KO § 16 Abs 2 Satz 2). Vgl. § 751 A 3. Ist das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, letztwillig nicht für die Erbengemeinschaft, sondern für einen einzelnen Nachlaßgegenstand ausgeschlossen worden (s. als Beispiel RG 52, 174), so ist § 16 Abs 2 Satz 2 KO nicht anzuwenden. Die letztwillige Anordnung wird aber der Vereinbarung gleichzuachten sein (a. M. Oertmann § 753 A 2); es gilt also § 16 Abs 2 Satz 1 KO (vgl. auch § 751 Satz 2: KO § 1), im übrigen § 749 Abs 2, 3 (vgl. § 2044 Abs 1 Satz 2). S. auch Goldmann-Lilienthal § 204 A 9.

3. Ein **wichtiger Grund** liegt vor, wenn nach den Umständen des Falles dem Teilhaber die Fortsetzung der Gemeinschaft nicht zugemutet werden kann. Vgl. für die Gesellschaft § 723. Zu beachten ist aber, daß die Rechtslage bei der Gesellschaft (einer vertragsmäßigen Vereinigung zur Förderung eines gemeinsamen Zweckes) und bei der Gemeinschaft keineswegs gleich ist. Der wichtige Grund kann namentlich aus einer wesentlichen Veränderung der Umstände hervorgehen (z. B. ein gemeinschaftlicher Weg wird seinem Zwecke durch Anlegung eines öffentlichen Weges entfremdet). Ein Verschulden der anderen Teilhaber wird nicht vorausgesetzt. Vgl. noch § 750 (Tod eines Teilhabers).

4. Eine dem § 723 Abs 2 entsprechende Vorschrift über **unzeitige Kündigung** besteht hier nicht. Ein wichtiger Grund für sofortige Kündigung kann aber nur anerkannt werden, wenn die Kündigung nicht nur überhaupt, sondern auch gerade für den Zeitpunkt, für welchen sie erfolgt, gerechtfertigt erscheint; andernfalls ist die Kündigung unwirksam (vgl. Prot 2, 754). Im Streitfalle Feststellungsklage, insbesondere des Kündigungsgegners.

5. **Nichtigkeit abweichender Vereinbarungen.** Nichtig sind Vereinbarungen, die das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, über die Grenzen des Abs 2 hinaus beschränken, so der Verzicht auf das Recht, die Aufhebung aus einem wichtigen Grunde zu verlangen, oder die Festsetzung einer Vertragsstrafe für den Fall der Geltendmachung dieses Rechtes, nicht z. B. eine vertragsmäßige Beschränkung dahin, daß zwei von mehreren Teilhabern der Aufhebung zustimmen müssen, vorausgesetzt nur, daß die Befugnis, aus wichtigem Grunde die Aufhebung zu verlangen, für alle Fälle unberührt bleibt (OLG 39, 207). — Soweit Vereinbarungen nur die Durchführung der Teilung regeln, werden sie vom Abs 3 nicht getroffen, es sei denn, daß dadurch die Rechte des Teilung Begehrenden bei der Teilung und so mittelbar sein Recht, Teilung zu verlangen, beeinträchtigt würde (vgl. § 723 A 7).

6. Zu vgl. sind noch §§ 920ff. (Grenzen), 1066 Abs 2 (Nießbrauch), 1258 Abs 2 (Pfandrecht), 2042—2045, 2047 Abs 2 (Miterben); EG Artt 119 Nr 2, 131, 182 (§ 741 A 1); HGB §§ 179, 419. — Ein Veräußerungsverbot (§§ 134—136) steht auch der Vollziehung der Teilung entgegen. Über das rechtsgeschäftliche Veräußerungsverbot s. § 137.

§ 750

Haben die Teilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, auf Zeit ausgeschlossen, so tritt die Vereinbarung im Zweifel mit dem Tode eines Teilhabers außer Kraft[1]).

E I 767 Abs 2 Satz 2 II 686; M 2 880; P 2 756.

1. Die Auslegungsregel ist aufgestellt worden, weil „erfahrungsmäßig bei solcher Veränderung der Umstände der Ausschluß der Teilung besonders drückend wirkt", das Außerkrafttreten der Vereinbarung daher regelmäßig der Parteiabsicht entsprechen wird (M 2, 880). Ist die Vereinbarung nicht in diesem Sinne zu verstehen, so kann dennoch unter Umständen der Tod des Teilhabers einen wichtigen Grund für das Verlangen einer Aufhebung der Gemeinschaft nach § 749 Abs 2 bilden. — Vgl. §§ 569, 727.

§ 751

Haben die Teilhaber das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer oder auf Zeit ausgeschlossen oder eine Kündigungsfrist bestimmt, so wirkt die Vereinbarung auch für und gegen die Sondernachfolger[1]). Hat ein Gläubiger die Pfändung des Anteils eines Teilhabers erwirkt, so kann er ohne Rücksicht auf die Vereinbarung die Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, sofern der Schuldtitel nicht bloß vorläufig vollstreckbar ist[2])[3]).

E II 687; P 2 752 ff.

1. Vgl. § 746. Die **Wirkung der Vereinbarung gegen Dritte** ist von praktischer — freilich durch §§ 749 Abs 2, 3, 751 Satz 2; KO § 16 Abs 2 abgeschwächter — Bedeutung bei gemeinschaftlichen Wegen, Brunnen, Hauszwischenräumen, Durchgängen, Durchfahrten (vgl. § 1009 A 2). Die Wirkung tritt auch dann ein, wenn der Sondernachfolger die Vereinbarung weder kannte noch kennen mußte (vgl. auch **RG** 78, 275). Die Wirkung gegen den Gesamtnachfolger ist selbstverständlich. Wegen des Miteigentums an Grundstücken s. §§ 1009, 1010 Abs 1. Der „Vereinbarung" steht eine die Teilhaber bindende letztwillige Verfügung gleich (vgl. § 749 A 2).

2. Satz 2 entspricht dem § 725. Augenfällig ist aber der Unterschied, daß im Gegensatze zu der Vorschrift des § 725 Abs 2 bei der Bruchteilsgemeinschaft der **Pfändungsgläubiger die Verwaltungs- und Benutzungsrechte des Teilhaber-**Schuldners (§§ 743—745, 748) **ausüben** kann (vgl. § 804 Abs 1 ZPO; §§ 1258 Abs 1, 1273 Abs 2). Über die Bewirkung der Zwangsvollstreckung s. § 857. Für die Zwangsvollstreckung in den Bruchteil eines Grundstücks gilt § 864 Abs 2 (§ 866) ZPO. Wegen des vertragsmäßigen oder gesetzlichen Pfandrechts an dem Bruchteil einer beweglichen Sache oder eines Rechtes vgl. §§ 1258, 1273 Abs 2. — Auch einzelne schuldrechtliche Ansprüche eines Teilhabers gegen die übrigen (vgl. §§ 743 Abs 1, 748) sind weder der Verpfändung noch der Pfändung entzogen. So kann auch allein der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft (ein in dem ganzen Anteilsrecht enthaltenes Teilrecht) gemäß § 857 ZPO gepfändet und zur Geltendmachung überwiesen werden. Für diesen Fall muß nach dem Zwecke des Gesetzes angenommen werden, daß dem Pfändungsgläubiger § 751 Satz 2 zur Seite steht (a. M. Drescher, Zwangsversteigerung, S. 14). S. auch § 1008 A 1 a. E. Über das Verhältnis zwischen früherem und späterem Pfandrechte vgl. auch § 717 A 1 g. E.

3. Über den **Konkurs** eines Teilhabers vgl. § 16 Abs 2 KO (§ 749 A 2). Ausschließung und Beschränkung des Rechtes, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, fallen gegenüber der Konkursmasse auch dann weg, wenn sie nach § 1010 in das Grundbuch eingetragen waren.

§ 752

[1]) Die Aufhebung der Gemeinschaft erfolgt durch Teilung in Natur, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand oder, falls mehrere Gegenstände gemeinschaftlich sind, diese sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile zerlegen lassen[2]). Die Verteilung gleicher Teile unter die Teilhaber geschieht durch das Los[3])[4]).

E I 769 Abs 1 II 688; M 2 881—885; P 2 757—759.

1. Die §§ 752—754 regeln die **Art der Teilung.** Über den Teilungsanspruch vgl. § 749 A 1. Das Gesetz enthält nachgiebiges Recht. Es greift nur ein, wenn die Teilhaber keine anderweite Verfügung treffen, zu der sie nach § 747 Satz 2 jederzeit befugt sind (vgl. **RG** 62, 60). Bevor zur wirklichen Teilung geschritten wird, schließen die Teilhaber oft einen die Durchführung der Teilung vorbereitenden Vertrag, durch den sie sich gegenseitig zu bestimmten Teilungshandlungen verpflichten. Dieser Vertrag fällt nicht unter § 746 oder § 751 Satz 1, wirkt also an sich nicht für oder gegen die Sondernachfolger. Befindet sich ein Grundstück in der Gemeinschaft, so gilt § 313. Die Vollziehung des Vertrags, die eigentliche Teilung, geschieht unter Beobachtung der für die jeweilige Rechtsübertragung vorgeschriebenen Formen (Übergabe, Auflassung, Abtretung wird regelmäßig schon in jenem Vertrage zu finden sein). Über Gewährleistung s. § 757. Für die Anfechtung von Teilungsverträgen und für Willensmängel gelten die allgemeinen Vorschriften. Der oft vorkommende Vertrag, in dem die Miteigentümer von Grundstücken durch Teilung in Natur die Gemeinschaft in der Weise aufheben, daß sie sich wechselseitig Miteigentumsbruchteile an bestimmten Teilstücken überlassen, also die Bruchteile austauschen, stellt sich seinem Wesen nach als eine einheitliche Zusammenfassung mehrerer sich gegenseitig bedingender Tauschgeschäfte über Eigentumsbruchteile dar (**RG** 12. 7.

04 VII 73/04). — Befindet sich ein Teilhaber im Konkurs, so geschieht die Teilung außerhalb des Konkursverfahrens (KO § 16 Abs 1).

2. Die **Teilung in Natur** hat zunächst zur Voraussetzung, daß sich gleichartige, den Anteilen der Teilhaber entsprechende Teile bilden lassen. Eine völlige Gleichartigkeit kann selbstverständlich nicht verlangt werden; es genügt Gleichartigkeit vom Standpunkte des Verkehrs aus. Die Teile müssen ferner den Anteilen entsprechen, es dürfen nicht ungleiche Teile durch Geldzulagen und Geldauflagen, mögen diese auch gering sein, ausgeglichen werden (Prot 2, 757). Weitere Voraussetzung der Teilung in Natur ist, daß keine Wertminderung eintritt: die Wertsumme der einzelnen Teile muß den Wert des Ganzen übersteigen oder doch erreichen. Die einzelnen Teile sind für sich (ohne Berücksichtigung etwaiger Vereinigungen der künftigen Alleineigentümer der Teile) zu bewerten, die Teilwerte zusammenzuziehen und in Vergleich zum Werte des ungeteilten Ganzen zu setzen (**RG** Warn 1910 Nr 113). Hiernach ist die Teilung in Natur bei Geld immer, meistens auch bei Wertpapieren möglich, wenn nämlich den Teilhabern ganze Stücke zugeteilt werden können (**RG** 91, 416), mögen die einzelnen Stücke auch einen verschiedenen Nennwert haben (500 + 500 = 1000); Prot 2, 759. Über Teilung von Kuxen s. **RG** 91, 416. Bei Bauplätzen kommt es namentlich darauf an, ob die Teile die gewöhnliche Bebauung ermöglichen. Die natürliche Teilung einer Baufläche kann unter besonderen Umständen deren Wert auch dadurch vermindern, daß nur die ganze, nicht aber ein Teil der Fläche für ein größeres Unternehmen Raum bietet (**RG** Gruch 54, 632). Mit Gebäuden besetzte Grundstücke werden regelmäßig nicht in Natur zu teilen sein (kein Stockwerkseigentum; Art 182 EG). Bei landwirtschaftlichen Grundstücken verschiedener Größe, Lage, Betriebsart wird alles auf die Verhältnisse des Einzelfalls ankommen (vgl. auch OLG 12, 92); ein Landgut mit den Wirtschaftsgebäuden erscheint nicht in Natur teilbar. Ebenso verhält es sich mit einer Fährgerechtigkeit (**RG** JW 1910, 616[7]). Bei einem Hypothekenbriefe vollzieht sich die natürliche Teilung durch Herstellung und Aushändigung eines Teilhypothekenbriefs (§ 1152; **RG** 59, 318; 69, 42). In **RG** 65, 7 wird dargelegt: Darlehnshypotheken lassen sich ohne Verminderung des Wertes in gleichartige, den Anteilen der Teilhaber (Miterben; vgl. § 2042 Abs 2) entsprechende Teile zerlegen. Jeder Miterbe kann den seinem Erbanteil entsprechenden Teilbetrag der Nachlaßforderung — zu gleichem Range mit den Teilbeträgen der übrigen Erben — überwiesen erhalten. Geht die Forderung gegen einen Miterben und ist dieser zahlungsunfähig, so kann der Schuldner-Miterbe seinen Erbanteil durch anteilige Anrechnung seiner Schuld auf den Erbteil empfangen, während die übrigen Miterben wegen der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners keine Befriedigung erlangen. Dadurch tritt aber keine Ungleichheit unter den Teilhabern ein. Ein Schuldner-Miterbe, welcher sich eine wertlose Forderung (an sich selbst) auf seinen Erbteil anrechnen lassen muß, wird nicht besser und nicht schlechter gestellt als ein Miterbe, welcher mit der ihm überwiesenen Anteilforderung ausfällt. Unteilbarkeit eines Sparkasseguthabens bei Erbengemeinschaft SeuffA 64 Nr 10, Teilbarkeit einer Kaufgeldhypothek s. **RG** SeuffA 74 Nr 173.

3. Handelt es sich nicht um **gleiche Teile**, sondern um verschiedenen Bruchteilen entsprechende, verschieden große Teile, so ergibt sich die Verteilung von selbst. Sind auch nur zwei Teile gleich, so muß über diese **gelost** werden, z. B. bei Bruchteilen von 1/4, 1/4, 1/2 unter den Viertelteilhabern über die zwei kleinen Teile. An die Verlosung schließt sich bei Grundstücken die Auflassung (vgl. A 1 a. E.). Sollte sich ein Teilhaber weigern, die Verlosung mit vorzunehmen, so kann darauf geklagt werden (§ 749 A 1). Die Vollstreckung des Urteils erfolgt gemäß § 887 ZPO.

4. Vgl. noch § 749 A 6 und über beschränkte Teilungen § 749 A 1.

§ 753

[1]) Ist die Teilung in Natur ausgeschlossen, so erfolgt die Aufhebung der Gemeinschaft durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes nach den Vorschriften über den Pfandverkauf, bei Grundstücken durch Zwangsversteigerung, und durch Teilung des Erlöses[2]). Ist die Veräußerung an einen Dritten unstatthaft, so ist der Gegenstand unter den Teilhabern zu versteigern[3]).

Hat der Versuch, den Gegenstand zu verkaufen, keinen Erfolg, so kann jeder Teilhaber die Wiederholung verlangen; er hat jedoch die Kosten zu tragen, wenn der wiederholte Versuch mißlingt[4]) [5]).

E I 769, 772 II 689; M 2 885; P 2 759, 767.

1. **Teilung durch Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes.** Über den Teilungsanspruch vgl. § 749 A 1. Sind die Voraussetzungen für die Teilung in Natur (§ 752) nicht ge-

geben, so kommen die Vorschriften der §§ 1233ff., 1277ff., bei Grundstücken die §§ 180—184 ZVG zur Anwendung. § 753 enthält jedoch nachgiebiges Recht; von den Teilhabern kann auch die Anwendung einzelner Vorschriften über den Pfandverkauf ausgeschlossen oder geändert werden. — Die Teilung des Erlöses geschieht nach § 752.

2. Für die **Zwangsversteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Gemeinschaft** ist ein vollstreckbarer Titel nicht erforderlich. Der Antragsteller muß aber als Eigentümer im Grundbuch eingetragen sein (ZVG § 181; vgl. § 742 A 1). Den Grundstücken stehen die Berechtigungen, für welche die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften gelten, und die im Schiffsregister eingetragenen Schiffe gleich (§ 864 ZPO). Der Antrag auf Zwangsversteigerung ist keine „Verfügung" über den Anteil des anderen Miteigentümers, steht also dem Manne bei bestehender Verwaltungsgemeinschaft in Ansehung des mit der Frau gemeinschaftlichen Grundstücks (§ 1375) zu; die Frau ist selbständig zur Wahrnehmung ihrer Rechte im Zwangsversteigerungsverfahren befugt (§ 1407 Nr 2; **RG** 67, 396). Die auf Grund eines noch nicht fälligen Anspruchs auf Teilung eingeleitete Zwangsversteigerung kann nach dem Eintritte der Fälligkeit (z. B. nach Ablauf der für den Teilungsausschluß vereinbarten Frist) fortgesetzt werden; das Verfahren braucht nicht von neuem begonnen zu werden (**RG** 47, 363). — Die Teilung des Erlöses unter die Teilhaber geschieht nicht innerhalb, sondern außerhalb des Versteigerungsverfahrens, so z. B. bei der Versteigerung eines Nachlaßgrundstücks teilungshalber im Erbauseinandersetzungsverfahren. Das Versteigerungsverfahren beschränkt sich in diesem Falle bei der Kaufgeldverteilung auf die Ermittlung des für die Erbengemeinschaft bleibenden Erlösüberschusses (**RG** JW 1919, 42[9]).

3. Daß die **Veräußerung an einen Dritten unstatthaft** ist, kann auf den verschiedensten Gründen beruhen, z. B. auf Vereinbarung der Teilhaber (§ 749 Abs 2, § 751) oder auf letztwilliger Anordnung (**RG** 52, 174). Ist wenigstens die Ausübung eines Rechtes übertragbar (§ 1059), so kann der Verkauf stattfinden. Über ein Zeitungsunternehmen vgl. § 741 A 1. Hat der Erblasser bestimmt, daß ein mehreren Personen nach Bruchteilen zugewendetes Landgut dem Meistbietenden unter den Teilhabern zugeschlagen werden soll — womit sowohl die Teilung des Gutes in Natur (§ 752) wie die Übertragung an einen Fremden ausgeschlossen ist — so hat die Aufhebung der Gemeinschaft durch Zwangsversteigerung unter den Teilhabern zu erfolgen. Der Eigentumserwerb wird durch den Zuschlag (ZVG §§ 90, 180) bewirkt. Wurde von den Teilhabern der Meistbietende sonst, z. B. auf dem Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG §§ 86ff.), ermittelt und diesem das Grundstück durch vertragsmäßige Vereinbarung überwiesen, so bedarf es der Auflassung (**RG** 52, 174).

4. **Wiederholung des Verkaufsversuchs und Kostentragung.** Von der Regel, daß die Teilungskosten von den Teilhabern gemeinschaftlich zu tragen sind (nach dem Verhältnisse ihrer Anteile, vgl. auch § 748), macht Abs 2 eine Ausnahme. Der Ausdruck „verkaufen" umfaßt auch die Zwangsversteigerung. Vorhergegangene außerhalb des § 753 liegende Verwertungsversuche rechtfertigen die Anwendung des Abs 2 mit der Kostenfolge nicht. Dies gilt insbesondere von einem Verkaufsversuche unter Beobachtung der Vereinbarung, daß unter einem bestimmten Preise der Zuschlag nicht erfolgen solle. Abs 2 kommt auch dann nicht zur Anwendung, so daß §§ 749 Abs 1, 753 Abs 1 ohne Einschränkung wirksam bleiben, wenn der Verkauf aus einem anderen Grunde als wegen Mangels eines Gebots erfolglos war. Ist der Verkauf nicht ausführbar, so kommen weitere Verwaltungsmaßregeln in Betracht (§§ 744, 745).

5. Vgl. noch § 749 A 6.

§ 754

Der Verkauf einer gemeinschaftlichen Forderung[1]) ist nur zulässig, wenn sie noch nicht eingezogen werden kann. Ist die Einziehung möglich, so kann jeder Teilhaber gemeinschaftliche Einziehung verlangen[2]).

E I 769 Abs 3 II 690; M 2 685; P 2 759.

1. § 754, dessen Vorschriften indessen eine Vereinbarung unter den Gemeinschaftern vorgeht, schränkt die dem Pfandgläubiger zu Gebote stehenden und nach § 753 für die Teilung gewährten Verwertungsmöglichkeiten (vgl. z. B. § 1295) in Ansehung **gemeinschaftlicher Forderungen** ein. Bei diesen geht die Teilung in Natur (vgl. § 752 A 2 g. E.) der Einziehung und dem Verkaufe, die Einziehung dann wieder nach § 754 dem Verkaufe vor (**RG** 65, 7). Die Vorschriften des § 754 haben vor allem Bedeutung für die Gesamthandgemeinschaft (§ 731 Satz 2, § 719 A 2, §§ 1477 Abs 1, 2042 Abs 2), finden aber auch Anwendung im Falle des § 432 (vgl. § 741 A 1 g. E.). Man denke auch an den eigenartigen Fall, daß in einem Wechsel mehrere Personen als Remittenten bezeichnet sind.

2. Aus der Verpflichtung zu **gemeinschaftlicher Einziehung** ergibt sich die Pflicht der anteilmäßigen Kostentragung (vgl. §§ 753 A 4, 748 A 1). Das durch die Einziehung Erlangte, Geld oder andere Gegenstände, unterliegt der Teilung gemäß §§ 752, 753.

§ 755

Haften die Teilhaber als Gesamtschuldner für eine Verbindlichkeit, die sie in Gemäßheit des § 748 nach dem Verhältnis ihrer Anteile zu erfüllen haben oder die sie zum Zwecke der Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit eingegangen sind, so kann jeder Teilhaber bei der Aufhebung der Gemeinschaft verlangen, daß die Schuld aus dem gemeinschaftlichen Gegenstande berichtigt wird[1]).

Der Anspruch kann auch gegen die Sondernachfolger geltend gemacht werden[2]).

Soweit zur Berichtigung der Schuld der Verkauf des gemeinschaftlichen Gegenstandes erforderlich ist, hat der Verkauf nach § 753 zu erfolgen[3])[4]).

E II 691; P 2 759—762, 764 ff.

1. Die §§ 755, 756 ordnen — unter den Teilhabern, nicht nach außen — die **Berichtigung von Gemeinschaftsschulden bei der Teilung,** aber nur in beschränktem Umfange, wogegen bei der Gesellschaft eine vollständige Auseinandersetzung (vgl. §§ 733, 738) stattfindet. In Ansehung der Lasten und Kosten des gemeinschaftlichen Gegenstandes (§ 748) kann die Haftung der Teilhaber nach außen verschieden sein: a) Haftung jedes Teilhabers nach dem Verhältnisse seines Anteils (dann deckt sich die Haftung nach innen mit der Haftung nach außen); b) Verpflichtung eines einzelnen Teilhabers allein (vgl. § 756 A 1); c) Haftung aller Teilhaber als Gesamtschuldner (vgl. namentlich § 427). In betreff der Gesamtschulden verleiht § 755 Abs 1 jedem Gesamtschuldner-Teilhaber den dort näher bezeichneten Anspruch, der erstreckt wird auf gesamtschuldnerische Verbindlichkeiten, die zum Zwecke der Erfüllung einer gemäß § 748 die Teilhaber anteilsmäßig verpflichtenden Verbindlichkeit eingegangen sind, z. B. auf ein zur Bestreitung entstandener Verwaltungskosten gemeinschaftlich aufgenommenes Darlehn. Einerlei ist es, ob das Gesamtschuldverhältnis ursprünglich vorhanden war oder etwa später durch Schuldübernahme entstand. Das Gesetz muß auch dann Anwendung finden, wenn nicht alle, sondern nur einzelne Teilhaber als Gesamtschuldner oder auch nur als Bürgen haften (Planck A 2b). Von „noch nicht fälligen" oder „streitigen" Schulden (vgl. § 738 A 4) ist hier nicht die Rede. Eine entsprechende Anwendung von § 733 Abs 1 Satz 2 (vgl. § 738 Abs 1 Satz 3), § 755 Abs 3 — die meistens vertreten wird — ist nicht ohne Bedenken. Es wird aber jeder Teilhaber in Ansehung des Teiles der Gesamtschuld, welcher die Anteilspflicht (§ 748) überschreitet, auf Grund des § 257 von den übrigen Teilhabern verlangen können, daß er entweder von diesem Teile der noch nicht fälligen Schuld befreit wird oder daß ihm insoweit Sicherheit geleistet wird. Dieser Anspruch, von den Teilhabern gegenseitig ausgeübt, führt entweder zu einer gegenseitigen Teilbefreiung oder zu einer Sicherheitsleistung in Höhe der Gesamtschuld (§§ 232 ff.).

2. **Sondernachfolger,** dazu § 746 A 2, 3, § 751 A 1, und für das Miteigentum an Grundstücken § 1010 Abs 2.

3. Nur **soweit erforderlich, erfolgt Verkauf** nach § 753; im übrigen Teilung in Natur, wenn die Voraussetzungen des § 752 vorliegen. Soweit der gemeinschaftliche Gegenstand zur Deckung der Gesamtschulden nicht hinreichen sollte, verbleibt es bei der persönlichen Forderung gegen die Teilhaber (hier nicht gegen die Sondernachfolger) gemäß §§ 748, 257. — Aus Abs 3 ist nicht zu folgern, daß, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand, aus dem die Schuld berichtigt werden soll, z. B. eine Hypothekforderung, in Natur teilbar ist (§ 752 A 2), Berichtigung durch Zuweisung eines Naturalteils verlangt werden kann. Die Vorschrift ist vielmehr dahin zu verstehen, daß zur Beschaffung der zur Befriedigung des Gläubigers nötigen Barmittel der dazu erforderliche Teil des gemeinschaftlichen Gegenstandes verkauft und nur der Rest (gegebenenfalls) in Natur geteilt werden solle, und die Fassung der Vorschrift („Soweit . . . erforderlich") erklärt sich dadurch, daß man von der Notwendigkeit eines teilweisen Verkaufs als Regel ausging und nur eine besondere Bestimmung darüber für angezeigt hielt, daß dieser Verkauf nur so weit zu erstrecken sei, bis ein zur Tilgung der Forderung ausreichender Erlös erzielt werde (**RG** SeuffA 74 Nr 173).

4. Über das Recht des Teilhabers auf abgesonderte Befriedigung im **Konkurse** des anderen Teilhabers bei der Teilung oder sonstigen Auseinandersetzung s. § 51 KO. Ein anderer Gläubiger hat ein solches Recht nicht (vgl. § 728 A 1). Im Sinne des § 51 KO hat auch der Verkauf des Miteigentumsanteils durch den Konkursverwalter als sonstige „Auseinandersetzung" zu gelten (**RG** 67, 156).

§ 756

Hat ein Teilhaber gegen einen anderen Teilhaber eine Forderung, die sich auf die Gemeinschaft gründet, so kann er bei der Aufhebung der Gemein-

schaft die Berichtigung seiner Forderung aus dem auf den Schuldner entfallenden Teile des gemeinschaftlichen Gegenstandes verlangen[1]**. Die Vorschriften des § 755 Abs 2, 3 finden Anwendung**[2]**.**

E I 770 II 692; M 2 885—887; P 2 759—766.

1. **Berichtigung von Gemeinschaftsforderungen.** § 756 gewährt ein beschränktes Vorrecht vor den übrigen Gläubigern des Schuldner-Teilhabers, das auch im Konkurse wirksam ist (§ 51 KO). Dem Teilhaber steht nach Satz 1 das Recht auf Befriedigung aus dem Teile des anderen Teilhabers zu. Über die Art, wie diese Befriedigung zu geschehen hat, ist aber damit nichts bestimmt. Insbesondere ist aus Satz 1 nicht ein Anspruch auf Zuweisung eines Naturalteils abzuleiten, wenn der gemeinschaftliche Gegenstand in Natur teilbar ist. Ein solcher Anspruch folgt auch nicht aus Satz 2 in Verbindung mit § 755 Abs 3 (RG SeuffA 74 Nr 173 und § 753 A 3). Wegen des Miteigentums an Grundstücken s. § 1010 Abs 2. — Eine **Gemeinschaftsforderung** kann namentlich herrühren aus der Bestreitung von Lasten und Kosten (§ 748), aber auch aus den sonstigen schuldrechtlichen Beziehungen, die in der bestehenden Gemeinschaft eine Grundlage haben. Eine Forderung gründet sich aber nur dann auf die Gemeinschaft, wenn zu den für ihre Entstehung in der Person des Gläubigers wesentlichen Umständen die Gemeinschaft mit dem Schuldner gehört, die Forderung also dem einen Teilhaber vermöge seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft gegen den anderen zusteht. Forderungen, die einem Teilhaber unabhängig von der Gemeinschaft zustehen, gehören nicht hierher (RG 78, 273); so auch nicht der Schadensersatzanspruch eines Teilhabers gegen den anderen wegen Betrugs beim Abschlusse des Kaufvertrags, der zur Entstehung der Gemeinschaft führte (RG 22. 9. 14 II 272/14). Dagegen braucht die Gemeinschaft nicht die alleinige und ausschließliche Grundlage der Forderung zu bilden. Dies ist namentlich wichtig für die Erbengemeinschaft, auf deren Auseinandersetzung gemäß § 2042 Abs 2 die Vorschriften des § 749 Abs 2, 3 und der §§ 750—758 Anwendung finden. Auf die Erbengemeinschaft gründen sich danach auch solche Forderungen, die ihren Entstehungsgrund zwar nicht in der Gemeinschaft selbst, sondern in einem schon bei Lebzeiten des Erblassers zwischen ihm und dem Miterben errichteten Schuldverhältnisse haben, dann aber infolge des Erbgangs gemeinschaftliche Forderungen der Erben geworden sind. Ohne das Bindeglied der Gemeinschaft würden solche Forderungen den Gemeinschaftern (Miterben) nicht zustehen (RG 78, 273; s. auch SeuffA 64 Nr 10; a. M. Planck § 2042 A 4g). — Die im Eingange des § 755 gesteckten Grenzen gelten hier nicht. Auch braucht die Forderung nicht unmittelbar auf Geld gerichtet zu sein. Verstellte z. B. der Miteigentümer seinen Anteil im Interesse eines Teilhabers für dessen alleinige persönliche Schuld mit zur Hypothek, so entspringt daraus für jenen Miteigentümer gegen den Teilhaber der Gemeinschaftsanspruch, daß dieser ihn bei der Aufhebung der Gemeinschaft so behandle, als wenn nur sein Bruchteil des Grundstücks verpfändet gewesen sei (RG 10. 10. 06 I 136/06). § 756 bezieht sich aber nicht auf Forderungen, die — abgesehen von den hierher gehörigen Teilungskosten — durch Vereinbarung der Teilhaber zum Zwecke der Auseinandersetzung der Gemeinschaft hervorgerufen sind, und die allerdings mit der Gemeinschaft zusammenhängen, aber ihren selbständigen Rechtsgrund in besonderen, für die Zukunft berechneten Abmachungen des Teilungsvertrags haben. Für derartige neue Forderungen muß sich der Teilhaber bei dem Vertragsschlusse besonders sichern (OLG 1, 251). Wegen „noch nicht fälliger" Ersatzforderungen vgl. § 257 (§ 755 A 1 a. E.).

2. Zu Satz 2 vgl. § 755 A 2, 3. Was die Vorschrift des **§ 755 Abs 3** anlangt, so „genügt es (hier), soweit zu verkaufen, daß der ganze Erlös zur Berichtigung der Schuld hinreicht, und den verkauften Teil bei der Teilung in Natur dem Schuldner auf seinen Teil anzurechnen. Wenn z. B. einer von drei Teilhabern einen Betrag schuldig ist, der einem Drittel des Wertes seines Anteils, einem Neuntel des Wertes der gemeinschaftlichen Sache gleichkommt, so ist nicht der dritte, sondern nur der neunte Teil der Sache zu verkaufen" (Prot 2, 761). Aus dem Erlöse ist die Schuld des einen Teilhabers an den anderen zu bezahlen; bei der Teilung in Natur erhält dann der Schuldner statt $1/3$ nur $2/9$ der gemeinschaftlichen Sache.

§ 757

Wird bei der Aufhebung der Gemeinschaft ein gemeinschaftlicher Gegenstand einem der Teilhaber zugeteilt, so hat wegen eines Mangels im Rechte oder wegen eines Mangels der Sache jeder der übrigen Teilhaber zu seinem Anteil in gleicher Weise wie ein Verkäufer Gewähr zu leisten[1]**.**

E I 771 II 693; M 2 887; P 2 767.

1. Die hier angeordnete **Gewährleistung** (vgl. §§ 365, 515, 2042 Abs 2) kommt nur zur Anwendung **bei der Aufhebung der Gemeinschaft,** nicht etwa dann, wenn ein Teilhaber

seinen Anteil an einen anderen (z. B. schenkungsweise) veräußert; ein solches Geschäft wäre nach eigener Regel zu beurteilen. Die Zuteilung umfaßt aber nicht nur den Fall des § 752, sondern auch den Erwerb auf dem Wege des § 753. Mit der gemeinen Meinung ist anzunehmen, daß für die — ausgleichende — Gewährleistung kein Raum ist, wenn alle zugewiesenen Teile in gleicher Art mangelhaft sind. — Über die Gewährleistung s. §§ 434 ff., 459 ff.

§ 758

Der Anspruch auf Aufhebung der Gemeinschaft unterliegt nicht der Verjährung[1]).

E I 768 II 694; M 2 881; P 2 756.

1. Der bezeichnete Anspruch (§ 749 A 1) umfaßt auch den Anspruch auf Teilung der Früchte (§ 743 A 1). Ansprüche, die zwar aus der Gemeinschaft hervorgehen, aber ihre Aufhebung nicht zum Gegenstande haben (vgl. z. B. § 748), unterliegen der gewöhnlichen Verjährung (§§ 194 ff.).

Sechzehnter Titel

Leibrente

§ 759

[1]) Wer zur Gewährung einer Leibrente verpflichtet ist[2]), hat die Rente im Zweifel für die Lebensdauer des Gläubigers zu entrichten[3]).

Der für die Rente bestimmte Betrag ist im Zweifel der Jahresbetrag der Rente[4]) [5]).

E I 660, 662, 663 II 701, 703; M 2 635 ff.; P 2 486 ff.

1. Der Begriff der **Leibrente** wird im BGB nicht näher bestimmt, vielmehr als bekannt vorausgesetzt. Wie das **RG** in dem Urt v. 12. 12. 07 (**RG** 67, 204 ff.) eingehend dargelegt und seitdem in ständiger Rechtsprechung (**RG** 68, 340; 80, 208; 89, 259; 91, 6; **RG** SeuffA 75 Nr 73) festgehalten hat, ist unter Leibrente ein einheitliches nutzbares Recht zu verstehen, das dem Berechtigten für die Lebenszeit eines Menschen eingeräumt ist, und dessen Erträge aus in gleichmäßigen Zeitabschnitten wiederkehrenden gleichmäßigen Leistungen in Geld oder vertretbaren Sachen bestehen. Die Leistungen, die in der Regel (**RG** 63, 323; **RG** JW 07, 332[8], nicht notwendig **RG** 67, 208) auf eine längere Zeitdauer gewährt werden, müssen in Geld oder anderen vertretbaren Sachen, wie insbesondere Lebensmitteln, bestehen. Nicht in den Begriff der Rente fällt nach herkömmlicher Rechtsauffassung die Gewährung anderer schuldrechtlicher Leistungen, namentlich von Diensten, die freilich nicht selten als Nebenleistungen vorkommen (a. M. Eccius in Gruch 45, 16; Staudinger Vorbem 1 vor § 759; SeuffA 67 Nr 34). Die Vorschriften über die Leibrente sind bei der Eigenart dieses Schuldverhältnisses hier auch nicht entsprechend anzuwenden. Zu dem Erfordernisse inhaltlich gleichmäßiger, in gleichmäßigen Zeitabschnitten wiederkehrender Leistungen, muß ferner, wie die eingangs gegebene Begriffsbestimmung ergibt, ein Doppeltes hinzukommen: a) Die Leibrente (lip oder lif = Leben) muß auf die Lebenszeit eines Menschen gestellt sein (**RG** 67, 208 ff. und A 3). b) Die Leibrente besteht nicht aus einer Mehrzahl einzelner, selbständiger (aufschiebend bedingter) Ansprüche mit fortschreitend aufeinander folgenden Fälligkeitsterminen, sondern sie ist ein in sich geschlossenes einheitliches Recht, dem die Eigenschaft der Nutzbarkeit im Sinne der §§ 99 Abs 2, 100 beiwohnt (**RG** 67, 210 ff.; vgl. auch § 1073 im Gegensatze zu § 1074, ferner ZPO § 832). Dieses Stammrecht bringt den jedesmaligen Anspruch des Leibrentenempfängers auf Einzelgefälle allein durch sein Bestehen hervor (vgl. dazu §§ 1383, 1519, 1652). „Die Renten sind nicht Einzelschulden, sondern Ausläufer eines rentenerzeugenden Gesamtverhältnisses, welches als eine nicht künftige, sondern sofort bestehende juristische Einheit zu betrachten ist" (Kohler). Der Anspruch auf die einzelne Rente erlischt nur, wenn das Leibrentenstammrecht entweder nach Maßgabe des Vertrags zu bestehen aufhört oder wenn es nach §§ 812 ff. zurückgefordert wird. Für die aus dem Stammrechte sich auslösenden Einzelansprüche können besondere Gegenleistungen nicht ausbedungen werden und — im Unterschiede vom Leibrentenstammrechte selbst (A 3) — können sie nicht von besonderen Bedingungen abhängig gemacht werden; so insbesondere nicht davon, daß sich jedesmal in der Person des Rentengebers oder des Rentenempfängers gewisse wirtschaftliche Voraussetzungen — wie die Leistungsfähigkeit des einen oder die Bedürftigkeit des anderen — erfüllen (**RG** 67, 211). Unterhaltsverträge, bei denen die Leistungen nicht durch die Vereinbarungen selbst ein für allemal fest bestimmt sind, sondern von der Bedürftigkeit des Rentenberechtigten

abhängen sollen, fallen daher, auch wenn sie auf die Lebensdauer des Berechtigten sich erstrecken, nicht unter den Begriff des Leibrentenversprechens (RG Warn 1914 Nr 243; s. auch OLG 39, 4). Ebenso liegt kein Leibrentenverhältnis vor, wenn nicht der Fortbestand des Rentenrechts in seiner Gesamtheit, sondern die Entrichtung der einzelnen Rentenleistungen davon abhängen soll, daß der Berechtigte eine gewisse Stellung, z. B. bei einer Bank, in der betreffenden Zeit inne hat (RG 91, 6). Der Leibrentenschuldner will sich mit einer einheitlichen Kapitalschuld belasten, die sich nach und nach in gleichmäßige, terminlich wiederkehrende Einzelleistungen auflösen soll. — Da es sich bei den Einzelansprüchen nicht um aufschiebend bedingte Forderungen handelt, ergibt sich die Anwendbarkeit der §§ 258, 259 ZPO (vgl. §§ 323, 324, 708 Nr 6). Daraus, daß die Leibrente ein einheitliches, nutzbares Recht ist, folgt, daß im Konkurse eine vor der Konkurseröffnung begründete Leibrente in ihrem kapitalisierten Betrage wie ein einheitliches betagtes, auf die fortlaufenden Raten gerichtetes Forderungsrecht oder als ein auflösend bedingtes Forderungsrecht gegen eine vom Konkursverwalter geltend gemachte Forderung aufgerechnet werden kann (vgl. §§ 54, 65 Abs 1, 66, 69, 70 KO; RG 68, 340). Im übrigen s. §§ 1, 3, 134 Nr 1, 135ff. KO. Die ganze Rente wird als eine Einheit angemeldet. Aus der bezeichneten Natur des Leibrentenrechts ergibt sich ferner in betreff der Beweislast, daß der Leibrentengläubiger nur die Entstehung des Stammrechts zu beweisen hat, wogegen dem Rentenschuldner der Nachweis des Erlöschungsgrundes, insbesondere des Todes der Person, auf deren Leben die Rente gestellt ist, zufällt (bestr.).

2. Der **Leibrentenvertrag** ist ein Vertrag eigener Art (RG 67, 208; 80, 208; 89, 259), insbesondere kein Tausch, Kauf oder Darlehn. Das Stammrecht, aus dem sich die Ansprüche auf die einzelnen Rentenbezüge ableiten (A 1), muß dabei unabhängig und losgelöst von den sonstigen Beziehungen und Verhältnissen der Beteiligten gewährt werden (RG 94, 157). Kein Leibrentenvertrag liegt daher vor, wenn im Vergleichswege und ohne Umschaffung des ursprünglichen Schuldgrundes zur Regelung eines Ersatzanspruchs aus unerlaubter Handlung eine lebenslängliche Rente versprochen oder gegen Verzicht auf ein unter Miterben streitiges Kapital ein lebenslänglicher Zinsanspruch gewährt wird (RG 89, 259; 91, 6; s. auch OLG 34, 140 und SeuffA 74 Nr 5). Die Bestellung einer Leibrente in einem Vergleiche ist damit aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. RG 91, 6; RG SeuffA 75 Nr 73). — Die Leibrente kann entgeltlich oder unentgeltlich (Leibrentenschenkung s. § 761 A 4) zugesagt sein (RG SeuffA 75 Nr 73). Im ersteren (gewöhnlichen) Falle handelt es sich um einen gegenseitigen Vertrag (§§ 320ff.), bei dem der eine Teil das Leibrentenstammrecht zu bestellen, der andere Teil das Entgelt dafür zu entrichten hat. Ist das Stammrecht bestellt, so ist der Vertrag von seiten des Rentenschuldners erfüllt. Der Anspruch des Rentengläubigers auf die einzelnen Renten gründet sich dann unmittelbar auf das Stammrecht, nur mittelbar auf den Vertrag. Daraus folgt, daß, wenn der Rentenschuldner demnächst mit einzelnen Rentenleistungen in Verzug gerät, nicht § 326, sondern nur §§ 284ff. zur Anwendung kommen (a. M. Eccius in Gruch 45, 27). Es kann auch Zahlung der Leibrente an einen Dritten bedungen werden; s. darüber § 330. Der Leibrentenvertrag, den eine Versicherungsanstalt eingeht oder ein Versicherungen betreibender Privatmann, ist als Versicherungsvertrag aufzufassen; vgl. RG 28, 313; VersVG v. 30. 5. 08; über die Prämienzahlung insbesondere §§ 35ff. — In betreff der Form des Leibrentenvertrags des bürgerlichen Rechtes s. § 761. — Die Verpflichtung zur Gewährung der Leibrente kann außer durch Vertrag entstehen durch Gesetz (vgl. § 760 A 1), durch einseitiges Rechtsgeschäft (Auslobung), sowie durch letztwillige Verfügung, wofür besondere Vorschriften nicht gegeben sind.

3. **Dauer der Rentenentrichtung.** Das Wort „Gläubiger" ist betont. Die Leibrente braucht nur auf das Leben (irgend) eines Menschen gestellt zu sein, sei es des Leibrentengläubigers, sei es des Schuldners oder auch eines Dritten. Im zweiten und dritten Falle erlischt die Rente selbstverständlich mit dem Tode des Leibrentenschuldners oder des Dritten. Stirbt nun der Leibrentengläubiger vorher, so soll die Rente im Zweifel (da sie mutmaßlich seinem Unterhalte dienen sollte) schon durch diesen Tod erlöschen. Es kann aber auch ein Vertragswille des Inhalts ermittelt werden, daß die Leibrentenberechtigung auf die Erben des Gläubigers übergehen solle (bestr., vgl. auch RG 67, 209/10). Die Abstellung der Leibrente auf das Leben eines Menschen ist wesentlich; nebenhergehen können jedoch noch andere Bestimmungen über Anfangs- und Endtermin, die Rente kann auch von einem beliebigen ungewissen Ereignisse abhängig gemacht werden, z. B. bei einer ledigen Frau von ihrer Verheiratung. Diese Nebenbestimmungen dürfen nur nicht im Einzelfalle dem auf das Leben eines Menschen gestellten Endtermine seine Wesenheit nehmen, was z. B. dann der Fall wäre, wenn einem Kinde eine Lebensrente versprochen würde, die aber spätestens nach zehn Jahren endigen sollte. Anders, wenn die gleiche Rente einem neunzigjährigen Greise versprochen würde. Vgl. RG 67 S. 210, 213. — Steht das Leibrentenrecht mehreren Personen, z. B. Eheleuten, bis zum Tode des Längstlebenden von ihnen zu, so ist gemäß § 420 im Zweifel anzunehmen, daß jeder zu einem gleichen Anteile berechtigt ist. Mit

dem Tode des Erstversterbenden würde also die Rente teilweise erlöschen, nicht (wie bei dem sog. Tontinenvertrage) dem Überlebenden ganz zuwachsen. Mehrere vertragsmäßige Rentenschuldner haften im Zweifel nach § 427 als Gesamtschuldner; die auf den Tod der Rentenschuldner gestellte Rente würde danach durch den Tod eines von ihnen — von anderweitem Vertragswillen abgesehen — nicht geschmälert. — Über den Begriff des Leibrentenvertrags nach dem preuß. Stempelsteuergesetz (Tarifstelle 36) vgl. RG 64, 133.

4. Abs 2 enthält eine Auslegungsregel über den **Betrag der Rente.** Die Regel gilt auch dann, wenn nicht bloß der Betrag, sondern auch der für die Entrichtung der Rente bestimmte Zeitabschnitt bezeichnet sind. „Betrag der Rente 4000 M., Rente zahlbar vierteljährlich" bedeutet also im Zweifel, daß vierteljährlich 1000 M. zu zahlen sind. Vgl. § 760.

5. Über die Verjährung der Leibrentenansprüche s. § 760 A 4. — Für den mit der Überlassung eines Grundstücks in Verbindung stehenden Leibgedingsvertrag gilt nach Maßgabe des Art 96 EG Landesrecht.

§ 760

Die Leibrente ist im voraus zu entrichten[1]).

Eine Geldrente ist für drei Monate vorauszuzahlen; bei einer anderen Rente bestimmt sich der Zeitabschnitt, für den sie im voraus zu entrichten ist, nach der Beschaffenheit und dem Zwecke der Rente[1]).

Hat der Gläubiger den Beginn des Zeitabschnitts erlebt, für den die Rente im voraus zu entrichten ist, so gebührt ihm der volle auf den Zeitabschnitt entfallende Betrag[2])[3]).

E I 661 II 702; M 2 639; P 2 486.

1. Die Vorschriften des § 760 ergänzen den Geschäftswillen, sie enthalten nachgiebiges Recht. Die **Vorausentrichtung** entspricht dem der Leibrente regelmäßig beiwohnenden Unterhaltszwecke. Landwirtschaftliche Erzeugnisse, die einmal im Jahre geerntet werden, pflegen nach der Ernte für ein Jahr im voraus entrichtet zu werden. Überall ist die Verkehrssitte zu beachten. — Wegen entsprechender Anwendung des § 760 und wegen ähnlicher Vorschriften vgl. §§ 528, 843—845, 1351, 1361, 1580 (1581), 1612, 1710; HaftpflG (EG Art 42) § 7. Unfall-, Invaliden- und Altersrenten sind in den besonderen Gesetzen, namentlich in RVO, geregelt. — Wenn die Vorschriften des § 760 auch vor der Parteivereinbarung zurückweichen, so darf doch das Gericht bei der entsprechenden Anwendung dieser Vorschriften, beispielsweise bei Rentenansprüchen aus § 843, keine von Abs 1, 2 abweichende und den Schuldner beschwerende Zahlungsweise (z. B. nicht Zahlung im voraus für ein volles Jahr) festsetzen. Eine solche Abweichung wäre namentlich im Hinblicke auf Abs 3 von Erheblichkeit. RG 69, 296. Dagegen ist es nicht ausgeschlossen, auf Antrag die Rente für kürzere als dreimonatige Zeitabschnitte zuzusprechen, soweit nicht der Schuldner dadurch unbillig beschwert werden sollte.

2. Abs 3 regelt nicht die Beweislast (s. § 759 A 1 a. E.). Er gilt sowohl dann, wenn der Zeitabschnitt eine besondere Regelung erfahren hat, als im Falle des Abs 2.

3. Auf die Verjährung der einzelnen rückständigen Rentenansprüche findet § 197 Anwendung (Verjährung in vier Jahren). Das Leibrentenstammrecht verjährt nicht (anders die herrschende Meinung); dieses Recht wird allmählich ganz ausgeschöpft durch die Geltendmachung der Ansprüche auf die einzelnen Renten. Neben diesen Ansprüchen bleibt kein Platz für einen „Hauptanspruch" im Sinne des § 224, von dem auf „Nebenleistungen" gerichtete Einzelansprüche abhängig wären.

§ 761

Zur Gültigkeit eines Vertrags, durch den eine Leibrente versprochen[1]) wird, ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist[2]), schriftliche Erteilung des Versprechens erforderlich[3])[4])[5]).

RTKomm 1 54.

1. Die von der Reichstagskommission eingefügte Vorschrift trifft zunächst den **Vertrag,** durch den die **Leibrente selbst versprochen,** das Stammrecht (§ 759 A 1) zugunsten des Leibrentenempfängers begründet wird. Die Formvorschrift muß aber auch für den vorausgehenden Grundvertrag gelten, durch den sich der Leibrentengeber zur Bestellung des Leibrentenrechts verpflichtet, und der dann später durch diese Bestellung (nicht durch die Entrichtung der einzelnen Renten, § 759 A 2) erfüllt werden soll (RG 67, 211). Die Formvorschrift des § 761 gilt nur für eigentliche Leibrentenversprechen. Eine entsprechende Anwendung auf andere, wenngleich ähnliche Verträge, namentlich auf Unterhaltsverträge, läßt sich nicht begründen (RG JW 1911, 449[16]; Warn 1911 Nr 266; 1914 Nr 243).

2. **Soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist.** Eine andere Form kommt bei der Leibrente nur für den der Bestellung des Stammrechts vorausgehenden Grundvertrag in Betracht (§§ 311, 312 Abs 2, 313, 518 Abs 1, 2371, 2385). Ist z. B. der Grundvertrag über die Gewährung einer Leibrente eine Schenkung (A 4), so ist hierfür nach § 518 Abs 1 in Ansehung des Schenkungsversprechens gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben, wogegen im übrigen die Schenkung keiner Formvorschrift unterstellt ist.

3. Zur Wahrung der Form ist **schriftliche Erteilung des Leibrentenversprechens** erforderlich (vgl. dazu §§ 780, 781, 766 A 2ff.). Die von dem Leibrentengeber unterzeichnete Urkunde (§ 126) — auch ein Brief (RG 67, 213; RG Warn 1914 Nr 166) — muß den wesentlichen rechtlichen Inhalt des Leibrentenversprechens (§ 759 A 1) unmittelbar enthalten. Immerhin darf die Urkunde, wenn sie nur nicht in einem wesentlichen Punkte ergänzt wird, unter Berücksichtigung der obwaltenden Umstände erläuternd ausgelegt werden (RG 67, 213/4; vgl. RG 57, 258). Spätere Änderungen des Leibrentenvertrags bedürfen der Schriftform dann nicht, wenn der Gläubiger von seinen Rechten etwas preisgibt (Verzicht), oder wenn das Leibrentenversprechen nur verdeutlicht wird. — Die Annahme des Versprechens durch den Leibrentenempfänger ist an keine Form gebunden, auch dann nicht, wenn seine Erklärung den Vertragsantrag bildet. Die Annahme kann auch stillschweigend geschehen. Für das die Leibrente begründende einseitige Rechtsgeschäft (Auslobung) enthält § 761 keine Vorschrift. Daß die Urkunde über das „Leibrentenversprechen" keine rechtsgeschäftliche Bedeutung hat, sondern nur eine persönliche Angelegenheit des Urkundenausstellers bildet, bevor dieser das Versprechen gegenüber dem Leibrentenempfänger abgibt, z. B. die Urkunde aushändigt, erhellt aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen (vgl. RG 68, 409). Die mündliche Vereinbarung eines Leibrentenvertrags bindet auch den Leibrentenempfänger nicht eher, als das Leibrentenversprechen schriftlich abgegeben ist. Die spätere Abgabe des schriftlichen Versprechens bringt den bindenden Vertrag hervor, vorausgesetzt, daß sie den Vertragswillen des anderen Teiles noch als vorhandenen trifft (§§ 130, 145ff.). — Wird das Versprechen nicht schriftlich erteilt, so ist der ganze Vertrag nichtig (§ 125). Das Versprechen ist nicht als ein von seinem Grunde losgelöstes, sondern als Bestandteil eines einheitlichen Vertrags gedacht; dem Versprechen der Leibrente steht (von der Schenkung abgesehen, A 4) das — an sich an keine Formen gebundene — Versprechen einer Gegenleistung gegenüber. Ist für die Verpflichtung zu der Gegenleistung nach §§ 311, 312 Abs 2, 313, 2371, 2385 gerichtliche oder notarielle Beurkundung vorgeschrieben, so bedarf der ganze Leibrentenvertrag dieser Form. Das Leibrentenversprechen ist dann Bestandteil des der Beurkundung bedürfenden Vertrags (RG 65, 39). Auflassung und Eintragung in das Grundbuch (§ 313 Satz 2) machen aber in diesem Falle auch den ganzen Vertrag (einschließlich des Leibrentenversprechens) gültig. Entbehrte der Grundvertrag der Form des § 761, wird aber die Formvorschrift beim Abschlusse des Erfüllungsvertrags (A 1) gewahrt, so verliert damit der erste Formmangel seine Erheblichkeit. Wird aber die Form überhaupt nicht beobachtet, so bleibt der Leibrentenvertrag nichtig trotz beiderseitiger Erfüllung. Mildernde Vorschriften, wie sie in den §§ 313 Satz 2, 766 Satz 2 enthalten sind, fehlen für den Leibrentenvertrag und sind daher nicht, auch nicht entsprechend anzuwenden (s. auch SeuffA 67 Nr 34). Die Folge ist, daß die beiderseitigen Leistungen nach den Grundsätzen über die Bereicherung, und zwar während der Dauer der dreißigjährigen Verjährungsfrist, zurückgefordert werden können. Vgl. RG 67, 208.

4. Besonders wichtig ist die **Leibrentenschenkung.** Der Vertrag, in dem der Leibrentengeber nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat (§ 521), bedarf nach §§ 518, 761 der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, aber nur (a. M. Sepp, Leibrentenvertrag S. 112) in Ansehung des Schenkungsversprechens. Die Schenkung wird nicht durch die Einräumung des Leibrentenstammrechts in der einfachen Schriftlichkeitsform des § 761 vollzogen, vielmehr wird die Leistung des Schenkers im Sinne des § 518 Abs 2 nur insoweit bewirkt, als die einzelnen Rentengefälle geleistet werden. Die zehnjährige Frist des § 2325 muß in diesem Falle von der Leistung der einzelnen Gefälle an berechnet werden. Wegen der Pfändung der Leibrenteneinkünfte s. § 850 Abs 1 Nr 3 ZPO, wegen des Ausschlusses der Geltendmachung im Konkurse des Schuldners § 63 Nr 4 KO. Bildet die geschenkte Rente — was regelmäßig zutrifft — eine „Unterstützung" des Rentenempfängers, so gilt § 520; daneben greift § 759 Abs 1 (vgl. A 3) Platz. Im Zweifel ist also die Unterstützungsrente weder auf seiten des Rentenschuldners noch auf seiten des Rentengläubigers vererblich. — Eine den Umständen angemessene Ausstattung gilt gemäß § 1624 nicht als Schenkung; ein dem Ausstattungszwecke dienendes Rentenversprechen unterliegt daher nicht der Formvorschrift des § 518, ist aber von der Schriftform des § 761 nicht befreit (RG 63, 323, auch RG 67, 213; 72, 200). Dagegen bedarf die Zusage einer Ausstattung durch Gewährung freier Wohnung nicht der Schriftform, da hierin nicht das Versprechen einer Leibrente zu finden ist (vgl. § 759 A 1; RG 26. 3. 06 IV 479/05). Zusicherung eines Nadelgeldes s. RG Warn 1914 Nr 166.

5. Wird **gegen Leistung von Diensten** als Entgelt gleichzeitig **Unterhalt** gewährt, so liegt, mögen auch die Unterhaltsleistungen ihrer Art nach Leibrentenleistungen gleichen, dennoch kein Leibrentenvertrag vor, da die Unterhaltsleistungen von den sie bedingenden Gegenleistungen abhängig sind, die aus dem Leibrentenrecht sich ergebenden Einzelleistungen aber nicht von besonderen Gegenleistungen abhängig sein dürfen (§ 759 A 1). — Streitig ist, ob auch dann ein Leibrentenvertrag vorliegt, wenn dem Dienstverpflichteten für seine Dienste von einem gewissen Zeitpunkte an leibrentenartige Leistungen, die von einer Gegenleistung, insbesondere von weiteren Dienstleistungen, unabhängig sind, als **Ruhegehalt** zugesichert werden. Die Frage ist zu verneinen. Der im Eingange angeführte Gegengrund scheidet hier allerdings aus, da die Rentenleistungen den dafür das Entgelt bietenden Dienstleistungen nachfolgen, für die Rentenleistungen also das Entgelt bereits durch die Gesamtheit der vorangehenden Dienstleistungen entrichtet worden ist. Indessen überwiegt bei Verträgen dieser Art nach Inhalt und Zweck der Gesichtspunkt des Dienstvertrags gegenüber dem des Leibrentenvertrags (§ 759 A 2). Gehalt und Ruhegehalt sind hier im wesentlichen gleich zu behandeln. Auch das Ruhegehalt wird als Gegenleistung für Dienste versprochen, freilich nicht für solche, die in den für die Ruhegehaltsbezüge bestimmten Zeitabschnitten zu leisten sind, sondern für die Gesamtheit der vor dem Übertritte in den Ruhestand geleisteten Dienste. Das Ruhegehaltsversprechen steht also im engsten Zusammenhange mit dem Dienstverhältnis und wird nicht selbständig und unabhängig von den Dienstleistungen erteilt. Ruhegehaltsversprechen der fraglichen Art als Leibrentenverträge zu behandeln, würde auch der Verkehrsauffassung (vgl. **RG** 91, 6) widersprechen, der für die Begriffsbegrenzung wesentliche Bedeutung besonders deshalb zukommt, weil das Gesetz den Begriff der Leibrente von sich aus nicht bestimmt hat. Für die Zusicherung eines Ruhegehalts in einem Dienstvertrage bedarf es daher nicht der Schriftform des § 761 (**RG** 80, 208; 94, 157). Dies gilt auch dann, wenn das Ruhegehaltsversprechen nicht vor oder während der Dienstzeit, sondern bei ihrem Ablauf, vielleicht sogar nur zwecks Ablösung des Dienstvertrags erteilt wird (**RG** 94, 157). Die nachträgliche Gewährung einer fortlaufenden Vergütung für schon geleistete Dienste ist weder Schenkung noch Leibrentenvertrag (**RG** LZ 1918, 382[14]). Freilich kann sich unter dem Namen des Dienstvertrags bei besonderen Umständen ein Vertrag verbergen, der seinem Wesen nach als Leibrentenvertrag anzusehen ist. Wenn z. B. beim Übertritt aus dem öffentlichen Dienste in den Privatdienst der Dienstverpflichtete diesen Übertritt von der Zusicherung abhängig gemacht hat, daß er in Ansehung des Ruhegehalts ebenso gestellt werde wie als Beamter, oder daß ihm nach seinem Ausscheiden aus der Beamtenstellung das Ruhegehalt selbst dann zu gewähren sei, wenn er vor dem Antritt des Privatdienstes dienstunfähig werden sollte, so liegt in Wahrheit ein Leibrentenvertrag vor; die Zusicherung des Ruhegehalts stellt sich in solchen und ähnlichen Fällen als eine sofort sich vollziehende Einsetzung in das Rentenstammrecht dar, das nur noch von der Bedingung der Dienstunfähigkeit oder der Erreichung einer bestimmten Dienstzeit abhängig ist. In solchen Fällen muß dann auch die Form des § 761 gewahrt werden. Sie sind aber Ausnahmen von der Regel (**RG** 80, 208).

Siebzehnter Titel

Spiel Wette

§ 762

Durch Spiel oder durch Wette[1]) wird eine Verbindlichkeit nicht begründet[2]). Das auf Grund des Spieles oder der Wette Geleistete kann nicht deshalb zurückgefordert werden, weil eine Verbindlichkeit nicht bestanden hat[3]).

Diese Vorschriften gelten auch für eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder einer Wettschuld dem gewinnenden Teile gegenüber eine Verbindlichkeit eingeht[4]), insbesondere für ein Schuldanerkenntnis[5])[6])[7]).

E I 664 II 704; M 2 643 ff.; P 2 794 ff.

1. **Spiel und Wette** sind gegenseitige Verträge (§§ 320 ff.). Der Begriff von Spiel und Wette wird im Gesetze vorausgesetzt. — Die **Spiele** zerfallen in zwei Hauptarten, die beide den Vorschriften des § 762 unterstehen (**RGSt** 40, 31 ff.): Glücksspiele und Geschicklichkeitsspiele. Glücksspiel ist die Vereinbarung von Gewinn und Verlust unter entgegengesetzten, vom Zufall wesentlich beeinflußten Bedingungen zu dem Zwecke des Gewinns oder der Unterhaltung (vgl. **RG** 60, 381; **RGSt** 34, 392). Glücksspiel ist auch dann noch anzunehmen, wenn der Spieler insofern keine Gefahr läuft, einen Vermögensverlust zu erleiden, als er auf alle Fälle einen Gegenstand erhält, der seinem Einsatz an Wert gleichkommt, wie z. B. bei

einem Automaten, der nach Einwurf von 10 Pfg. entweder ein Musikstück ertönen läßt oder im besonders günstigen Falle 20 Pfg. herausgibt (RGSt 45, 424). Als Zufall ist hier das Wirken einer unberechenbaren, der entscheidenden Einwirkung der Beteiligten entzogenen Ursächlichkeit anzusehen. Die Entwicklung irgendwelcher Tätigkeit ist beim Spiel nicht erforderlich. Der erstrebte Gewinn beruht vor allem nicht auf wirtschaftlicher Tätigkeit. Von dem Glücksspiel unterscheidet sich das Geschicklichkeitsspiel (z. B. Billard, Kegeln, Wettlauf, Schach) dadurch, daß bei ihm nicht der Zufall, sondern körperliche oder geistige Fähigkeit entscheidend ist (vgl. RGSt 40, 21 und dort angef. RGE). Abw. Endemann I § 187 1a. Ein Geschicklichkeitsspiel kann, von Spielunkundigen gespielt, Glücksspiel werden (RGSt 41 S. 218, 331; 43 S. 23, 155). Zwischen das Glücks- und Geschicklichkeitsspiel stellt sich als dritte Art das gemischte Spiel. — Die **Wette** ist ein Vertrag, bei dem sich die Parteien zur Bekräftigung einander widerstreitender, auf Überzeugung gegründeter Behauptungen gegenseitig verpflichten, daß dem, dessen Behauptung sich als richtig erweist, dem Gewinner, von dem Verlierer eine bestimmte Leistung gemacht werden soll. Die Wettbehauptung betrifft regelmäßig Vergangenes oder Gegenwärtiges; doch ist dies nicht begriffsnotwendig, sie kann sich vielmehr auch auf die zukünftige Gestaltung der Dinge beziehen (a. M. Dernburg § 211 A 7; Staudinger A II 2c). Als kennzeichnendes Unterscheidungsmerkmal zwischen Spiel und Wette ergibt sich hiernach der Beweggrund des Vertrags; beim Spiel: Unterhaltung oder Gewinn, und zwar ohne Entfaltung wirtschaftlicher Tätigkeit, bei der Wette: Bekräftigung einer Überzeugung. Die scharfe Scheidung zwischen den beiden Gefahrgeschäften hat indessen ihre hauptsächliche Bedeutung verloren, weil das BGB — im Gegensatze zum gemeinen Rechte und auch zum preuß. Landrechte — Spiel und Wette rechtlich gleichgestellt hat. — Wichtiger ist die Ausscheidung dieser Verträge aus dem Gebiete der übrigen schuldrechtlichen Verhältnisse. Fehlen die bezeichneten Beweggründe (Gewinn, Unterhaltung, Behauptungsbekräftigung), so können die §§ 762 ff. keine Anwendung finden. Möglicherweise liegt dann ein anderer gültiger Vertrag vor, insbesondere kann ein gegenseitiger Versicherungsvertrag oder ein Gewährgeschäft in Frage kommen (vgl. als Beispiel RG 66, 222). Der Gewinn kann bei Spiel und Wette auch darin bestehen, daß der Verlierende zu eigenem Nachteile mit dem Gewinner ein diesem günstiges Geschäft, z. B. einen ihm vorteilhaften Kaufvertrag abzuschließen hat. Der Nachteil, den der Verlierende auf sich nimmt, braucht nicht für beide Teile gleich zu sein; es kann 100 gegen 5 gewettet werden. Die Wette wird selbst dadurch nicht ausgeschlossen, daß nur der eine Teil etwas verspricht, also gegen nichts wettet: einseitige Wette (RG 61, 153; a. M. Enneccerus § 409 A 6). Die einseitige Wette hat äußere Ähnlichkeit mit der Auslobung (§§ 657 ff.), unterscheidet sich von ihr aber — abgesehen von der Einseitigkeit der Auslobung (RGSt 40, 32) — dadurch, daß der Wettende nur seine Behauptung bekräftigen, der Auslobende zu einer bestimmten Tätigkeit anspornen will (vgl. auch § 657 A 3 und Vorbem). — Das Wetten auf den Sieg einzelner Pferde bei öffentlichen Pferderennen ist nach Inhalt und Zweck rechtlich nichts anderes als Glücksspiel (Spielwette); vgl. RG 40, 259; RGSt 6 S. 172, 421; 7, 21; 47, 363. Die Wette beim Buchmacher fällt daher unter § 762. Für Wetten am Totalisator s. § 763 A 1 a. E., A 4 a. E. — Über das Differenzgeschäft s. § 764.

2. Eine Verbindlichkeit wird nicht begründet. Der Spiel- oder Wettforderung steht nicht etwa nur eine Einrede entgegen, die Forderung ist, abgesehen von der Erfüllbarkeit (A 3), unwirksam (RGSt 36, 207). Die Unwirksamkeit muß im Rechtsstreite, auch ohne daß ein hierauf gerichteter Einwand erhoben wird, berücksichtigt werden. Nicht bloß Klage, Einrede, Zurückbehaltungsrecht (§ 273) werden dem Spiel- oder Wettgläubiger versagt, auch Sicherheitsbestellungen für die Spiel- oder Wettschuld, Bürgschaft, Pfand sind in gleicher Weise unverbindlich wie Spiel und Wette selbst (vgl. RG 47, 48; 52, 40; 30, 214; 38 S. 238, 251; JW 01, 286[1]). Ebensowenig haben fiduziarische Rechtsübertragung oder Vertragsstrafe Gültigkeit. Die für eine Spiel- oder Wettschuld bestellte Hypothek steht dem Eigentümer zu (§ 1163; § 894). Auch die von dritten Personen eingegangenen Sicherheitsgeschäfte sowie (bestr.) die Schuldübernahme (BayObLGZ 5, 362) sind unverbindlich im Sinne des § 762 Abs 1, begründen also keine Verbindlichkeit gegenüber dem Spiel- oder Wettgläubiger. Die Übernahme einer unverbindlichen Spiel- oder Wettschuld kann aber selbstverständlich Gegenstand eines vollverbindlichen Vertrags zwischen Schuldner und Schuldübernehmer sein (RG Warn 1916 Nr 68). Eine Forderung aus Spiel und Wette kann der Gläubiger nicht gegen eine andere Forderung aufrechnen, wohl aber kann der Verlierende gegen eine Spiel- oder Wettforderung mit einer gewöhnlichen Forderung aufrechnen. Und weil die Spiel- und Wettschuld erfüllbar ist (A 3), muß jede vertragsmäßige Aufrechnung (§ 387 A 1) als wirksam angesehen werden (RG JW 96, 160[76]; 02 Beil 199; 03, 123[4], Beil S. 35[72], 46[103]; 05, 187[39]; LZ 1914, 1920[10]). Vgl. § 764 A 3. — Daraus, daß der Spiel- und Wettvertrag als solcher keine klagbare Forderung hervorbringt, kann nicht gefolgert werden, daß auch eine Haftung aus besonderen Gründen, z. B. wegen Betrugs, ausgeschlossen sei (RG 70, 4).

3. Der Spiel- oder Wettvertrag verstößt an sich nicht gegen die guten Sitten (§ 138; vgl. auch RG 43, 150; RG 4. 3. 03, HoldheimsMSchr 13, 49); er ist daher nicht ungültig, begründet vielmehr eine **natürliche oder unvollkommene Verbindlichkeit,** deren Wirksamkeit sich aber darin erschöpft, daß die Zurückforderung des Geleisteten aus dem Grunde, weil nach Abs 1 Satz 1 eine Verbindlichkeit nicht bestanden habe, ausgeschlossen ist (vgl. auch BörsG §§ 55, 64 Abs 2). Das Gesetz trifft mit dem Ausschlusse der Rückforderung nicht nur die eigentliche Erfüllung, Leistung im Sinne des § 241, sondern auch den Erfüllungsersatz (LZ 1914, 1920[10]). — Die Leistung oder Teilleistung muß in ihrem Umfange die Schuld völlig tilgen, so daß keine Verbindlichkeit zurückbleibt. Auf Grund des Spieles geleistet ist nicht nur der nach der Entscheidung gezahlte Gewinn, sondern auch der bei dem Spielbeginne als unbedingte Vorleistung (im Gegensatze zu einer bloßen Sicherung — A 2 —) gezahlte Einsatz, wie er bei der Lotterie und Ausspielung sowie bei verschiedenen Gesellschaftsspielen vorkommt; dieser Einsatz kann daher nicht zurückverlangt werden, obgleich ein klagbarer Anspruch auf den — möglicherweise demnächst zufallenden — Gewinn nicht besteht (vgl. OLG 32, 165). Weigerung des Einsatzempfängers, das Spiel auszuführen oder den Gewinn herauszugeben, würde — von dem Falle des Betrugs abgesehen — einen Verstoß gegen die guten Sitten (§ 138) enthalten können und den Bereicherungsanspruch — wenn nicht aus diesem Grunde, dann doch — ob causam datorum hervorbringen. Wird jedoch nach Abschluß des schuldrechtlichen Vertrags, aber vor der Entscheidung der Betrag des bedingten Wett- oder Spielverlustes von dem einen Teile dem anderen mit dem Vorbehalte der Rückforderung im Falle des für den ersten Teil günstigen Ausgangs übereignet, so handelt es sich hier im Grunde nur um die Sicherung des bedingten Wett- oder Spielanspruchs, nicht um eine Leistung im Sinne des Gesetzes (vgl. auch RG 38, 232; JW 02, 101[50] [betrifft Vorprämie; dazu RG 79, 406]; Dernburg II § 212 I 3, Staudinger A III 2b δ; a. M. Oertmann § 762 A 1b u. a.). Solche Beträge können also zurückgefordert werden. Wollte man dies nicht annehmen, so würde der Zweck des Gesetzes gefährdet sein. Nur um Sicherung, nicht um Leistung auf Grund des Geschäfts handelt es sich regelmäßig auch bei Einschüssen, die auf Grund der für Börsengeschäfte vielfach vereinbarten Geschäftsbedingungen im Falle von Kursrückgängen zur Deckung des zu erwartenden Verlustes des Kunden durch den Verkäufer eingefordert zu werden pflegen: die eingeschossenen Beträge unterliegen daher, wenn der Einwand aus §§ 762, 764 zulässig und begründet ist, der Rückforderung (SeuffA 73 Nr 29; vgl. § 764 A 3). Eine nach der Entscheidung getroffene Vereinbarung, wonach der Empfänger das im voraus Gezahlte auf seine Spiel- oder Wettforderung behalten soll, ist als vertragsmäßige Aufrechnung wirksam. Der Vorauszahlung würde gleichstehen die Hinterlegung bei einem Dritten. Hinterlegung nach der Entscheidung gemäß §§ 372, 376 Abs 2 ist Leistung im Sinne des Gesetzes. — Die Ersatzerfüllung (vgl. § 364 A 1) hat namentlich die Hingabe einer Sache oder die Abtretung einer Forderung an Erfüllungs Statt zum Gegenstande (§ 364). Eine von dem Spiel- oder Wettschuldner für eine an Erfüllungs Statt abgetretene Forderung übernommene Gewährleistungspflicht (vgl. Vorbem 5b vor § 765) ist nach Abs 2 unverbindlich, ohne daß dadurch die Rechtsbeständigkeit der Abtretung beeinträchtigt würde. Ganz unverbindlich ist dagegen nach Abs 2 eine Vereinbarung, durch die der verlierende Teil zur Tilgung der Spiel- oder Wettschuld eine neue Schuld, mag diese auch durch Pfand oder Hypothek gesichert sein, eingeht (vgl. RG 47, 48). Die Hingabe an Erfüllungs Statt setzt in dem vereinbarten Umfange der Erfüllung eine unbedingte und endgültige Lösung des Schuldverhältnisses voraus. Diesem Erfordernisse genügt nicht ein Abkommen, nach dem der Schuldner seine Lebensversicherungspolice unter der Verpflichtung der weiteren Prämienzahlung abtritt, wogegen der Gläubiger den Schuldner, solange er die Prämie bezahlt, nicht in Anspruch nehmen und sich nach dem Tode des Schuldners aus der Versicherung befriedigen soll (RG JW 02 Beil 254[166]). — Wer einmal auf Grund eines Spiel- oder Wettvertrags geleistet hat, kann sich nicht nachträglich darauf berufen, daß er die Unverbindlichkeit eines solchen Vertrags nicht gekannt oder daß er den Charakter des Vertrags als eines Spieles oder einer Wette verkannt habe. § 762 Satz 2 greift über § 814 hinaus. „Die Rückforderung ist demgemäß auch den Erben versagt, welche in Unkenntnis von dem wirklichen Entstehungsgrunde der Schuld geleistet haben" (M 2, 644). Abs 1 Satz 2 betrifft aber nur den aus dem Spiel- oder Wettcharakter des Vertrags hervorgehenden Mangel. Andere dem Vertrage anhaftende Mängel werden durch die Leistung nicht geheilt (RG JW 04, 38[5]). Ist der Spiel- oder Wettvertrag aus besonderen Gründen, z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit, infolge Irrtums, Betrugs (Falschspiel) nichtig, so kann die Leistung nach den allgemeinen Grundsätzen der Bereicherung (§§ 812 ff., 817) zurückgefordert werden. Vgl. auch A 6. Nach § 138 Abs 1 nichtig ist die Wette regelmäßig auch dann, wenn der eine Teil über die behauptete Tatsache besondere, dem Gegner verschwiegene Nachricht besaß (Wette à coup sûr). Ausgeschlossen ist es jedoch nicht, daß nach der eigenartigen Lage eines solchen Falles der Vorwurf der Unredlichkeit unbegründet ist (M 2, 646). — Über verbotene Spiele s. A 6,

anderseits über staatlich genehmigte Spiele § 763; erstere sind nichtig, letztere schlechthin gültig.

4. **Eingehung einer Verbindlichkeit zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld.** Zur Erreichung des vom Gesetze verfolgten Zweckes mußten die Vorschriften des Abs 1 auf die im Abs 2 bezeichneten Verbindlichkeiten erstreckt werden, die keine selbständige Rechtsgrundlage haben, sondern auf dem Boden des vom Gesetze mißbilligten Geschäfts stehen (vgl. auch BörsG § 59). Dem als Beispiel hervorgehobenen **Schuldanerkenntnisse** (§ 781) steht das Schuldversprechen (§ 780) gleich. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis können nach §§ 812ff. zurückgefordert werden; die aus ihnen hervorgehenden unvollkommenen Verbindlichkeiten (A 3) können aber gemäß Abs 1 Satz 2 erfüllt werden. Weiter kommt das Vereinbarungsdarlehn nach § 607 Abs 2 (das. A 6) sowie die Novation (§ 305 A 2) in Betracht (RG JW 98, 395[32]; 02, 369[64]; 04, 124[31]). Umwandlung einer unwirksamen Spielforderung in ein Darlehn gegen Hypothekbestellung s. RG Warn 1915 Nr 117. — Von besonderer Wichtigkeit ist die Hingabe eines **Wechsels.** Sie steht auch dann der Erfüllung nicht gleich, wenn der Wechsel nicht zahlungshalber, sondern an Zahlungs Statt von dem Spiel- oder Wettschuldner an seinen Gläubiger begeben wird. Der Schuldner kann nach § 812 Abs 1 Satz 1 den Wechsel von dem Gläubiger zurückfordern oder, wenn er von einem dritten gutgläubigen Erwerber des Wechsels zur Zahlung gezwungen worden ist, den von diesem, dem Indossatar, an den Gläubiger gegebenen Gegenwert. Aus der — zu vermutenden — Zustimmung des Spiel- oder Wettschuldners zur Weiterbegebung des Wechsels und aus der Ausführung dieser Weiterbegebung ergibt sich noch nicht, daß eine Leistung gemäß Abs 1 Satz 2 als erfolgt angesehen werden müßte. RG 51, 361; 71, 292; 77, 280; JW 96, 421[59]; 04, 124[31]; HoldheimsMSchr 8, 189; 13, 131; bestr.; vgl. auch das — auf dem preuß. Landrecht beruhende — abw. RG JW 96, 420[56]. Nur wenn der Schuldner den in den Händen eines Dritten befindlichen Wechsel freiwillig einlöst, also freiwillig den Gläubiger der Spiel- oder Wettschuld in die Lage bringt, behalten zu können, was dieser bei der Weiterbegebung des Wechsels erlangt hat, wird die Rückforderung ausgeschlossen; nur dann ist die Rechtslage so, wie wenn der Schuldner unmittelbar an seinen Gläubiger geleistet hätte. Die Unfreiwilligkeit der Zahlung kann namentlich daraus entnommen werden, daß der Schuldner den Wechsel vorher, wenn auch erst nach der Weiterbegebung an den Dritten, zurückgefordert hat. RG 51, 156; 52, 39; 77, 280; HoldheimsMSchr 13, 27; vgl. auch abw. RG 35, 196; 47, 50. Unbefugte Indossierung des für eine Spiel- oder Wettschuld gegebenen Wechsels durch den Gläubiger in der Absicht, dem Schuldner den Einwand nach § 762 abzuschneiden und so einen vom Gesetze mißbilligten Vermögensvorteil zu erlangen, kann auch nach § 826 schadensersatzpflichtig machen (RG 51, 360; 56, 321). Wird vom Schuldner ein Wechsel, der zugleich fremde Unterschriften trägt, an den Gläubiger indossiert, so hat das eigene Indossament zwar zu Lasten des Schuldners keine verpflichtende Wirkung, es setzt aber den Gläubiger in den Stand, gegen die übrigen Wechselschuldner vorzugehen. — Ein Schuldanerkenntnis der Sache nach kann in die äußere Form des **Vergleichs** gekleidet werden; ein solcher nur scheinbarer Vergleich (§ 117 Abs 2), mag er gerichtlich (RG 37, 418) oder außergerichtlich geschlossen sein, fällt unter Abs 2 (RG 49, 193). Besteht aber im Ernste eine Ungewißheit der Vertragschließenden darüber, ob im gegebenen Falle eine gültige Verbindlichkeit entstanden sei, insbesondere ob der vorliegende Vertrag den Charakter des Spieles oder der Wette im Sinne des Gesetzes habe, z. B. ob er ein gültiges Kauf- oder Kommissionsgeschäft, ein gültiges Börsentermingeschäft oder ein klagloses Differenzgeschäft (§ 764) sei, so ist der zur Beseitigung dieser Ungewißheit geschlossene Vergleich wirksam, mochte der Vertrag auch in Wahrheit Wette oder Spiel sein und deswegen eine Verbindlichkeit nicht bestehen (vgl. RG 49, 192; JW 02 Beil 264[191]; OLG 4, 234; § 779 A 3a). Dieser Vergleich findet seine Rechtsgrundlage in dem gesetzlich gebilligten Zwecke der Streitbeilegung und kann wegen eines innerhalb des Streitgebiets liegenden Irrtums nicht mit dem Einwande aus § 779 Abs 1 oder mit der Anfechtung aus § 119 bekämpft werden (vgl. RG JW 05, 689[11]; § 779 A 6a, e). Wird durch einen Vergleich nicht die Ungewißheit darüber, ob im Hinblicke auf die Vorschriften über Spiel und Wette eine Verbindlichkeit besteht, sondern über andere Fragen beseitigt, z. B. in betreff des Zustandekommens des Vertrags überhaupt (RG JW 01, 621[13]) oder über die Art und Weise der Erfüllung (RG JW 97, 608[26]), so entsteht keine Verbindlichkeit von größerer Kraft, als sie § 762 Abs 1 verleiht (RG JW 02 Beil 255[166]). Das über den Vergleich Gesagte findet auf den selbständigen **Schiedsvertrag** (§§ 1025ff. ZPO) entsprechende Anwendung; der Schiedsvertrag als Nebenabrede eines Spiel- oder Wettvertrags ist ebensowenig verbindlich wie der Hauptvertrag (RG JW 1915, 1005[12]; vgl. § 1041 ZPO). S. ferner Vorbem vor § 779 und RG 43, 407; 56, 19; 58, 151; 27, 378; 36, 245; JW 05, 401[28]). — Die Unverbindlichkeit des Hauptvertrags ergreift auch die eine Nebenabrede bildende Zuständigkeitsvereinbarung (RG JW 1915, 791[9]). — Die Beweislast dafür, daß eine Verbindlichkeit zum Zwecke der Erfüllung einer Spiel- oder Wettschuld eingegangen ist, trifft im Zweifelsfalle denjenigen, der sich darauf beruft (RG JW 00, 157[20]).

5. **Nebenverträge in bezug auf Spiel und Wette.** Die Vorschriften des § 762 beruhen nicht nur auf dem Gedanken, daß Spiel- und Wettverträge — wenn sie auch an sich nicht gegen die guten Sitten verstoßen (§ 138) — des Rechtsschutzes nicht würdig sind, sondern auch auf der Vorstellung, daß namentlich das Spielen und Wetten auf Borg erhebliche sittliche und wirtschaftliche Gefahren mit sich bringt. Aus diesen Gründen wird jeder Zwang zur Berichtigung einer Spiel- und Wettschuld ausgeschlossen. Das ist von Bedeutung namentlich für **Auftrag** und **Geschäftsbesorgung** (§ 675) in bezug auf Spiel und Wette. Der Zweck des Gesetzes würde vereitelt, wenn jemand, der einen anderen für sich spielen oder wetten und die Spielverluste und -einsätze oder die Wettbeträge für sich auslegen läßt, also seinerseits auf Borg spielt oder wettet, von seinem Beauftragten oder Geschäftsbesorger zur Zahlung der entstandenen Schuld (Auslagen, Vergütung) gezwungen werden könnte. Solche Ansprüche müssen daher den eigentlichen Spiel- und Wettschulden gleichgeachtet werden. Das für den Auftrag Geltende ist auch auf das Kommissionsgeschäft (HGB §§ 383ff.; vgl. Vorbem 2 vor § 662) anwendbar (**RG** 51, 156; **RGSt** 36, 205; JW 06, 228[12]; LZ 1920, 577[1]; OLG 12, 276; vgl. **RG** 34, 266; 40, 259; auch BörsG § 70). Was den Auftraggeber anlangt, so hat er gegen den Beauftragten keinen Anspruch auf Ausführung des Auftrags oder auf Schadensersatz wegen Nichtausführung (**RG** 40, 256; OLG 14, 30). Der Beauftragte ist jedoch, da das Geschäft nicht unsittlich ist, gemäß § 667 zur Herausgabe des Erhaltenen und Erlangten verpflichtet, wogegen er seine Aufwendungen abrechnen kann (§ 670); dadurch wird nicht das Spiel gefördert, sondern nur der Gewinn an den befördert, dem er gebührt (vgl. **RG** 40, 258; 51, 156; auch **RG** 58, 280; OLG 12, 276; 14, 30). Man kann also nicht sagen, daß das Gesetz unter Vereitelung seines Zweckes umgangen werde. Auch dann, wenn der Spieler, der bereits verloren hat, einen anderen beauftragt, für ihn die Spielschuld zu zahlen, erhält der Beauftragte durch die Zahlung einen klagbaren Ersatzanspruch gegen den Auftraggeber (vgl. auch **RG** 45, 160: betrifft das gemeine Recht). — Gleiches wie für den Auftrag gilt im allgemeinen für den **Dienstvertrag** zum Zwecke des Spieles oder der Wette. Insbesondere erscheint die Anwendung des § 762 nach seinem Zwecke auch bei Ansprüchen auf Auslagen dann geboten, wenn zur Beförderung der Spiellust besondere Veranstaltungen in Wettkommissionsbureaus u. dgl. geschaffen sind. Ob ein Unternehmen dieser Art polizeilich gestattet ist, berührt nicht die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes über die Wirksamkeit der Geschäfte (vgl. **RG** JW 06, 228[12]; Gruch 47, 932). — Auch aus einem **Gesellschaftsvertrage** können Ansprüche auf Mitwirkung bei Spiel oder Wette oder auf Zahlung von Beiträgen zu Spiel- oder Wettzwecken nicht entstehen. Ist ein Gewinn bereits gemacht worden, so kann dessen Verteilung verlangt werden. Ob ein Anspruch auf Mittragung eingetretenen Verlustes anzuerkennen sei, ist streitig; die Frage wird, sofern keine Umgehung des § 762 beabsichtigt ist, zu bejahen sein (vgl. auch **RG** 43, 150: betrifft das gemeine Recht). — Grundsätzlich zu scheiden vom Auftrag ist das **Darlehn,** welches von einem Dritten zu Spiel oder Wette gegeben wird. Denn es ist zu beachten, daß beim Darlehn der Spieler oder Wetter die Verfügung über die dargeliehene Summe erhält, und daß zwischen der Eingehung einer Darlehnsschuld, auch wenn aus dem Dargeliehenen eine Barleistung für Spiel oder Wette gemacht wird oder gemacht werden soll, und dem Spielen oder Wetten auf Borg ein erheblicher Unterschied bestehen bleibt. Das zu Spiel- oder Wettzwecken von einem Dritten gegebene Darlehn fällt daher nicht unter § 762. Anders, wenn der Gewinner dem Verlierer ein Darlehn gibt, damit er daraus die Spiel- oder Wettschuld an ihn bezahle; auf ein solches Darlehn findet die Vorschrift des § 762 Abs 2, wenn nicht unmittelbare, so doch entsprechende Anwendung (vgl. KommB zu § 748 des RTEntw; **RG** JW 02, 369[24]; ROHG 25, 290; OLG 8, 83). Ob ein zum Zwecke des Spieles oder der Wette gegebenes Darlehn gegen die guten Sitten verstößt, daher nach § 138 nichtig ist, muß nach den besonderen Umständen des Einzelfalls entschieden werden und ist je nach der verschiedenen Lage des Falles z. B. in **RG** 70, 1 bejaht, in **RG** 67, 355 verneint worden. S. ferner OLG 5, 103; 6, 448; 18, 34; 20, 232 und Prot 2, 795ff. Die Gewährung selbst eines größeren Darlehns verstößt nicht schon allein deshalb gegen die guten Sitten, weil sie dem Darlehnsnehmer die Möglichkeit verschaffen sollte, an einer öffentlichen Spielbank weiter zu spielen, um vorher dort erlittene Verluste wieder einzubringen. Besondere Umstände aber können das Geschäft als unsittlich erscheinen lassen. So verstößt es gegen die guten Sitten, wenn ein Klub, der hauptsächlich zu dem Zwecke gegründet ist, seinen Mitgliedern ein Glücksspiel mit hohen Einsätzen zu ermöglichen, diesen während des Spieles Darlehn aus der Klubkasse gibt, um ihre Spiellust anzuregen oder sie bei Verlust zur Fortsetzung des Spieles in den Stand zu setzen und dadurch den eigenen Gewinn zu vergrößern; und die gleiche Beurteilung wird in der Regel auch dann Platz greifen müssen, wenn das Darlehn von dem Kassierer des Klubs oder von einer anderen an dem Klub und dessen Einnahmen, z. B. durch den Bezug eines hohen Kartengeldes, beteiligten Person zu dem gleichen Zwecke gegeben wird (**RG** JW 1914, 296[3]; **RG** 18. 2. 18 VI 417/17). — Die vorstehenden Bemerkungen betreffen nicht das staatlich genehmigte Spiel (§ 763 A 2).

6. **Gesetzlich verbotene Spiele.** Es werden bestraft nach § 284 StGB das gewerbsmäßige Glücksspiel, nach § 286 die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie oder einer öffentlichen Ausspielung beweglicher oder unbeweglicher Sachen ohne obrigkeitliche Erlaubnis. Spielverträge, welche den in diesen Vorschriften enthaltenen Verbotsnormen zuwiderlaufen, sind nach § 134 nichtig (vgl. aber § 763 A 4). Soweit Nichtigkeit eintritt, greifen die Vorschriften der §§ 812ff. (814, 817) über ungerechtfertigte Bereicherung Platz (vgl. OLG 20, 233). Nach § 360 Nr 14 StGB wird ferner bestraft, „wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält". Die in dieser polizeilichen Strafvorschrift enthaltene Verbotsnorm trifft jedoch nicht das Spiel selbst, sondern den Ort des Spieles, so daß nicht nach § 134 der Spielvertrag nichtig ist; es kommen daher §§ 762, 763 zur Anwendung. — Auftrag, Dienstvertrag, Gesellschaft in bezug auf verbotenes Spiel verstoßen gegen die guten Sitten (§ 138) und sind aus diesem Grunde nichtig (vgl. auch RG 18, 242).

7. Auf die vor dem 1. 1. 00 eingegangenen Spiel- und Wettverträge findet § 762 gemäß Art 170 EG keine Anwendung, § 762 hat keine rückwirkende Kraft (RG JW 03 Beil 31[61]). Ist nach dem auf einen Spiel- oder Wettvertrag anzuwendenden ausländischen Rechte die Forderung klagbar, so kann sich gemäß Art 30 EG der Schuldner dennoch auf die Klaglosigkeit berufen, da ein Zwang gegen den Zweck des § 762 verstoßen würde (vgl. auch RG 37, 266, BayObLGZ 5, 361).

§ 763

Ein Lotterievertrag oder ein Ausspielvertrag[1]) ist verbindlich, wenn die Lotterie oder die Ausspielung staatlich genehmigt ist[2]). Anderenfalls finden die Vorschriften des § 762 Anwendung[3]) [4]) [5]).

E I 665 II 705; M 2 648; P 2 804.

1. Die **Lotterie** ist ein Unternehmen, bei dem mehreren Personen (der Allgemeinheit oder einem beschränkten Personenkreise) gegen Entrichtung eines Einsatzes (dazu RG Warn 1915 Nr 216) Geldbeträge oder andere vertretbare Sachen nach einem vorher aufgestellten Plane derart ausgesetzt werden, daß Gewinne oder Nieten von einer Auslosung (Ziehung) oder einer anderen auf den Zufall gestellten Art der Ermittlung abhängig sind. Das Ermittlungsverfahren kann danach verschiedener Art sein, es muß nur der Erfolg wesentlich vom Zufall abhängen; denn die Lotterie ist im Sinne des bürgerlichen Rechtes ein Glücksspiel (§ 762 A 1). Vgl. RG 60, 381; 77, 344; RGSt 34, 392; 36, 123. — Die **Ausspielung** unterscheidet sich von der Lotterie hauptsächlich dadurch, daß andere Gegenstände als Geld oder sonstige vertretbare Sachen die Gewinne bilden. Sehr oft, aber nicht immer, wird bei der Ausspielung die Entscheidung herbeigeführt durch eine dem Vergnügen oder der Erholung dienende Tätigkeit der dem Veranstalter der Ausspielung gegenüberstehenden Beteiligten. Die Ausspielung ist ein Glücks- oder Geschicklichkeitsspiel (§ 762 A 1). Die Ausspielung kann im Gegensatze zur Lotterie die mannigfachsten Formen annehmen; vgl. über das Gellaverfahren oder Schneeballgeschäft, das Hydrasystem und das Rabattsystem Multiplex RG 60, 379; RGSt 34 S. 140, 321, 390, 403. — Privatrechtlich stehen Lotterie und Ausspielung völlig gleich. Die Verträge werden zwischen dem Lotterie- oder Ausspielunternehmer einerseits und dem einzelnen Spieler anderseits geschlossen (vgl. A 5). Die Spieler stehen nicht infolge des Spielvertrags untereinander in einem Rechtsverhältnisse. Es können aber einige von ihnen zu einer Gesellschaft zusammentreten (Lotteriegesellschaft, Lotteriegemeinschaft; dazu PrGes. vom 19. 7. 11, GS 175); vgl. auch § 718 A 4, 6, § 727 A 1 und RG JW 08, 324[4]; RGSt 43, 55. — Das Wettunternehmen für öffentlich veranstaltete Pferderennen, **Totalisator,** ist seinem Wesen nach eine Lotterie, der Wettvertrag ist also nach § 763 verbindlich, wenn das Unternehmen staatlich genehmigt ist (ebenso Planck Erl 2a; a. M. Staudinger A 1a; auch JW 1916, 1295[1]). Nach dem jetzt maßgebenden Gesetz, betr. die Wetten bei öffentlich veranstalteten Pferderennen, v. 4. 7. 05 (RGBl 595) § 1 ist der Betrieb eines Wettunternehmens dieser Art nur mit Erlaubnis der Landeszentralbehörde oder der von ihr bezeichneten Behörde zulässig. Wetteinsätze bei den danach behördlich genehmigten Wettunternehmern sind nach § 763 Satz 1 verbindlich und nicht nach den Regeln des unklagbaren Spieles zu behandeln, dies übrigens, wie in RG 93, 348 dargelegt ist, selbst dann, wenn man, entgegen der hier vertretenen Auffassung, das Wetten an einem staatlich genehmigten Wettunternehmen nicht als Lotterie- oder Ausspielvertrag im Sinne des § 763 betrachtet. Ebenso verbindlich ist ein Auftrag oder Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung (§ 675) zur Vornahme einer Wette bei einem behördlich genehmigten Wettunternehmen (RG 93, 348; vgl. RGSt 46, 170). S. auch LZ 1918, 869[8].

2. Die **staatliche Genehmigung** wird durch Landesgesetz geregelt. Welcher Bundesstaat zuständig ist, bestimmt das öffentliche Recht. Staatliche Lotterien sind als solche ohne weiteres genehmigt. Ist die staatliche Genehmigung erteilt, so sind die Lotterie- und Ausspiel-

verträge zwischen dem Unternehmer oder dessen Vertreter (Kollekteur) und dem Spieler für das ganze Gebiet des Deutschen Reiches voll wirksam, nicht minder aber nach unverkennbarem Gesetzeswillen die auf der Grundlage des eigentlichen Lotterievertrags weiter vorkommenden Geschäfte, namentlich der Verkauf, die Schenkung und Verpfändung eines Loses. Sind die Lose auf den Inhaber ausgestellt (§§ 793ff.), so ist § 763 Satz 1 auch im Falle des § 794, obgleich ein Vertrag nicht geschlossen ist, entsprechend anzuwenden (vgl. § 793 A 1). Die staatliche Genehmigung bewirkt, daß nicht nur der Unternehmer auf den noch nicht entrichteten Einsatz, sondern auch der Spieler einen klagbaren Anspruch erhält auf die vertragsmäßige (planmäßige) Vornahme der Ziehung und gegebenenfalls auf den Gewinn. Etwa nicht abgesetzte Lose mag der Unternehmer auf eigene Rechnung spielen (M 2, 649). Die mit einem gültigen Lotterie- oder Ausspielvertrag in Verbindung stehenden Nebenverträge (Auftrag, Dienstvertrag, Gesellschaft, s. § 762 A 5) sind ebenfalls gültig.

3. Die Vorschriften des § 762 greifen auch Platz, soweit in einem Bundesstaate Lotterien und Ausspielungen der Genehmigung nicht bedürfen und deswegen auch tatsächlich nicht genehmigt werden. Die Zahlung des Kaufpreises für das Los einer nicht genehmigten Lotterie oder Ausspielung ist Erfüllung (vgl. § 762 A 3).

4. Verbotene Lotterien. In vielen Bundesstaaten (vgl. z. B. PrGes. v. 29. 8. 04, GS 255) ist das Spielen in auswärtigen Lotterien im steuerlichen Interesse verboten und unter Strafe gestellt. Diese Verbote haben nach der herrschenden Ansicht für alle in einem anderen Bundesstaate genehmigten Lotterien ihre privatrechtliche Wirkung verloren (**RG** 48, 178; **RG**St 43, 57). Der Unternehmer kann also auf Einzahlung vereinbarter Einsätze, der Spieler auf Auszahlung des Gewinns klagen. Dagegen werden nach ebenfalls jetzt herrschender Ansicht die landesgesetzlichen Strafbestimmungen vom § 763 nicht berührt (**RG**St 33 S. 196, 335; 36, 260; 39, 2). — Was die außerdeutschen Lotterien anlangt, so sind diese niemals staatlich genehmigt im Sinne des § 763 (A 2). Daraus und aus dem Verbote dieser Lotterien folgt jedoch noch nicht, daß dem in einer außerdeutschen Lotterie Spielenden keine Rechte gegen den ausländischen Unternehmer zustehen. Denn das Rechtsverhältnis zwischen den Vertragschließenden untersteht regelmäßig dem Rechte des auswärtigen Staates (vgl. auch **RG** Gruch 46, 1179). Entsteht hiernach ein Anspruch auf den Gewinn, so darf auch nicht grundsätzlich die Gültigkeit von Verträgen verneint werden, die das gemeinsame Spielen (A 1 a. E.) in einer solchen Lotterie betreffen. Selbstverständlich kann insoweit kein Rechtszwang stattfinden, als ein Handeln verlangt wird, durch das sich der in Anspruch Genommene der Begehung einer gesetzlich unter Strafe gestellten Handlung oder der Teilnahme an einer strafbaren Handlung schuldig machen würde. Ausgeschlossen sind also insbesondere klagbare Ansprüche darauf, das Los zu erwerben, auf Zahlung des versprochenen Anteilspreises, auf Fortsetzung des begonnenen Spieles oder auf Schadensersatz wegen Nichtausführung des Spieles. Dagegen ist nicht ausgeschlossen der Anspruch auf Auszahlung des Gewinnanteils oder auf Abtretung des Gewinnanspruchs. Auch der Erwerb des Eigentums oder Miteigentums an dem Lose oder Gewinne wird nicht gehindert (vgl. **RG** 58, 277 und dort angef. RGE). — In bezug auf das jeweils zur Anwendung kommende Verbotsgesetz ist durch Auslegung festzustellen, wieweit das Gesetz in die Vertragsfreiheit eingreifen will, insbesondere ob der Gesetzeszweck die Nichtigkeit des in Betracht kommenden Geschäfts verlangt (§ 134). Für das im Totalisatorgesetz v. 4. 7. 05 (A 1 a. E.) §§ 3, 6 enthaltene Verbot (dazu **RG**St 39, 209; 44, 174; 47, 411; 48, 200) wird man annehmen dürfen, daß es lediglich aus finanzpolitischen Erwägungen hervorgegangen ist, daher Geschäftsnichtigkeit nicht nach sich zieht. Von den übrigen Verbotsgesetzen s. außer StGB § 286 GewO § 148 Nr 7ab, § 56 Abs 2 Nr 5, § 56a Nr 2, § 56c; RGes. betr. Inhaberpapiere mit Prämien v. 8. 6. 71 und AbzG v. 16. 5. 94 § 7. — Sittenwidrigkeit des Vertriebs Hamburgischer Lotterielose in Preußen durch Strohmänner s. OLG 30, 339.

5. Für den **Vertrag zwischen dem Losverkäufer (Kollekteur) und dem Käufer** gelten die allgemeinen Rechtsregeln. Zahlreiche Rechtsstreitigkeiten entstehen darüber, ob das Angebot des — später mit einem Gewinne gezogenen — Loses rechtzeitig angenommen ist. Im allgemeinen ist bei Losangeboten davon auszugehen, daß das Angebot hinfällig werden soll, wenn das Los gezogen wird, bevor das Angebot angenommen ist; denn nach der Ziehung kommt nicht mehr ein Hoffnungskauf (§ 433 A 2), sondern der Kauf einer entstandenen unbedingten Gewinnforderung in Betracht (**RG** 50, 193; 59, 298). Auch die Zusendung des Erneuerungsloses für die höhere Klasse an einen Spieler, der schon in der niederen Klasse gespielt hat, führt in der Regel zur Übertragung des Loses nur dann, wenn der Spieler das Los vor der Ziehung bezahlt. Stets bleibt aber im Einzelfalle zu prüfen, ob das Angebot einen anderen Willen des Anbietenden erkennen läßt. So ist es in dem vorangeführten Falle denkbar, daß der Kollekteur das Los dem Spieler auf Borg überlassen wollte; dazu bedarf es aber des Nachweises einer Vereinbarung, und eine stillschweigende Vereinbarung ist ausgeschlossen, wo die zugesandten Bezugsbedingungen ersehen lassen, daß ein Spielen auf Borg überhaupt nicht stattfinden solle (**RG** 7. 6. 02 I 63/02). Über

das Nichtzustandekommen eines Lotterievertrags wegen Nichtbezahlung des Loses s. noch OLG 28, 219, auch OLG 36 S. 118, 120. Besteht bereits eine längere Geschäftsverbindung unter den Parteien, so kann unter Umständen die Annahme (§§ 145 ff.) eines vorbehaltlosen Losangebots schon durch Nichtzurücksenden geschehen (vgl. **RG** 48, 178). Wird ein Lotterielos in einem Zeitpunkte angeboten, wo damit gerechnet werden muß, daß die Ziehung vor der Annahme stattfinden werde (z. B. Angebot eines Ersatzloses während der Ziehung für ein mit einem geringen Gewinne gezogenes Los), so ist ohne ausdrücklichen Vorbehalt das glückliche Herauskommen des Loses kein Hindernis für die Annahme. Auch der bekannte Eigentumsvorbehalt des Kollekteurs an dem Lose (Klausel: Los bleibt bis zur Bezahlung unser Eigentum) ist in diesem Falle belanglos, weil in dem Vorbehalte keine Erklärung des Inhalts liegt, daß ein vor der Bezahlung gezogener Gewinn nicht dem Empfänger des Loses, der es demnächst zahlt, zustehen solle. (Vgl. **RG** 50, 194; 59, 298). — Über eine Klage des Gewinners unmittelbar gegen das mit dem Vertrieb der Lose einer Geldlotterie betraute Bankhaus s. OLG 24, 411. — Über die Verjährung des Anspruchs der Losvertreiber s. § 196 Abs 1 Nr 5, Abs 2, § 201.

§ 764

Wird ein auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren lautender Vertrag in der Absicht geschlossen, daß der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden soll, so ist der Vertrag als Spiel anzusehen[1]). Dies gilt auch dann, wenn nur die Absicht des einen Teiles auf die Zahlung des Unterschieds gerichtet ist, der andere Teil aber diese Absicht kennt oder kennen muß[2])[3])[4]).

M 2 647; P 2 804; RTKomm 55.

1. Die Vorschriften des § 764, die auf der Rechtsprechung des Reichsgerichts fußen, wie sie sich zur Zeit der Verabschiedung des Bürgerlichen Gesetzbuchs entwickelt hatte (**RG** 52, 251; JW 02, 257[24]), regeln das sog. **Differenzgeschäft** (von der Hamb. Neuen Falliten-Ordnung v. 1753 Art 104 als Windhandel bezeichnet, vgl. auch **RG** 34, 91). Das offene Differenzgeschäft kommt gegenwärtig (vgl. aber **RG** 34, 87) außerordentlich selten vor; denn es entspricht nicht dem Handelsbrauche, in einem späteren Zeitpunkte nach Vertragswortlaut zu liefernde Waren oder Wertpapiere (vgl. HGB § 1 Abs 2 Nr 1; **RG** 47, 106) unter der ausdrücklichen Abmachung zu handeln, daß sie nicht wirklich geliefert werden, sondern daß nur der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- oder Marktpreise (§ 385 A 1) der Lieferungszeit — des sog. Stichtages — von dem verlierenden Teile an den gewinnenden gezahlt werden solle. Es kommt aber nicht selten vor, daß die unausgesprochene Absicht der Vertragsparteien auf die Zahlung dieses Preisunterschiedes gerichtet ist: verdecktes Differenzgeschäft. Der Vertrag „lautet" nur, er ist nur zum Schein gerichtet auf wirkliche „Lieferung". Die tatsächliche Feststellung, daß ein verdecktes Differenzgeschäft vorliegt, kann im Einzelfalle schwierig sein. Die Gerichte sind oft auf Schlußfolgerungen aus begleitenden Umständen angewiesen (Unzulänglichkeit des Vermögens des Käufers oder Verkäufers, Höhe der Umsätze, fehlende Beziehung des Geschäfts zur Berufstätigkeit des Vertragschließenden, öftere Käufe und Verkäufe der nämlichen Papiere, Abwicklungsart früherer ähnlicher Geschäfte, Eigenschaft der gehandelten Papiere als bekannter Spielpapiere; die geflissentliche Bemerkung einer Vertragspartei, „sie mache nur Effektivgeschäfte", ist unter Umständen nur eine leere Rede). Vgl. z. B. **RG** 79 S. 234 (239) u. 381 (387). Über die Feststellung der Spielabsicht aus dem Mißverhältnis zwischen den Mitteln des Termingeschäfte Abschließenden und dem Umfang seiner Geschäfte und über die Beweislast dabei s. auch **RG** Warn 1914 Nr 157. Vgl. ferner **RG** Warn 1917 Nr 207. Liegen die Voraussetzungen eines Differenzgeschäfts im angegebenen Sinne vor, so wird seine Behandlung als Spiel nach § 764 nicht dadurch ausgeschlossen, daß es nicht ausschließlich der Befriedigung der Spielsucht dient, sondern aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit vorgenommen worden ist (vgl. OLG 36, 121; bestr.). — Das Differenzgeschäft darf selbstverständlich nicht mit einem Kaufgeschäfte verwechselt werden, das in der Absicht abgeschlossen wird, durch demnächstige Weiterveräußerung des Kaufgegenstandes am Preise zu verdienen. Das Gesetz will nicht zuwider der Rechtsprechung des Reichsgerichts, auf der es beruht, das gewöhnliche Lieferungsgeschäft treffen, das auf wirkliche Lieferung und auf wirklichen Empfang der Waren oder Wertpapiere abzielt, und bei dem die Zahlung des Preisunterschiedes nur unter besonderen Umständen, z. B. als Ersatz des abstrakten Schadens oder gemäß einer nachträglich getroffenen Vereinbarung, für die Vertragschließenden in Betracht kommt. Das Gesetz ist vielmehr allein auf solche Geschäfte abgestellt, bei denen die Absicht der Beteiligten oder

doch eines Teiles (Satz 2) in erster Linie und hauptsächlich auf die Zahlung des bezeichneten Preisunterschiedes, nicht auf wirkliche Lieferung gerichtet ist. Andererseits kann aber das Differenzgeschäft nicht außerhalb des Gesetzesbereichs gestellt werden durch seine Abwicklung in der üblichen Form des Gegengeschäfts (Deckungsgeschäfts); wenn der Verkäufer nach Abschluß des Differenzgeschäfts einen entsprechenden Kauf oder der Käufer einen entsprechenden Verkauf abschließt, so wird der Charakter des ersten Geschäfts dadurch nicht geändert (vgl. auch RG 30, 219; 34 S. 89 187; 79, 238). Die Erledigung des ersten Geschäfts (Spekulationsgeschäft) durch ein zweites Geschäft (Realisationsgeschäft) betrifft hier nur die Form der Abwicklung der Spekulation, ohne die dem ersten Geschäfte zugrunde liegende Spielabsicht der Vertragsparteien zu beseitigen. Zum Zwecke der Abwicklung auf dem Wege der Skontration (§ 387 A 1) sind an bedeutenderen Börsenplätzen auf Grund von Vereinbarungen der Banken untereinander (Liquidationsvereinigungen) für den Handel mit Wertpapieren Abrechnungsstellen eingerichtet, welche die Abwicklung der Zeitgeschäfte auf Grund des vom Börsenvorstande zwei Werktage vor Ultimo im Anschlusse an den Tageskurs festgesetzten sog. Liquidationskurses vermitteln. Dieser Liquidationskurs darf nicht mit dem „Börsen- oder Marktpreise der Lieferungszeit" verwechselt werden. Jene Abwicklung (Abnahme der Wertpapiere zum Liquidationskurse von den durch die Abrechnungsstelle bestimmten Mitgliedern des Liquidationsvereins; Regelung des Unterschiedes zwischen dem Liquidationskurse und dem Vertragskurse unter den Vertragschließenden) ist keine endgültige, sondern nur eine Zwischenregelung. Denn es kann sich selbstverständlich noch ein Unterschied zwischen dem Kurse am Lieferungstage (Stichtage) und dem Liquidationskurse herausstellen. Behufs völliger Abwicklung des Geschäfts ist dann auch dieser Unterschied unter den Vertragschließenden auszugleichen.

2. Die Feststellung der zur Zeit des Vertragsabschlusses vorhandenen **auf die Zahlung des Preisunterschiedes gerichteten Geschäftsabsicht** der Vertragschließenden wird vom Gesetze durch die Vorschrift erleichtert, daß diese Absicht nur bei dem einen Teile festgestellt zu werden braucht, wogegen bei dem andern Teile ausreichend ist, daß er die Absicht kennt oder (nach den Umständen: Natur und Umfang der Geschäfte, Beruf des Gegners, Vermögensverhältnisse usw.; vgl. A 1) kennen muß, d. h. infolge von Fahrlässigkeit nicht kennt (§ 122 Abs 2). Es genügt also, die auf Zahlung des Preisunterschiedes gerichtete Absicht auf der einen und schuldhafte Nichtkenntnis dieser Absicht auf der anderen Seite nachzuweisen. Selbst von einer stillschweigenden Einigung der Parteien über den Ausschluß der wirklichen Lieferung und die Zahlung des Preisunterschiedes wird abgesehen (RG JW 07, 744[15]; vgl. auch JW 98, 145[17]). Man könnte hierin die eigenartige gesetzliche Regelung eines besonderen Falles aus dem Gebiete der Erklärungstheorie (RG 58, 235; 68, 127) finden. — Der Kaufmann, der sich bei dem Abschlusse von Zeitgeschäften auf Lieferung von Waren oder Wertpapieren der Vermittlung eines Agenten bedient, muß die Kenntnis dieses Agenten von der Spielabsicht des anderen Vertragsteils gegen sich gelten lassen, und zwar auch dann, wenn zwischen den Vertragsteilen unterschriftlich vollzogene Schlußscheine gewechselt sind und diese auf wirkliche Lieferung lauten (RG 30 S. 217, 28; 36, 248; 51, 151; JW 1898, 360[39]; 1899, 99[39]; 1910, 234[11]). — Der Verkehr hat sich dem Gesetze auf verschiedenen Wegen zu entziehen gesucht. § 764 trifft nicht das ernstgemeinte **Kassageschäft** (sofortige Lieferung gegen sofortige Zahlung, Tageskauf zum Tageskurse, Tagesgeschäft). Mag auch das Kassageschäft in Spekulationsabsicht geschlossen werden, mag der Käufer nicht eine dauernde Vermögensanlage in den gekauften Papieren, sondern vielmehr beabsichtigen, diese demnächst wieder zu verkaufen, so fehlt doch das wesentliche Merkmal des Differenzgeschäfts, daß durch ein einheitliches Zeitgeschäft um den Unterschied des vereinbarten Preises und des ungewissen Börsen- oder Marktpreises am späteren Stichtage gespielt wird. Bei dem Kassageschäfte fehlt dieser Stichtag, nach welchem der zweite Preis zu bestimmen ist, der zu dem ersten, dem vereinbarten Preise ins Verhältnis behufs Berechnung des Preisunterschiedes gesetzt werden könnte. Wenn auf den Kassakauf später ein Verkauf folgt, so kann zwar zwischen dem Kauf- und Verkaufspreise zugunsten oder zum Nachteile des Spekulanten ein Unterschied bestehen, aber hier ist das Spekulations- mit dem Realisationsgeschäft nur rein wirtschaftlich verbunden (vgl. RG 52, 250; 66, 97; JW 02 S. 257[24], 445[11] Beil 199; 03 Beil 100[225]; 07, 278[44]). Spekulation ist nicht Spiel (RG Warn 1915 Nr 207). Der Charakter des Differenzgeschäfts geht aber dadurch nicht verloren, daß die Bestimmung des Stichtags in das Belieben eines der Vertragschließenden gestellt wird (RG JW 04, 291[13]; RG Warn 1917 Nr 54). Der Differenzcharakter kann auch bei solchen Kassageschäften nicht als beseitigt angesehen werden, die mit der Vereinbarung verbunden sind, die gekaufte Ware solle unter Stundung des Kaufpreises an einem bestimmten Tage für Rechnung des Käufers wieder verkauft werden (Kassakontokurrentgeschäft, Kassakonto-, Kontogeschäft). Geschäfte dieser Art werden zum Scheine (§ 117) vorgenommen, um das wirklich gewollte Differenzspiel zu verdecken (z. B. Belastung mit dem Ankaufspreise am 3. April und im voraus mit den Zinsen bis Ultimo April auf der Sollseite der laufenden Rechnung, formeller Verkauf Ultimo April und

Gutschrift dieses Verkaufspreises auf der Habenseite); das Kassageschäft bildet hier nur die Verkleidung eines Spielgeschäfts, das mit dem Umsatz von Waren oder Wertpapieren nichts gemein hat (vgl. auch RG 52, 254; 59, 321; JW 03 Beil 100[225]; 06, 14[12]). Ob auf dieses Geschäft § 764 oder unmittelbar § 762 angewendet wird, ist ohne Erheblichkeit, da die Kenntnis des einen Teiles von der Spielabsicht des anderen Teiles zum Wesen des „Kassakontokurrentgeschäfts" gehört. Auch Kassageschäfte können also Spielgeschäfte sein. Was die Beweisfrage betrifft, so ist zu beachten, daß gewisse Anzeichen, wie insbesondere die Unzulänglichkeit des Vermögens des Käufers, die Eignung der Wertpapiere als Spielpapiere und das Unterbleiben der Lieferung, beim Kassageschäft im Gegensatz zum Zeitgeschäft regelmäßig nicht genügen, die Spielnatur des Geschäfts zu beweisen. Man darf sie aber deshalb nicht als bedeutungslos bezeichnen. Vielmehr muß stets nach der Gesamtheit aller Umstände, wozu auch die erwähnten gehören, geprüft werden, ob es sich um ernstlichen Kauf und Verkauf oder nur um Spiel handelt (RG 91, 42; RG Warn 1919 Nr 35). Lediglich daraus, daß ein Kassageschäft sich zwischen vielen zweifellosen Differenzgeschäften befindet, kann noch nicht gefolgert werden, das Kassageschäft sei ebenfalls nicht ernstlich gewollt und verschleiere nur das Spielen um den Kurs (RG JW 02, 445[11]). Die Natur des eigentlichen Kassageschäfts wird ferner regelmäßig dadurch nicht in Frage gestellt, daß die Ware oder das Papier nicht in den Besitz des Käufers gelangt, sondern alsbald weiterverkauft wird, oder daß nur die wirkliche Lieferung hinausgeschoben wird oder daß der eine Teil den Kaufpreis dem anderen Teile gegen Zurückbehaltung der auf sofortige Lieferung gekauften Papiere einstweilen stundet (vgl. RG 52, 253; 59, 323; HoldheimsMSchr 14, 238). — Ein ernstlich gemeintes **Prolongationsgeschäft** ist kein Differenzgeschäft, wenn das ursprüngliche Geschäft auf wirkliche Lieferung gerichtet war (RG 30, 219). Wird aber bei der Prolongation die wirkliche Lieferung ausgeschlossen und an ihre Stelle die Differenzzahlung gesetzt, so ist § 764 anzuwenden (vgl. RG JW 93 S. 312[23], 447[7]; 00, 297[14]). — Liegt bei der **Kommission** kein eigentlicher Auftrag vor, geht vielmehr die Absicht dahin, die zu kaufenden oder zu verkaufenden Waren oder Wertpapiere nicht wirklich abzunehmen oder zu liefern, sondern nur die Preisdifferenz zu bezahlen, so ist ebenfalls § 764 anzuwenden. Ohne Belang ist es, ob der Kommissionär seinerseits mit einem Dritten ein wirkliches Lieferungsgeschäft eingeht (vgl. RG 34 S. 90, 264; JW 04, 291[13]). — Liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines Differenzgeschäfts vor, so ist § 764 auch dann anzuwenden, wenn der Differenzschuldner schon beim Abschlusse des Geschäfts die Absicht hatte, den Differenzeinwand zu erheben. Die Erhebung dieses Einwandes verstößt selbst in diesem Falle nicht gegen die guten Sitten, so daß der Differenzgläubiger auch nicht einen Schadensersatzanspruch aus § 826 erheben kann (SeuffA 73 Nr 72).

3. Ist das Differenzgeschäft von der Partei, die den Differenzeinwand erhebt, nachgewiesen (RG JW 93, 357[45]; 00, 157[20]) oder etwa ohne weiteres vom Richter zu erkennen und daher von Amts wegen zu berücksichtigen, so kommen die Vorschriften des § 762 über das **Spiel** zur Anwendung. Vgl. dort A 2ff. Fehlt eines der Merkmale des Differenzgeschäfts, so bleibt für den Richter noch die Prüfung übrig, ob die Merkmale des gewöhnlichen Spieles nach § 762 gegeben sind, diese Vorschrift also unmittelbar anzuwenden ist. — Über vertragsmäßige Aufrechnung s. § 762 A 2 g. E. Von Wichtigkeit ist hier ein besonderer Fall der vertragsmäßigen Aufrechnung, nämlich die — nach § 782 formlose, im Verkehr meistens schriftlich gegebene — **Anerkennung eines Saldos** im Kontokurrentverhältnis. Sie steht der Zahlung gleich, denn die unwirksamen Differenzgeschäfte sind nach § 762 Abs 1 Satz 2 erfüllungsfähig (vgl. RG 38, 240; RG JW 03 Beil 35[72]). Die Anerkennung des Schuldsaldos kann freilich nach § 762 Abs 2 diesen nicht klagbar machen. Finden sich auf der Sollseite außer den Differenzschulden voll wirksame Schulden, so werden nach der herrschenden Ansicht die einzelnen Schuldposten durch die vertragsmäßige Aufrechnung in demselben Verhältnisse getilgt, in welchem die kleinere Gesamtsumme der Habenseite zur Sollseite steht (§§ 366 Abs 2, 389). Jeder Sollposten wird zu einem Bruchteile getilgt, dessen Nenner der Gesamtbetrag der Sollposten und dessen Zähler der Gesamtbetrag der Habenposten war. Vgl. RG 56, 24; 59, 193; JW 05, 187[39]. — Die auf das Differenzgeschäft vorgenommene Zahlung von Einschüssen und Nachschüssen (original and additional margins, Margen, Depot) ist regelmäßig entsprechend dem allgemeinen Verkehrswillen Hingabe zur Sicherung einer künftigen Differenzschuld, nicht Leistung im Sinne des § 762 Abs 1 Satz 2 (§ 241). Solche Einschüsse können daher zurückgefordert werden. Vgl. RG 38, 232 und § 762 A 3, sowie abw. RG 30. 6. 09 I 359/08, DJZ 09, 1267. — Über die Zahlung einer Vorprämie s. RG 79, 407; die Gründe dieser Entscheidung müssen auf den besonderen Fall der Vorprämie eingeschränkt werden.

4. Der Wirkungskreis des § 764 ist wesentlich eingeschränkt worden durch das **Börsengesetz** vom 22. 6. 96, vor allem aber durch die Abänderung dieses Gesetzes v. 8. 5. 08 (neue Fassung v. 27. 5. 08). Dazu die Kommentare. Hier ist für das Verhältnis zu den §§ 762, 764 nur folgendes hervorzuheben: a) Erlaubte Börsentermingeschäfte (§§ 50—62).

Nach § 58 BörsG kann gegen Ansprüche aus den gemäß den Börsenbedingungen abgeschlossenen Börsentermingeschäften in Waren oder Wertpapieren, die gemäß § 50 zum Börsenterminhandel zugelassen sind (offizieller Börsenterminhandel), von denjenigen, für die das Geschäft nach den Vorschriften der §§ 53, 54 (dazu RG 87, 18), 57 (dazu RG 82, 181; 87, 221; 90, 250; 91 S 43, 377) verbindlich ist, also namentlich von Vollkaufleuten, die in das Handelsregister eingetragen sind, von berufsmäßigen Börsenleuten, von Börsenbesuchern und von Personen, die im Inlande zur Zeit des Geschäftsabschlusses weder einen Wohnsitz noch eine gewerbliche Niederlassung haben (börsengeschäftsfähigen Personen), ein Einwand aus den §§ 762 u. 764 BGB nicht erhoben werden (Satz 1). Und soweit dieser Einwand gegen die bezeichneten Ansprüche zulässig bleibt (bei der Beteiligung börsengeschäftsunfähiger Personen am offiziellen Börsenterminhandel), finden die Vorschriften des BörsG über Befriedigung aus einer bestellten Sicherheit und über Zulässigkeit der Aufrechnung (§§ 54, 56) Anwendung (Satz 2). Für die bei Geschäften über Wertpapiere unter Beobachtung besonderer Förmlichkeiten bestellten Sicherheiten bestimmt § 54, daß, wenn auch nur der eine Vertragsteil eingetragener Kaufmann ist, dieser aus der Sicherheit Befriedigung suchen kann. Und § 56 schreibt vor, daß gegen Forderungen aus Börsentermingeschäften eine Aufrechnung auf Grund anderer Börsentermingeschäfte auch dann zulässig ist, wenn diese Geschäfte für den Aufrechnenden eine Forderung (insbesondere gegen einen Nichtkaufmann, §§ 53, 54 Abs 1) nicht begründen. Voraussetzung für die Anwendung aller dieser Vorschriften und damit für die Ausschließung des Einwandes aus den §§ 762 u. 764 bleibt aber, daß offizielle Börsentermingeschäfte vorliegen; auf inoffizielle, wenn auch erlaubte Termingeschäfte findet § 58 keine Anwendung (RG 86, 406). Zu diesen inoffiziellen Börsentermingeschäften gehören nicht nur die über nicht zum Börsenhandel zugelassene Waren oder Wertpapiere abgeschlossenen Geschäfte, sondern auch solche über zugelassene Waren oder Wertpapiere, wenn sie unter anderen als den amtlich festgesetzten Bedingungen abgeschlossen worden sind, vorausgesetzt, daß die Abweichung einen wesentlichen Punkt betrifft (RG 86, 406; RG JW 1915 S. 791[9], 1005[12]; RG Warn 1914 Nr 157; 1916 Nr 68); ebenso allgemein Geschäfte, die an ausländischen Börsen abgeschlossen werden (RG 76, 371; 79, 381; 89, 358; SeuffA 67 Nr 176). Dem Spiel- und Differenzeinwand bleiben hiernach unterworfen alle Börsentermingeschäfte — auch unter eingetragenen Kaufleuten oder anderen börsengeschäftsfähigen Personen — in solchen Waren oder Wertpapieren, die zur Zeit des Geschäftsabschlusses zum Börsenterminhandel nicht zugelassen (§ 50) waren, ferner die unter (wesentlich) anderen als den amtlich festgesetzten Bedingungen und die an ausländischen Börsen abgeschlossenen Geschäfte (inoffizielle Börsentermingeschäfte); dahin gehören u. a. die Wertpapiere, bei denen die Gesamtsumme der Stücke nach ihrem Nennwerte 20 Millionen Mark nicht erreicht (§ 50 Abs 4), somit alle Kuxen, da diese überhaupt keinen Nennwert haben. Der Spiel- und Differenzeinwand bleibt ferner zulässig, wenn von nicht börsengeschäftsfähigen Personen Börsentermingeschäfte in zugelassenen Waren oder Wertpapieren abgeschlossen sind, soweit nicht die angeführten Vorschriften der §§ 54 u. 56 über Sicherheit und Aufrechnung Platz greifen. b) Verbotene Börsentermingeschäfte (§§ 63—70). Gegen Ansprüche aus diesen findet der Spiel- und Differenzeinwand ohne Einschränkung statt. Verboten sind Börsentermingeschäfte in Anteilen von inländischen (RG 88, 91) Bergwerks- und Fabrikunternehmungen (Aktien), soweit sie nicht durch Genehmigung des Bundesrats zugelassen sind (§ 63 Abs 1), ferner in Waren oder Wertpapieren nach ausdrücklichem Verbote des Bundesrats (§ 63 Abs 2; vgl. Bek. v. 20. 4. 99 über die Untersagung des Börsenterminhandels in Kammzug), endlich sind unbedingt verboten Börsentermingeschäfte in Getreide oder Erzeugnissen der Getreidemüllerei (§ 65). § 68 BörsG, dessen Fassung dem § 764 nachgebildet ist, will den Differenzeinwand nicht etwa für alle Börsentermingeschäfte in Getreide und Müllereierzeugnissen regeln, sondern nur das in § 67 geordnete handelsrechtliche Lieferungsgeschäft in diesen Waren treffen, sofern es zum Börsenspiel mißbraucht wird (vgl. RG 79, 234). Freilich hat der Differenzeinwand für die verbotenen Börsentermingeschäfte keine praktische Bedeutung mehr; denn bei den Termingeschäften in Getreide und Müllereierzeugnissen kann der Schuldner sogar das Geleistete gemäß § 66 Abs 2 binnen zwei Jahren zurückfordern, und die übrigen verbotenen Börsentermingeschäfte stehen dem Spiele völlig gleich (§§ 64, 69).

Verleitung zum Börsenspiel s. BörsG § 94. Die Verleitung kann auch dann, wenn der Tatbestand dieser Bestimmung nicht erfüllt ist, zur Nichtigkeit der Geschäfte nach § 138 und zu Schadensersatzansprüchen des Verleiteten aus Vertrag und wegen unerlaubter Handlung nach § 826 führen (RG 90, 250; RG Warn 1916 Nr 277).

Achtzehnter Titel

Bürgschaft

1. Das wesentliche Merkmal des **Bürgschaftsvertrags** ist die darin dem Gläubiger eines Dritten gegenüber übernommene Verpflichtung, für die Erfüllung der Schuld dieses Dritten persönlich aufzukommen, und die dadurch bedingte Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von einer Hauptschuld, mit der die erstere steht und fällt (RG 71, 56; JW 1916, 904[4]; Warn 1910 Nr 378; 1917 Nr 241). Der wirtschaftliche Zweck des Bürgschaftsvertrags ist die Sicherung des Gläubigers für den Fall, daß der Schuldner nicht erfüllen wird. Die Bürgschaft begründet daher keine Gesamtschuld mit der Verbindlichkeit des Hauptschuldners, der Bürge wird vielmehr Schuldner eines eigenen Schuldverhältnisses, dessen Gegenstand nicht die Hauptschuld selbst, sondern nur die Sicherung ihrer Erfüllung ist. Vgl. § 765 A 1.

2. Die **Bürgschaftsverpflichtung** ist notwendig bedingt durch den Bestand einer Hauptschuld. Sie kann vor deren Entstehung begründet werden in dem Sinne, daß sie für eine künftig erst erwartete Schuld übernommen wird (§ 765 Abs 2; s. § 765 A 5); aber die übernommene Verpflichtung beginnt immer erst mit der Hauptschuld, deren jeweiliger Bestand für sie maßgebend ist (§ 767), deren Veränderung auch sie verändert, und deren Erlöschen auch sie zum Erlöschen bringt (RG 71, 56). Würde die Befriedigung des Gläubigers eines andern gerade für den Fall übernommen sein, daß jenes Schuldverhältnis nichtig sei oder in Wegfall kommen würde, so liegt nicht ein Bürgschafts-, sondern ein Gewährvertrag (Garantievertrag) vor (s. unten Vorbem 6). Die Hauptschuld kann selbstverständlich auch eine gesetzliche Verpflichtung oder eine solche aus unerlaubter Handlung sein. Eine nur dingliche Schuld ist aber keine Schuld im Sinne des Bürgschaftsvertrags (vgl. darüber A 3 zu § 765).

3. Der Bürgschaftsvertrag ist ein Vertrag zwischen einer Person und dem Gläubiger einer andern. Das **Rechtsverhältnis**, das **zwischen** der ersteren Person **(dem Bürgen) und** der letzteren **(dem Hauptschuldner)** etwa besteht, ist für die aus dem Bürgschaftsvertrage etwa entstehenden Rechte und Pflichten vollständig gleichgültig, wie auch eine Mitwirkung des Hauptschuldners zum Zustandekommen des Bürgschaftsvertrags nicht erforderlich ist. Der Bürge kann sich dem Hauptschuldner zur Übernahme der Bürgschaft verpflichtet haben durch Annahme eines Auftrags (§§ 662, 775), durch einen Dienstvertrag (§§ 611 ff.; Verpflichtung zur Übernahme der Bürgschaft gegen eine Provision); er kann auch als Geschäftsführer ohne Auftrag (§§ 677 ff.) handeln. Es ist rechtlich möglich und zulässig, daß die Bürgschaft namens des Bürgen durch den Schuldner selbst erklärt wird, wenn dieser zugleich Bevollmächtigter des Bürgen oder sonst für diesen vertretungsberechtigt ist (RG 71, 219; Warn 09 Nr 189). Infolge des Bürgschaftsverhältnisses tritt der Bürge mit dem Hauptschuldner erst in Rechtsbeziehungen durch die Befriedigung des Gläubigers, die nach § 774 den Übergang von dessen Forderung gegen den Hauptschuldner auf ihn zur Folge hat (vgl. RG 59, 10).

4. Die Bürgschaft ist ein **einseitig verpflichtender** Vertrag. Nur der Bürge übernimmt Verpflichtungen; dem Gläubiger entstehen aus dem Vertrage an sich nur Rechte, keine Pflichten (vgl. darüber § 765 A 7 und § 776 A 1). Zur Schenkung wird aber die Bürgschaft durch den Mangel einer Gegenleistung des Gläubigers nicht. Die Übernahme einer Bürgschaft kann eine Schenkung sein, aber nur dann, wenn der Gläubiger dadurch bereichert wird und beide Parteien über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sind (RG 54, 284; 90, 181). Die Bürgschaftsverpflichtung kann auch als Bestandteil eines zweiseitig verpflichtenden Vertrags erscheinen, wenn der Gläubiger darin eine Verpflichtung gegen den Bürgen übernimmt, die nicht nur Nebenverpflichtung, wie etwa eine Verpflichtung des Gläubigers, den dem Hauptschuldner zu zahlenden Darlehnsbetrag an andere Personen (Bauhandwerker und Lieferanten) auszuzahlen, sondern wirkliche Gegenleistung ist (RG 65, 46; 66, 425). Ist dies der Fall, dann greifen für den Vertrag die sonst für die Bürgschaft unanwendbaren Bestimmungen der §§ 320 ff., insbesondere das Rücktrittsrecht des § 326, Platz. Die Bürgschaftsübernahme gegen Zusage des Kredits oder weiteren Kredits für den Hauptschuldner kann einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag mit selbständiger Gegenleistung darstellen; sie kann aber ebensowohl auch nur als eine Bürgschaft mit Zweckbestimmung erscheinen; beim Versagen des Zwecks ist dem Bürgen dann ein Bereicherungsanspruch nach § 812 gegen den Gläubiger auf Herausgabe der durch die Bürgschaft erlangten Vorteile gegeben (RG JW 1911, 540[15]; vgl. auch JW 1912, 464[10]).

5. Besondere Erscheinungsformen der Bürgschaft sind:

a) die selbstschuldnerische Bürgschaft, die sich von der gewöhnlichen Bürgschaft nur durch den Wegfall der Einrede der Vorausklage unterscheidet (§§ 772, 773); die Bürgschaft des Vollkaufmanns ist selbstschuldnerische Bürgschaft (§§ 349, 351 HGB), ebenso die Bürgschaft aus einem Zwangsvergleich (§ 194 KO);

b) die **Ausfalls- oder Schadlosbürgschaft**, bei der die Verpflichtung des Bürgen erst eintritt, wenn feststeht, daß der Gläubiger durch die Zahlungsunfähigkeit und das Versagen der sonst etwa bestellten Sicherheiten einen Verlust an seiner Forderung erleidet, dieser Nachweis daher zur Klagbegründung gehört (RG 75, 186; JW 1912, 455[1]; Warn 1911 Nr 75; SeuffA 51 Nr 178). Der Hinweis auf die eigene Zahlungspflicht des Schuldners und deren Nichterfüllung macht eine Bürgschaft nicht zur Ausfallsbürgschaft, da diese Beziehung jeder Bürgschaft eigen ist (RG 29. 6. 11 VI 428/10). Ausfallsbürgschaft und selbstschuldnerische Bürgschaft sind nicht notwendig Gegensätze; der Eintritt des Bürgschaftsfalls kann von einem bestimmten Ausfall abhängig gemacht und die Bürgschaft dennoch eine selbstschuldnerische im übrigen sein (vgl. RG JW 1914, 350[4]; Warn 1916 Nr 50; 1919 Nr 166; LZ 1917, 675[17]). Die Haftungsübernahme für die Güte einer in Zahlung gegebenen abgetretenen Hypothek ist keine Ausfallsbürgschaft, sondern eigene Gewährleistungspflicht aus dem Veräußerungsvertrage (RG 60, 369; JW 07, 105[6]; 1910, 231[8]; vgl. auch RG 69, 416; s. aber unten Vorbem 6b);

c) die **Nach- oder Afterbürgschaft**, die dem Gläubiger gegenüber für den Bürgen übernommen wird; Hauptschuldner ist indessen auch im Sinne dieser Bürgschaft der Dritte, dessen Schuld durch die Vor- und die Nachbürgschaft gesichert werden soll, nicht der Vorbürge (RG 83, 342; Warn 1917 Nr 241);

d) die **Rückbürgschaft**, die dem Bürgen gegenüber für den Hauptschuldner wegen des Rückgriffanspruchs gegen diesen übernommen wird;

e) die **Kreditbürgschaft**, die dem Schuldner beim Gläubiger Kredit zu verschaffen bezweckt (vgl. darüber § 765 A 6).

Keine Form der zivilrechtlichen Bürgschaft ist die **Wechselbürgschaft** (Art 81 WO; vgl. dazu RG 50, 12 u. 68, 155); der Wechselbürge übernimmt eine selbständige eigene, gesamtschuldnerische Wechselverpflichtung (RG 40, 58; 48, 155; JW 03 Beil Nr 94; 1911, 106[43]; LZ 1920, 563[2]); die Bestimmungen des BGB sind darauf nicht anwendbar.

6. Dem Bürgschaftsvertrage **verwandte Verträge** sind:

a) der **Delkrederevertrag** (§ 394 HGB), eine bürgschaftsähnliche Erweiterung der Haftung des Kommissionärs gegenüber dem Kommittenten für den Dritten, mit dem er das aufgegebene Geschäft abschließt;

b) der **Gewähr- (Garantie-) Vertrag**, der sich vielfach mit der Bürgschaft nahe berührt. Die Verpflichtung aus diesem Vertrage geht aber nicht auf die Erfüllung der Verbindlichkeit des Hauptschuldners, auf ein Einstehen für dessen Person; ihr Gegenstand ist vielmehr die sachliche Haftung für einen bestimmten Erfolg oder auch für ein bestimmtes Verhalten des Schuldners, die Übernahme einer Gefahr oder eines Schadens, die dem Gläubiger aus dem Rechtsverhältnisse mit einem Dritten erwachsen können und noch bevorstehen müssen (RG 61, 157; 72, 138; 82, 337; 90, 415; 92, 121; JW 1910, 231[8]; 1912, 455[1]; 1913, 653[16]; 1916, 398[4]; Warn 09 Nr 87; 1913 Nr 9; 1914 Nr 47; 1916 Nr 130; Gruch 51, 191; 22. 4. 11 VI 296/10). Die Grenze zwischen Gewährvertrag und Bürgschaftsvertrag kann oft zweifelhaft sein. Das Einstehen für die Güte einer Hypothek oder Grundschuld zur Zeit des Vertrags oder bis zur Rückzahlung des zu sichernden Darlehns oder bis zur Inanspruchnahme des Pfandgrundstücks ist z. B. an sich Gewährvertrag. Soll und will aber der Gläubiger im letzteren Falle von der Zwangsversteigerung gar nicht berührt sein, überläßt er vielmehr dem Gewährschuldner die Gefahr, daß die Hypothek oder Grundschuld zur Hebung gelangt, so daß dieser den Ausfall zu decken hat, dann liegt nicht Gewährvertrag, sondern Ausfallsbürgschaft vor; es handelt sich nicht mehr um das Einstehen für einen Erfolg, sondern um Ersatzerfüllung der Hauptverbindlichkeit in Höhe des Ausfalls (RG 11. 10. 06 VI 27/06). Über die Ausbietungsgarantie, daß bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks eine Hypothek ausgeboten werde, RG Gruch 58, 971. Die Berechtigung aus dem Garantievertrag geht auf den neuen Gläubiger bei einer Einzelrechtsnachfolge nicht über; § 401 findet keine Anwendung; doch kann ein solcher Übergang rechtsgeschäftlich vereinbart werden und gewollt sein, wodurch der Garantievertrag der Bürgschaft noch mehr sich nähert (RG Warn 1916 Nr 130);

c) der **Kreditauftrag** § 778. Vgl. die Anmerkungen dazu;

d) die **Schuldmitübernahme** (kumulative Schuldübernahme), der Eintritt eines Dritten in eine bestehende Schuldverbindlichkeit als Gesamtschuldner neben dem ursprünglichen Schuldner. Sie ist oft und im Zweifel nichts als eine in besonderer Fassung und Ausdrucksweise erklärte selbstschuldnerische Bürgschaft. Erhellt jedoch ein eigenes sachliches unmittelbares Interesse des Schuldübernehmers — nicht etwa nur ein persönliches Interesse, so um einen Verwandten vor Strafanzeige zu schützen (RG 20. 9. 17 III 150/17) — an den Leistungen des Hauptvertrags und kommen dessen Vorteile auch ihm zugute, so kann daraus auf eine von der Verbindlichkeit des ursprünglichen Schuldners unabhängige Gesamtverpflichtung mit diesem im Sinne des § 421 geschlossen werden; in diesen Fällen ist die Schuldmitübernahme als selbständige Schuldverpflichtung anzuerkennen, auf welche die Vorschriften der §§ 414ff., nicht diejenigen über den Bürgschaftsvertrag, Anwendung finden (RG 51, 120;

59, 232; 64, 318; 68, 126; 71, 113; 78, 37; 90, 415; JW 08 S. 31[6], 137[5], 676[7]; 09 S. 389[6], 459[14]; 1911 S. 449[16], 581[22]; 1913, 597[11]; 1916, 398[4]; Warn 09 Nr 88, 268 u. 291; 1911 Nr 171; 1913 Nr 407; 1915 Nr 113; 1916 Nr 130; 1918 Nr 7). Die Entscheidungen RG 68, 126; JW 08, 676[7]; Warn 1911 Nr 471 — vgl. dazu ferner RG 56, 130 — behandeln das im Bauverkehr häufige Eingreifen eines Dritten in das zwischen dem Bauherrn und seinen Handwerkern und Lieferanten bestehende Schuldverhältnis durch das Versprechen, ihnen aus eigenem Vermögen für die Bezahlung ihrer Leistungen aufzukommen. Hat den Dritten lediglich ein persönliches Interesse für den Bauherrn oder für die Handwerker zum Eintritt für die Bezahlung bestimmt, so ist jenes Versprechen als Bürgschaft anzusehen. Hat er aber ein eigenes sachliches, sei es rechtliches oder wirtschaftliches Interesse an den Leistungen der Handwerker, an dem Fortgange der Arbeiten, die eingestellt sind oder ohne sein Eingreifen ins Stocken geraten werden, dann stehen der Annahme einer selbständigen Schuldmitübernahme rechtliche Bedenken nicht entgegen. Ein solches Interesse hat vor allem er Hypothekengläubiger des Grundstücks, dem von der Einstellung des Baues die Entwertung seiner Hypothek droht. Die Unterscheidung ist wesentlich wegen der für den Bürgschaftsvertrag in § 766 vorgesehenen Form, die für die verwandten Geschäfte, auch für die Schuldmitübernahme, wenn sie wirklich eine solche ist, nicht Platz greift. Nach der Art des Eingreifens des Dritten kann übrigens auch ein Kreditauftrag auf weiteren dem Bauherrn zu gewährenden Kredit (§ 778), unter Umständen aber auch nur eine Zusicherung vorliegen, für die vertragsmäßige Zahlung durch den Schuldner seine Bemühungen aufzuwenden (RG 56, 130; 9. 3. 03 VI 366/02);

e) bürgschaftsähnliche Verpflichtungen, die durch Gesetz geschaffen sind, enthalten die § 571 Abs 2 (Haftung de Vermieters für den infolge einer Veräußerung des Mietgrundstücks in die Verpflichtungen des Vermieters eingetretenen Erwerber dem Mieter gegenüber) und § 1251 Abs 2 (Haftung des bisherigen Pfandgläubigers, der die durch Pfand gesicherte Forderung an einen Dritten übertragen hat, für die Erfüllung der mit dem Pfandrecht verbundenen Verpflichtungen dem Verpfänder gegenüber); ferner § 36 Abs 2 des VerlG v. 19. 7. 01;

f) die Übernahme der Verpflichtung zur Bestellung eines Pfandes für die Forderung des Gläubigers gegen einen Dritten; sie ist keine Bürgschaft und bedarf nicht der Schriftform (RG Warn 09 Nr 207).

§ 765

Durch den Bürgschaftsvertrag¹) verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten²), für die Erfüllung⁴) der Verbindlichkeit des Dritten³) einzustehen⁵).

Die Bürgschaft kann auch für eine künftige oder eine bedingte Verbindlichkeit übernommen werden⁶)⁷).

E I 668, 669 II 706; M 2 657—660; P 2 460—464.

1. Über die Merkmale des **Bürgschaftsvertrags** und seine Unterschiede von verwandten Verträgen s. die Vorbem. Über Form und Abschluß des Vertrags s. § 766. — Trotz der Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von dem Bestehen einer Hauptschuld, für deren Erfüllung der Bürge mit seinem Vermögen einzutreten übernimmt, ist der Bürgschaftsvertrag ein selbständiger Vertrag mit selbständigen Rechten und Pflichten. So hat die Bürgschaft auch einen eigenen, nach § 269 zu bestimmenden Leistungsort, nach dem sich alsdann auch der Gerichtsstand des Erfüllungsorts für den Bürgen gemäß § 29 ZPO richtet (RG 71, 56; 73, 262). Nur wo die Natur des Hauptgeschäfts und seiner Leistung auf einen besonderen Leistungsort hinweist, so daß auch der Zweck der Bürgschaft die Leistung an diesem bestimmten Erfüllungsorte fordert, ist der Erfüllungsort der Hauptschuld maßgebend. Bei Geldschulden, die die Regelfälle der Bürgschaft bilden, ist dies nicht anzunehmen. Die Vereinbarung eines Erfüllungsorts im Hauptvertrage ist allein nicht genügend, diesen auch für die Leistung des Bürgen bestimmend erscheinen zu lassen, und ebensowenig begründet es einen Unterschied in dieser Beziehung, ob eine gewöhnliche oder eine selbstschuldnerische Bürgschaft vorliegt (RG JW 02, 219[26]; Gruch 44, 1071; für das frühere Recht RG 9, 185; 10, 282; 34, 15). Der Regel nach hat mithin der Bürge zu erfüllen, wo er zur Zeit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung seinen Wohnsitz hatte (§ 269). Nach diesen Grundsätzen entscheidet sich auch die Frage, welchem örtlichen Rechte die Bürgschaft untersteht. „Das Recht der Hauptschuld ist maßgebend dafür, was der Bürge zu leisten hat, das Recht des Bürgschaftsvertrags dafür, ob er zu leisten hat" (RG 54, 311; 96, 263), auch dafür, wo und unter welchen Voraussetzungen er zu leisten hat und welche Wirkungen seine Leistung für ihn hat; insbesondere richtet sich nach dem Rechte des Bürgschaftsvertrags die Berechtigung der Einrede der Vorausklage und der Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen, der gezahlt hat (RG 54, 311 [gem. R.],

61, 343; 62, 379). Auch die Form des Bürgschaftsvertrags bestimmt sich gemäß Art 11 Abs 1 Satz 1 EG zunächst nach dem Rechte, unter dem nach seinem Gegenstande das Vertragsverhältnis steht, mit der Maßgabe jedoch, daß jedenfalls die Beobachtung der Form nach den Gesetzen des Ortes des Vertragsabschlusses genügt (Art 11 Abs 1 Satz 2 EG). Vgl. darüber § 766 A 1. — Die Selbständigkeit des Bürgschaftsvertrags äußert sich ferner darin, daß der Anspruch daraus selbständiger Verjährung unterliegt, die durch die gegen den Hauptschuldner erhobene Klage nicht unterbrochen wird und umgekehrt (so die gem. Meinung; a. A. Dernburg I § 180 A 4); die Verjährung ist die dreißigjährige des § 195, mag auch für die Hauptverbindlichkeit (vgl. § 768 A 1) eine kürzere Verjährung gelten.

2. Nur **dem Gläubiger gegenüber**; ein Versprechen dem Schuldner gegenüber, daß man für seine Schuld aufkommen wolle, ist keine Bürgschaft (RG 57, 66); es kann Schuldmitübernahme im Sinne des § 415 sein, die wirksam wird, wenn ihr der Gläubiger genehmigend beitritt, es kann auch eine Gewährübernahme bedeuten, insbesondere wenn es sich um eine bedingte oder der Höhe nach noch unbestimmte Schuld handelt (vgl. Vorbem 3 u. 6). Ein früherer Gläubiger, der die Hauptforderung rechtsgültig einem Dritten übertragen hat, kann für die Forderung einen Bürgschaftsanspruch nicht mehr erwerben (RG 52, 181). Die Berechtigung aus einer Bürgschaft geht auf den Sonderrechtsnachfolger des Gläubigers über (§§ 401, 412). Das gilt aber nur für schon entstandene Ansprüche, nicht für künftige, noch nicht entstandene Ansprüche; wurde eine Kreditbürgschaft einer Firma gegenüber übernommen und diese nachher veräußert, so überträgt sich die Bürgschaft nicht ohne weiteres auf das zwischen dem Erwerber der Firma und dem Hauptschuldner fortgesetzte Kreditverhältnis, das als eine neue Kreditverbindung zwischen zwei andern Personen erscheint; wohl aber kann dies vereinbart werden (RG Warn 1914 Nr 184). Die Bürgschaft für eine Wechselschuld verpflichtet auch den späteren Indossataren gegenüber; denn die Bürgschaft kann mehreren noch unbestimmten Personen gegenüber erklärt werden, die nacheinander die Forderung erwerben (RG Warn 1915 Nr 9).

3. Der Bürge verpflichtet sich, für die Erfüllung der **Verbindlichkeit eines Dritten** einzustehen. Erfordert ist hiernach zunächst eine gültige Verbindlichkeit des Hauptschuldners. Wenn die Hauptschuld nicht besteht, ist auch die Bürgschaft nichtig. Doch macht die Nichtigkeit des Hauptvertrags nicht auch die auf seiner Grundlage geschlossenen selbständigen Geschäfte und die hieraus erwachsenen Verbindlichkeiten nichtig, und deshalb bleiben auch die hierfür eingegangenen Bürgschaften gültig (Darlehen und Bierlieferungen aus einem wegen Umgehung der §§ 33, 147 RGewO nichtigen Vertrage RG 63, 143). Die Verbürgung für ein „bares" Darlehen ist nicht nichtig, wenn es sich in Wirklichkeit um eine in ein Darlehen umgewandelte (§ 607 Abs 2) andere Schuld handelt; die Schuld besteht (RG 17. 6. 12 VI 550/11). Für eine erloschene Verbindlichkeit kann eine Bürgschaft nicht mehr übernommen werden, wohl aber für eine verjährte; denn die Verjährung, d. i. der Ablauf der Verjährungszeit, bringt die Verbindlichkeit nicht schon zum Erlöschen, sondern erst ihre Geltendmachung; auch die verjährte Schuld ist erfüllbar (§ 222). Daß eine Bürgschaft für die Einzelforderungen eines Kontokorrentverkehrs übernommen werden kann und trotz Aufgehens der Forderung in dem Rechnungsabschlusse wirksam bleibt, ergibt sich aus § 356 HGB (RG Gruch 54, 407; 7. 2. 07 VI 283/06; vgl. dazu RG 76, 330). Jede gültige Verbindlichkeit kann Gegenstand eines Bürgschaftsvertrags sein, wenn auch regelmäßig die Hauptverbindlichkeit in einer Geldschuld bestehen wird. Für Geldschulden als Gegenstand der Bürgschaft gilt die besondere Vorschrift des § 772 Abs 1. Über die Bürgschaft für künftige und für bedingte Verbindlichkeiten vgl. unten A 6. Verbindlichkeit eines Dritten im Sinne des Paragraphen kann nur ein Schuldverhältnis, eine persönliche Verbindlichkeit sein; eine rein dingliche Schuld kann nicht Gegenstand einer Bürgschaftsverpflichtung sein. Wird eine „Bürgschaft" also für den nur dinglich, nicht zugleich persönlich haftenden Grundstückseigentümer wegen einer Hypothek übernommen, so entsteht kein Bürgschaftsverhältnis (RG 93, 234; Warn 1916 Nr 180).

4. Der Bürge übernimmt die Haftung für die **Erfüllung** der Verbindlichkeit; diese muß also noch zu erwarten sein. Steht zur Zeit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung die Nichterfüllung schon fest, ist die Erfüllung unmöglich geworden oder ist bei der Ausfallbürgschaft der Ausfall, für den der Bürge einsteht, bereits erfolgt, so ist die Bürgschaft nichtig; doch kann, wenn dies beabsichtigt war, in letzterem Falle ein anderes Rechtsgeschäft — selbständiges Schuldversprechen oder Schuldübernahme — vorliegen; vgl. RG 90, 415. Die Leistung des Bürgen auf Grund des Bürgschaftsvertrags ist inhaltlich die gleiche wie die Leistung des Hauptschuldners. Sie kann freilich der Höhe nach beschränkter sein als die Hauptschuld, anderseits kann sie nie über diese hinausgehen. Wenn die von dem Hauptschuldner geschuldete Leistung eine derart persönliche ist, daß sie der Bürge nicht anstatt seiner bewirken kann, setzt sich die Verbindlichkeit des Bürgen in eine Geldleistung um.

5. Daß der Bürge dem Gläubiger für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit **einzustehen** hat, bedeutet, daß er dem Gläubiger das leistet, was er haben würde, wenn der Schuldner seine Verpflichtung erfüllt hätte. Der Bürge erfüllt nicht die Verpflichtung des Hauptschuld-

ners, die durch seine Leistung überhaupt nicht erlischt, da der Anspruch auf die Leistung des Schuldners vielmehr nach § 774 auf den leistenden Bürgen übergeht; letzterer erfüllt vielmehr seine eigene Bürgschaftsverpflichtung; seine Leistung ersetzt dem Gläubiger die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit. Ein Gesamtschuldverhältnis zwischen dem Hauptschuldner und dem Bürgen entsteht also nicht. — Das Einstehen des Bürgen für die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit kann sich auf deren ganzen Umfang beziehen, es kann auch nur für einen Teil der Hauptschuld übernommen werden. Häufig ist die Beschränkung der Bürgschaft auf eine bestimmte Summe, bei künftigen Verbindlichkeiten auf einen Höchstbetrag. Die Bürgschaft bezieht sich dann zwar auf die ganze Hauptforderung, aber so, daß der Bürge dafür nur mit einem Teilwerte einzustehen hat. Es ist aber auch möglich, daß der festgesetzte Höchstbetrag die Hauptforderung selbst beschränken soll, so daß für den Bürgen eine höhere Schuld nicht in Betracht kommt (RG 76, 195; Warn 1910 Nr 115; vgl. auch JW 1912, 455[1] u. Warn 1914 Nr 15). Bei einer Kontokorrentbürgschaft mit in dieser Art bestimmter Kreditsumme bezieht sich die Bürgschaftsverpflichtung auf den Rechnungsabschluß zur Zeit der Inanspruchnahme des Bürgen (RG Warn 1910 Nr 115). Es ist nicht selbstverständlich, vielmehr Frage der Auslegung des einzelnen Vertrags, ob sich die Bürgschaft auf die Zinsen der Hauptverbindlichkeit erstreckt (RG 11. 10. 06 VI 27/06); wenn aber der Bürge die Verzinslichkeit der Hauptschuld gekannt und keinen Vorbehalt gemacht hat, ist in der Regel Verbürgung auch für die Zinsen anzunehmen, bei Kaufleuten auch für die üblichen Bankprovisionen; das Gegenteil muß dann der Bürge dartun (RG JW 1912, 343[7]). Der Regel nach erstreckt sich die Haftung des Bürgen auch auf Vertragsstrafen, mit denen es sich ähnlich verhält wie mit den Zinsen; selbstverständlich ist die Verbürgung dafür nicht. Für einen Schaden, den der Gläubiger durch die Nichterfüllung des Hauptschuldners erleidet, haftet der Bürge nicht. Die Bürgschaft kann unter einer Bedingung aufschiebender wie auflösender Art übernommen, sie kann auch auf bestimmte Zeit beschränkt werden, letzteres sowohl in dem Sinne, daß die Verbindlichkeiten, die der Hauptschuldner während dieser Zeit dem Gläubiger gegenüber eingeht, Gegenstand der Bürgschaft sein sollen, als auch in dem Sinne, daß die Bürgschaftsverpflichtung mit Ablauf dieser Zeit erlöschen soll (§ 777 RG 63, 11; 82, 382; Warn 1914 Nr 155; LZ 1917, 592[10]); vgl. des näheren zu § 777. — In welcher Weise, mit welchen Worten, die Bürgschaft, das Einstehen für die fremde Verbindlichkeit, erklärt wird, ist gleichgültig, wenn nur der Verpflichtungswille des Schuldners, zu zahlen, sofern dieser nicht vertragsmäßig zahlen werde, aus der Erklärung hervorgeht (RG Warn 09 Nr 87). In den Worten: „Wenn B (der Schuldner) nicht zahlt, zahle ich", kann eine Bürgschaft gefunden werden (RG 4. 1. 06 VI 134/05). Die Erklärung des Bevollmächtigten, neben dem Machtgeber für dessen Schuld haften zu wollen, kann Bürgschaft sein (RG JW 04, 407[14]).

6. Die Bürgschaft kann nach Abs 2 auch **für künftige oder bedingte Verbindlichkeiten** übernommen werden. Für künftige, also sowohl für die Erfüllung der in ihrer Höhe noch unbestimmten Verbindlichkeiten, die aus einem schon bestehenden Rechtsverhältnisse einem Gläubiger gegenüber entstehen werden, als auch für die Verpflichtungen des Hauptschuldners aus künftig erst abzuschließenden und nur der Art nach im voraus bestimmten Geschäften oder zu begründenden Rechtsverhältnissen (RG JW 1911, 940[5]; 1913, 642[9]; 13. 7. 08 VI 82/08). So ist auch eine Bürgschaft für alle Ansprüche einer Bank gegen den Hauptschuldner, „sie mögen bereits entstanden sein oder erst entstehen, Haupt- oder Nebensachen betreffen und herrühren aus welchem Rechtsgrunde immer", zulässig; die Bestimmtheit der Art nach ist hier durch den bankmäßigen Geschäftsverkehr gegeben (RG JW 1912, 35[22] u. 465[11]; Warn 1913 Nr 289; 29. 6. 11 VI 428/10). Eine solche allgemeine Bürgschaft begreift auch Bürgschaftsschulden des Hauptschuldners, so daß dadurch eine Nachbürgschaft entsteht (RG 83, 342). Der wesentlichste Fall der Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten ist die sog. Kreditbürgschaft, die dem Schuldner beim Gläubiger einen laufenden Kredit verschaffen soll und in der Regel in der Beschränkung auf eine gewisse Höhe entweder für alle während der Dauer der Geschäftsverbindung des Gläubigers mit dem Schuldner ersterem gegen letzteren entstehenden Forderungen (RG Warn 1910 Nr 115; 1915 Nr 170), oder für die während eines bestimmten Zeitraums erwachsenden übernommen wird (RG 82, 382; 27. 4. 05 VI 516/04, 8. 2. 06 VI 193/05). Die Leistungsverpflichtung aus der Bürgschaft entsteht in allen diesen Fällen erst mit der Begründung der Forderungen des Gläubigers (RG JW 1911, 447[12]; Warn 1914 Nr 184). Dasselbe gilt bei der Bürgschaft für eine aufschiebend bedingte Forderung, die wohl zu unterscheiden ist von der in A 5 behandelten bedingten Bürgschaft und auf die deshalb auch § 162 keine Anwendung findet. Hat der Bürge den Eintritt der Bedingung verhindert, so ist diese nicht eingetreten.

7. **Auslegung und Erfüllung** des Bürgschaftsvertrags stehen unter der Regel von Treu und Glauben nach §§ 157, 242 BGB. Der Bürge, dessen Verpflichtung dem Gläubiger die Befriedigung wegen seiner Forderung sichern soll, handelt vertragswidrig, wenn er selbst durch seine Handlungsweise die Vereitlung dieser Befriedigung herbeiführt. Das gleiche gilt aber nicht, wenn er nur für einen Teil der Hauptschuld sich verbürgt hatte und durch Ver-

folgung seines Rechtes auf Sicherstellung gegen den Hauptschuldner nach § 775 wegen dieses Teiles dem Gläubiger die Befriedigung wegen des durch die Bürgschaft nicht gedeckten Teils der Forderung entzieht, sofern nicht aus dem Vertrage und den ihn begleitenden Umständen ein anderes erhellt (RG 11. 4. 04 VI 300/05). Der Gläubiger auf der andern Seite wird durch den Bürgschaftsvertrag zunächst nur berechtigt, nicht verpflichtet; er hat dem Bürgen gegenüber keinerlei Wachsamkeits- und Sorgfaltspflicht in bezug auf die Einziehung seiner Forderung, wenn sie nicht etwa zur Bedingung der Bürgschaft gemacht wurde (RG 54, 965; 87, 327; 88, 410; Warn 1916 Nr 129), auch keine Aufklärungspflicht gegenüber dem Bürgen bei Eingehung des Vertrags hinsichtlich der wirtschaftlichen und Kreditverhältnisse des Hauptschuldners (RG JW 1918, 876). Treu und Glauben hat aber auch er gegenüber dem Bürgen zu wahren; auch über die Bestimmung des § 776 hinaus, die ihm verbietet, anderweit bestellte Sicherheiten zum Nachteile des Bürgen aufzugeben, darf er dessen Stellung nicht willkürlich oder durch grobe Fahrlässigkeit verschlechtern (RG JW 05, 720[11]). S. des näheren zu § 776. Und der Bürge, der sich einem Geschäftsherrn gegenüber für die Ansprüche verbürgt hat, die diesem aus dem Dienstverhältnis mit einem Angestellten (Kassierer) entstehen würden, haftet nicht für die Schadensersatzforderungen aus Unterschleifen des letzteren, die durch die eigene grobe Nachlässigkeit des Geschäftsherrn in der Aufsicht über seine Angestellten erst möglich geworden sind (RG 29, 141; Warn 08 Nr 494). Für die Anfechtung eines Bürgschaftsvertrags wegen Irrtums, Arglist (RG 85, 322; JW 1916, 1270[2]; Warn 1915 Nr 189) oder widerrechtlicher Drohung wie für das Erlöschen des Bürgschaftsverhältnisses ist auf die allgemeinen Vorschriften zu verweisen. Die Anfechtung wegen Irrtums kann im Hinblick auf das Eintrittsrecht des Bürgen nach § 774 darauf gegründet sein, daß der Bürge angenommen hatte, dem Gläubiger sei vom Hauptschuldner ein Pfandrecht zur Sicherung der Forderung gültig bestellt worden, sofern der Bürge erkennbar nur mit Rücksicht auf diese anderweite Sicherheit die Bürgschaft übernahm (RG 75, 271). Eine Beerbung des Hauptschuldners durch den Bürgen läßt die Bürgschaft nicht erlöschen: die ererbte Hauptschuld ist Nachlaßschuld, die Bürgschaftsschuld persönliche Schuld des Bürgen, so daß dieser sich wegen der letzteren auf die beschränkte Erbenhaftung nicht berufen kann (RG 76, 57). Ein Verzicht des Gläubigers kann nur durch Erlaßvertrag mit dem Bürgen gemäß § 397 erklärt werden; durch eine ohne Zuziehung des Bürgen errichtete einseitige Verzichtsurkunde wird dieser nicht befreit (RG 24. 2. 02 VI 32/01). Ein Kündigungsrecht steht dem Bürgen, wenn es nicht vereinbart ist, an sich nicht zu. Doch ist ein solches bei Kreditbürgschaften von unbestimmter Dauer dem Bürgen nach Ablauf eines angemessenen Zeitraums der Regel nach nicht zu versagen; es kommt auf die Gestaltung der Umstände und den Zweck der Bürgschaft im einzelnen Falle an (RG JW 1911, 447[12]; Warn 1913 Nr 289; 1914 Nr 158). Die Kündigung muß in solchem Falle unter billiger Rücksichtnahme auf die zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner bestehende Geschäftsverbindung erfolgen (RG Warn 1913 Nr 289). Die Vereinbarung zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger, daß dieser dem Hauptschuldner keinen Kredit mehr gewähren dürfe, kann bei einer Kreditbürgschaft auf unbestimmte Zeit als zulässige Kündigung aufgefaßt werden (RG LZ 1917, 592[10]). Die Verschlechterung der Vermögenslage des Hauptschuldners gibt dem Bürgen nur den Befreiungsanspruch gegen diesen nach § 775 unter den Voraussetzungen dieses Paragraphen, jedoch kein Kündigungsrecht gegenüber dem Gläubiger; es ist gerade der Zweck des Bürgschaftsvertrags, den Gläubiger gegen die Gefahren aus der Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners zu decken. — Über die Verjährung der Ansprüche aus dem Bürgschaftsvertrage s. A 1 am Schlusse.

§ 766

Zur Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags¹) ist schriftliche²) Erteilung³) der Bürgschaftserklärung⁴)⁵) erforderlich⁶). Soweit der Bürge die Hauptverbindlichkeit erfüllt, wird der Mangel der Form geheilt⁷).

P 2 462, 463.

1. Die Gültigkeit des Bürgschaftsvertrags ist davon abhängig, daß die Verpflichtungserklärung des Bürgen in schriftlicher Form erklärt ist; die nur für die letztere vorgesehene Form ist also zugleich notwendige **Form des Bürgschaftsvertrags** (RG 62, 379). Das ist von Wichtigkeit für die Frage, nach welchem örtlichen Rechte die Form des Bürgschaftsvertrags gemäß Art 11 Abs 1 EG sich zu richten hat (s. § 765 A 1). Nach Abs 1 Satz 1 sind für die Form eines Rechtsgeschäfts grundsätzlich die Gesetze maßgebend, unter denen das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis steht, bei Verträgen nach der herrschenden Lehre, die auch vom RG 54, 311; 73, 379; JW 07 S. 359[7] u. 386[6]; 1911, 148[2] vertreten wird, die Gesetze des Erfüllungsorts, während RG 61, 343 u. 62, 379 sich für das Personalstatut des Schuldners, bei dem Bürgschaftsvertrage also des Bürgen ausgesprochen haben. Demgemäß ist unter allen Umständen die Beobachtung der in diesen Gesetzen für den Bürgschaftsvertrag vorgesehenen Form

genügend, auch wenn sie die mildere ist (RG 61, 343; 62, 379). Gemäß Abs 1 Satz 2 des Art 11 soll aber auch die Form ausreichen, die die Gesetze des Ortes vorschreiben, „an dem das Rechtsgeschäft vorgenommen wird". Diese Bestimmung kommt mithin zur Anwendung, wenn die Formvorschrift der Gesetze des Abs 1 Satz 1 die strengere ist. Als den Ort, an welchem der Bürgschaftsvertrag vorgenommen wird, sieht RG 62, 379 mit Rücksicht darauf, daß der Vertrag erst durch die Annahme der Bürgschaftserklärung seitens des Gläubigers, die die Willenseinigung darstellt, geschlossen wird (s. A 3), denjenigen an, wo die Annahme erklärt oder (§ 151) für erklärt zu erachten ist. Der Bürgschaftsvertrag kommt nach dieser Auffassung formlos gültig zustande, wenn nach den Gesetzen des ausländischen Ortes, wo die Annahme erfolgte, eine Form für den Bürgschaftsvertrag überhaupt nicht vorgesehen ist, während die Form des § 766 für die Verpflichtungserklärung des Bürgen gewahrt sein muß, wenn auch nur die Annahme durch den Gläubiger im deutschen Inlande erfolgte, da sie den Ort des Vertragsschlusses bestimmt. Zutreffend wird hierfür geltend gemacht, daß es keinen Unterschied begründen könne, ob die anbietende Vertragspartei zu der annehmenden hinreise oder ob sie dieser ihren Antrag in einer schriftlichen Erklärung übersende (a. M. Planck A 4, Staudinger II D 3 zu Art 11 EG, die die Beobachtung der Formen beider Rechtsgebiete für erforderlich erachten. Habicht, IntPrR Art 11 EG A 5, hält, wenn nur das Gesetz des einen Rechtsgebiets eine Form, und zwar nicht für den Vertragsschluß überhaupt, sondern allein für die Erklärung der einen Vertragspartei vorsieht, die Beobachtung der Form nur für diese Erklärung erforderlich, wenn die Erklärung in dem Lande abgegeben wird, das die Form vorschreibt, wogegen der Vertragsschluß formlos ist, wenn die Erklärung in dem andern Rechtsgebiete abgegeben wird). — Verträge, die eine Bürgschaft nicht neu begründen, sondern nur eine bestehende, die sonst erlöschen würde (infolge einer Schuldübernahme § 418 Abs 1 oder infolge einer Umwandlung der Hauptschuld in ein Darlehen, § 607 Abs 2 u. a.), aufrechterhalten, unterliegen nicht der Form des § 766 (RG 70, 411). War aber die alte Bürgschaft zur Zeit des neuen Vertrags bereits erloschen, so bedeutet die Aufrechterhaltung eine neue Bürgschaft, und § 766 wird anwendbar (RG Warn 1910 Nr 114). Der Form des § 766 unterliegen auch Bürgschaftsvorverträge (RG 76, 303). In den Fällen, in denen die Schuldmitübernahme in Wahrheit inhaltlich als Bürgschaft erscheint (s. Vorbem 6d vor § 765), gilt die Formvorschrift des § 766 ebenso dafür (RG 51, 120; 59, 232; 64, 318). Auf die dem Bürgschaftsvertrage nur verwandten Verträge findet die Formvorschrift jedoch keine Anwendung.

2. **Schriftlich**, d. i. durch eine von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnete Urkunde (§ 126). Die Urkunde wird nicht durch telegraphische Übermittlung oder durch Briefwechsel ersetzt; denn die Bestimmung des § 127 gilt nur für die gewillkürte Schriftform; das schließt nicht aus, daß die Bürgschaft durch Brief oder Postkarte erklärt wird, sofern die schriftliche Erklärung dem § 126 entspricht (RG Warn 1915 Nr 114). Der rechtsgeschäftliche Wille muß sich unmittelbar aus demjenigen Schriftstück ergeben, durch dessen Abfassung der Form genügt wird (RG 57, 258). Erfolgt die Ausstellung der Urkunde durch einen Vertreter (Unterzeichnung mit dem Namen des Machtgebers nach RG 74, 69 gültig RG 76, 99), so bedarf die Ermächtigung zur Abgabe der Erklärung für den Vertretenen der Schriftform nicht (§ 167 Abs 2); aber sie muß erkennen lassen, daß die Vertretungsmacht dahin gehen soll, ein formgerechtes Rechtsgeschäft abzuschließen. Deshalb begründet eine Ermächtigung: „Sagen Sie den Leuten, daß sie ihr Geld bekommen werden!" keine Vertretungsmacht für die Ausstellung einer Bürgschaftsurkunde (RG JW 03 Beil Nr 184). Im übrigen ist jedoch der Auftrag zur Abgabe einer Bürgschaftserklärung zugleich als auf Vornahme des Rechtsgeschäfts in wirksamer Form gerichtet anzusehen. — Die Unterschrift des Ausstellers muß unter der Urkunde stehen, ihren Inhalt der äußeren Erscheinung nach decken; dagegen ist nicht erfordert, daß die Unterschrift erst unter den fertigen Text gesetzt werden müßte; wird der Text in die unterschriebene Urkunde dem Willen des Ausstellers entsprechend nachträglich eingerückt, so ist damit eine gültige Urkunde nach § 126 hergestellt (RG 57, 66). Die schriftliche Form wird, wenn die Bürgschaftserklärung in einem prozessualischen Verfahren erfolgt, in allen Fällen durch die prozeßmäßige Beurkundung (des Vergleichs, des Verzichts, der Anerkennung) ersetzt. Insbesondere kommt hier die im Termine zum Zwangsvergleich über den Konkurs des Hauptschuldners von einem Dritten übernommene und im Protokoll des Konkursrichters beurkundete sog. Akkordbürgschaft in Frage (RG 56, 70; 64, 82); desgleichen die Verbürgung für ein Gebot im Zwangsversteigerungsverfahren (RG Warn 08 Nr 369 u. 26. 3. 08 VI 288/07). Über den Inhalt der Urkunde s. A 4.

3. § 766 erfordert die schriftliche Form für die **Erteilung** der Bürgschaftserklärung, richtiger: die Erteilung einer in schriftlicher Form ausgestellten Bürgschaftserklärung. Erteilt ist die Erklärung noch nicht durch die Unterzeichnung der Urkunde, sondern erst durch die Übergabe an den anwesenden oder die Zusendung an den abwesenden Gläubiger, und sie wird wirksam erst in dem Zeitpunkt, in dem sie dem Gläubiger zugeht (§ 130), er darüber die tatsächliche Verfügungsgewalt erlangt; bis dahin kann sie unter Abwesenden widerrufen, unter

Anwesenden zurückgezogen werden (RG 61, 414; Warn 09 Nr 353; LZ 1918, 1067[15]). Die Bezugnahme auf eine schon in den Händen des Gläubigers befindliche, vom Bürgen ausgestellte Urkunde ist der Hingabe einer neuen Schrift gleichwertig; doch ist eine frühere Urkunde, die zum Zwecke einer andern und bereits erledigten Bürgschaft a sgestellt und gegeben war, untauglich, für eine neue Bürgschaft die Form der §§ 126, 766 zu erfüllen (RG 59, 42).

4. Die für die **Bürgschaftserklärung** in § 766 vorgesehene Urkunde untersteht dem Auslegungsgrundsatze des § 133, auch hinsichtlich der Bedeutung ihrer Unterschriften, ob der Aussteller für sich oder als Vertreter anderer handelte (RG 71, 115; 75, 1; 95, 125; JW 1917, 154[1]); zur Auslegung dürfen in den Grenzen der Vereinbarkeit des anderweit ermittelten wirklichen Willens mit der urkundlichen Erklärung auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände sowie in andern Urkunden enthaltene Erklärungen herangezogen werden (RG 59, 217; 62, 172; 82, 70; JW 05, 336[3]; 06 S. 87[4] u. 685[5]; 1913, 642[6]; Warn 09 Nr 140; LZ 1920, 563[2]). Die Urkunde muß aber jedenfalls unter Zuhilfenahme dieser Umstände und Erklärungen den besonderen rechtsgeschäftlichen Inhalt der Bürgschaftsverpflichtung erkennen lassen und ihm einen wenn auch unvollkommenen Ausdruck leihen; vor allem muß das wesentliche Merkmal dieser Verpflichtung, das Einstehen für eine bestimmte fremde Schuld, darin erkennbar enthalten sein (RG 57, 258; 63, 143; 76, 195; 78, 37; 94, 85; JW 1917, 154[1]; Warn 08 Nr 506; 1910 Nr 410; 1917 Nr 288). Deshalb genügt ein selbständiges Schuldversprechen oder die Unterzeichnung eines Wechsels in der Absicht bürgschaftlicher Verpflichtung der Vorschrift des § 766 nicht (RG 51, 110; 65, 407; 94, 85; vgl. besonders über die Bedeutung der Unterzeichnung eines sog. Garantiewechsels: RG 48, 152; 51, 114; 61, 6; 94, 85; 96, 136; LZ 1916, 1378[11]); ebenso nicht die bloße Mitunterzeichnung der über die Hauptschuld ausgestellten Urkunde (RG 62, 172; 77, 378; 78, 37); wohl aber kann eine solche Mitunterzeichnung mit der Hinzufügung der Worte „als Bürge" für ausreichend erachtet werden (RG a. a. O. und 61, 343). Dagegen nicht mit dem Zusatz „in Haftung", der das Einstehen für fremde Schuld nicht erkennen läßt (RG Warn 1910 Nr 410). Aus der Urkunde muß ferner die Schuld, für die gehaftet werden soll, und deshalb auch die Person des Hauptschuldners (RG 82, 70) hervorgehen, und sie muß die Person des Gläubigers erkennen lassen (RG 62, 379), wenn auch weder die Schuld ihrem Betrage nach, noch die Person des Gläubigers und des Schuldners mit Namen bezeichnet sein muß (RG 76, 195; JW 1911, 940[5]; 1913, 642[6]). Über die Möglichkeit der Bürgschaftserklärung für mehrere getrennte Hauptforderungen in einer zusammenfassenden Ziffer vgl. RG LZ 1919, 1231[11]. Die Urkunde hat weiter Bedingungen, unter denen die Bürgschaftsverpflichtung übernommen wird, sowie Nebenabreden über Erfüllungszeit und Erfüllungsort jedenfalls insoweit zu enthalten, als sie den Bürgen beschweren, während dem Gläubiger lästige, den Bürgen befreiende Bedingungen und Nebenabreden ohne die Form gültig sind, wenn sie neben der Urkunde bestehen sollen (RG 59, 10; 65, 46; 71, 415; 81, 414; 95, 9; JW 03 Beil Nr 240; 1911 S. 540[15], 648[17]; 1919, 311[12]; Warn 08 Nr 149; 09 Nr 340; 1910 Nr 114; 1913 Nr 366; 1917 Nr 288; sowie 29. 6. 05 VI 513/04; 25. 11. 12 VI 285/12; 27. 2. 13 VI 309/12). Die Bürgschaftsurkunde hat nach allgemeiner Regel die Vermutung der Vollständigkeit für sich, auch hinsichtlich einschränkender, dem Bürgen günstiger Nebenabreden, aber nur für die Verpflichtungen des Bürgen, nicht für den übrigen Vertragsinhalt (RG 95, 125; JW 1911, 540[15]; 1918, 367[5]). Die Beweislast für behauptete mündliche Einschränkungen der Bürgschaft trifft naturgemäß den Bürgen (RG 14. 6. 15 VI 69/15). Auch nachträgliche Abänderungen der Bürgschaftsverpflichtung bedürfen der schriftlichen Form, wenn sie sie erweitern; schwächen sie sie ab, so sind sie mündlich gültig (RG 59, 10; 81, 414; JW 03 Beil Nr 240). Über die Frage, ob die dem Zeitbürgen (§ 777) gewährte Stundung der Schriftform bedarf, weil sie die zeitliche Beschränkung aufhebt, vgl. RG 96, 133. Insbesondere muß die Bürgschaftsurkunde die selbstschuldnerische Bürgschaft erkennbar machen, wenn eine solche beabsichtigt war (RG 24. 3. 11 VII 305/10).

5. Die schriftlich erteilte Bürgschaftserklärung bedarf der **Annahme durch den Gläubiger**, wenn ein Bürgschaftsvertrag zustande kommen soll (§ 151). Für diese ist eine Form nicht vorgeschrieben; sie ist mündlich gültig und kann auch stillschweigend durch Entgegennahme der Urkunde über die Bürgschaftserklärung erfolgen (RG 97, 163; JW 06, 714[11]; Warn 1915 Nr 49). Eine Annahme ist aber nicht möglich, wenn der Gläubiger die schriftliche Erklärung gar nicht als Bürgschaft auffaßt (RG 20. 10. 13 VI 301/13). Wird die Bürgschaftserklärung in der Weise erteilt, daß der Bürge dem Schuldner eine von ihm unterzeichnete Blankett-urkunde ohne den Namen eines Gläubigers übergibt, damit der Schuldner sich einen Gläubiger suche und diesem die von ihm ausgefüllte Urkunde überantwortet, so stellt die Empfangnahme der daraufhin mit dem Willen des Bürgen durch den Schuldner dem Gläubiger ausgehändigten Bürgschaftsurkunde den Vertragsschluß zwischen dem Bürgen und dem Gläubiger dar (RG 57, 66; 76, 195; JW 1916, 1270[2] u. 21. 5. 06 VI 362/05; 2. 7. 06 VI 566/05). Ebensowenig wie die Annahme der Bürgschaftserklärung durch den Gläubiger bedürfen von dem

Gläubiger etwa dem Bürgen gegenüber übernommene Verpflichtungen, mögen sie als Nebenverpflichtungen erscheinen oder wirkliche Gegenleistungen darstellen (vgl. Vorbem 4 vor § 765), der Beurkundung (RG JW 1911, 540[15]). Dasselbe gilt von allen rechtsgeschäftlichen Erklärungen, die das Verhältnis zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner regeln (RG 59, 10) und selbstverständlich ebenso von Vereinbarungen mehrerer Mitbürgen untereinander (RG JW 06, 305[10]).

6. Der **Verstoß gegen die Formvorschrift** des § 766 bewirkt nach § 125 Satz 1 die Nichtigkeit des Vertrags, die auch die Nichtigkeit von Nach- und Rückbürgschaften einschließt, aber immer nur die bürgschaftliche Verpflichtung betrifft. Dem zum Zwecke der Bürgschaft gegebenen und nach der WO gültigen Wechselversprechen kann der Mangel der Form für die Bürgschaft nicht entgegengehalten werden (RG 51, 110). Anderseits kann zwar eine nach § 766 gültige Bürgschaftsverpflichtung, nicht aber eine der Form entbehrende in ein Darlehen nach § 607 Abs 2 umgewandelt und damit die Formvorschrift umgangen werden (RG Warn 08 Nr 506). — Auf die von einem Vollkaufmann abzugebende Bürgschaftserklärung findet, wenn die Bürgschaft auf seiner Seite ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschrift des § 766 gemäß §§ 350, 351 HGB nicht Anwendung (s. dazu RG JW 06, 691[15] u. Gruch 54, 404).

7. Durch die Erfüllung der Bürgschaftsverpflichtung wird der **Mangel der Form geheilt.** Der Bürge, der den Gläubiger befriedigt hat, kann mithin von ihm nicht Rückzahlung des Geleisteten wegen ungerechtfertigter Bereicherung verlangen; die Zahlung des Bürgen aus dem formell ungültigen Geschäfte erzeugt dieselben Wirkungen, wie wenn ein gültiger Bürgschaftsvertrag von Anfang an vorgelegen hätte. Der Bürgschaftsvertrag wird aber durch die Erfüllung natürlich nur so weit gültig, wie die Erfüllung reichte (RG 76, 195). Der Erfüllung stehen die sie vertretenden Rechtshandlungen: Leistung an Erfüllungs Statt §§ 364, 365, Hinterlegung §§ 372ff., Aufrechnung §§ 387ff. (vgl. zu § 768) gleich.

§ 767

Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend[1]). Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird[2]). Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert[3]).

Der Bürge haftet für die dem Gläubiger von dem Hauptschuldner zu ersetzenden Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung[4])[5]).

E I 672 II 708; M 2 663—666; P 2 466, 467.

1. Die Abhängigkeit des Bürgschaftsvertrags von der Hauptverbindlichkeit, für deren Erfüllung der Bürge einzustehen sich verpflichtet, bedingt es, daß die Bürgschaftsverpflichtung nicht besteht, wenn und soweit die Hauptverbindlichkeit nicht besteht, und daß sie in Wegfall kommt, wenn und soweit die Hauptverbindlichkeit erlischt. Unter dem **jeweiligen Bestand** der Hauptverbindlichkeit ist deshalb deren rechtliches Dasein und gegenständlicher Umfang mit den aus dem Schuldverhältnis, wie es zur Zeit der Bürgschaftsübernahme vorlag, herauswachsenden späteren Veränderungen, die die Hauptschuld sowohl erweitern wie einengen können, zu verstehen. Zum Bestande gehören die Bankbedingungen, unter denen der verbürgte Kredit bewilligt ist (RG JW 1917, 811[2]), und gehört die Verfallklausel für den Fall des Verzugs des Hauptschuldners (RG Warn 1914 Nr 328). Der jeweilige Bestand umfaßt dagegen nicht alle Rechtsbeziehungen der Hauptverbindlichkeit überhaupt; die Selbständigkeit des Bürgschaftsvertrags wird durch die Gleichheit des Gegenstandes, auf den sich die Verbindlichkeit des Hauptschuldners wie die des Bürgen richtet, nicht aufgehoben; insbesondere ist aus § 767 nichts für eine Einheit des Erfüllungsorts für die Leistungen des Bürgen und des Hauptschuldners zu entnehmen (RG 71, 56; 73, 262; vgl. § 765 A 1). Die Bürgschaftsverpflichtung erlischt mit der Hauptschuld durch deren Erfüllung und die diese vertretenden Handlungen (Hingabe an Zahlungs Statt, Hinterlegung, die vom Schuldner erklärte Aufrechnung), durch Erlaß des Gläubigers gegenüber dem Hauptschuldner, auch durch eintretende Unmöglichkeit der Hauptleistung, soweit sie der Schuldner nicht zu vertreten hat (§ 275). Hat der Bürge selbst diese Unmöglichkeit schuldhaft herbeigeführt, so haftet er aus dem Bürgschaftsvertrage dem Gläubiger, dem er sich zur Sicherung der Forderung verpflichtet hat, für den ihm entstandenen Schaden. Die für eine Gesamtschuld übernommene Bürgschaft erlischt im Zweifel nicht dadurch, daß einer der Gesamtschuldner aus dem Schuldverhältnis ausscheidet; das Schuldverhältnis wird dadurch gegenständlich nicht verändert (RG Warn 1913 Nr. 286). Sind die Vertragsparteien des Hauptschuldverhältnisses dahin übereingekommen, daß der Vertrag nicht zur Ausführung kommen soll, so ist damit die Hauptverbindlichkeit weggefallen; für die Rückgewährverpflich-

tungen des Schuldners aus § 812 Abs 1 Satz 2, die eine neue selbständige Schuld bilden, haftet der Bürge nicht (RG 9. 4. 02 I 423/01); ebenso nicht für das negative Vertragsinteresse des Gläubigers, wenn der Schuldner das Hauptgeschäft wegen Irrtums angefochten hat. — Die Bürgschaftsverpflichtung erlischt ferner durch erfolgreiche Anfechtung des Hauptvertrags wegen Irrtums oder Betrugs, sowie durch Umschaffung der Hauptschuld in eine andere nach §§ 607 Abs 2, 779, 780—782 (RG JW 03 Beil Nr 219); über das Fortbestehen der für die Einzelforderungen eines Rechnungsverhältnisses (§ 356 HGB) eingegangenen Bürgschaft trotz der Anerkennung des Rechnungsabschlusses vgl. § 765 A 3. Die Bürgschaft erlischt weiter durch eine befreiende Schuldübernahme, wenn nicht der Bürge in diese eingewilligt hat (§ 418 Abs 1; vgl. dazu RG 70, 411). Eine Vereinbarung, daß die Bürgschaftsschuld trotz Erlöschens der Hauptschuld bestehen bleiben solle, widerspricht dem Wesen des Bürgschaftsvertrags; in einer solchen Vereinbarung kann aber eine Schuldübernahme liegen (RG JW 1913, 597[11]). Die Vereinigung von Bürgschaftsschuld und Hauptschuld durch Beerbung des Hauptschuldners seitens des Bürgen oder umgekehrt hat ein Erlöschen des Hauptschuldverhältnisses nicht zur Folge, an sich jedoch ein solches der Bürgschaftsschuld, da deren Wesen das Einstehen für eine fremde Schuld bedingt. Die Bürgschaftsschuld bleibt aber bestehen, soweit und solange ihr Fortbestand für den Gläubiger, dessen Lage nicht verschlechtert werden darf, von Interesse ist (RG 76, 57; vgl. E I § 678; M 2, 678; Prot 2, 480). Die Bürgschaftsschuld erlischt auch durch Abtrennung der Bürgschaftsforderung von der Hauptforderung. Eine Abtretung der Hauptforderung ohne die Bürgschaftsforderung ist gültig, bringt aber die Bürgschaft, die selbständig nicht bestehen kann, zum Erlöschen (RG 85, 363). — Durch ein rechtskräftiges, im Prozesse des Gläubigers gegen den Schuldner ergangenes abweisendes Urteil wird die Hauptschuld zum Erlöschen gebracht. Der Bürge kann sich deshalb auf das abweisende Urteil berufen, obwohl es für ihn Rechtskraftwirkung nicht ausübt.

2. Die Bürgschaftsschuld folgt den **Veränderungen,** die der **Umfang der Hauptschuld** nach Eingehung der Bürgschaft (RG LZ 1917, 802[6]) erleidet, seien diese zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner vereinbart oder auf andere Weise, insbesondere durch Verzug oder vertragswidriges Verhalten des Schuldners entstanden (Verzugszinsen, Schadensersatz), seien sie Einengungen oder Erweiterungen der Schuld. Doch können spätere rechtsgeschäftliche Erweiterungen nicht zum Nachteile des Bürgen wirken (s. Satz 3 Abs 1 des Paragraphen und unten A 3), da sie eine neue Belastung des Schuldners darstellen, auf die die Bürgschaft sich nicht bezog. Ein Stundungsvertrag zwischen Gläubiger und Hauptschuldner wirkt auch zugunsten des Bürgen (RG 56, 310), es sei denn, daß er die Lage des letzteren verschlechtert (RG 59, 223); in diesem Falle bedarf es des Einverständnisses des Bürgen, wenn der Stundungsvertrag für seine Verpflichtungen Wirksamkeit erlangen soll (RG Warn 1914 Nr 155). Auch eine gesetzliche Stundung (Kriegsverordnungen) wirkt zugunsten des Bürgen, der nicht schlechter gestellt werden darf als der Hauptschuldner (RG 93, 91). Die Kündigung an den Schuldner macht auch die Bürgschaftsschuld fällig, eine Kündigung gegenüber dem Bürgen ist für die Hauptschuld und deshalb auch für die Bürgschaftsschuld wirkungslos (RG LZ 1918, 909[8]). Die rechtskräftige Verurteilung des Hauptschuldners wirkt nicht zuungunsten des Bürgen, gegen den sie Rechtskraft nicht schafft (RG 56, 109; 71, 56; JW 09, 419[23]); ein Zwangsvergleich im Konkurse wirkt nicht zu seinen Gunsten nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 193 KO (vgl. dazu RG JW 1913, 597[11]). Auf freiwillige außergerichtliche Vergleiche zur Abwendung des Konkurses, die einen Teilerlaß aussprechen, ist § 193 KO nicht entsprechend anwendbar; hier gilt, daß ohne den Bestand der Hauptforderung auch die Bürgschaftsforderung nicht bestehen kann, für den erlassenen Teil deshalb auch die Bürgschaft wegfallen muß, wie dies dem § 767 entspricht. Lag eine solche Loslösung der Bürgschaftsschuld von der Hauptschuld durch Weiterhaftung des Bürgen auch für den erlassenen Teil der Schuld im Willen der Vertragsparteien des Bürgschaftsvertrags, so liegt in Wahrheit nicht Bürgschaft, sondern entweder Schuldübernahme oder selbständiges Schuldversprechen oder Garantievertrag vor (RG 90, 455; 92, 121; JW 1913, 597[11]; 1916, 398[4]; Warn 1916 Nr 50; 1919 Nr 166; RG SeuffA 69 Nr 51 steht nicht entgegen, da hier nur die Zulässigkeit der Vereinbarung der Weiterhaftung des Bürgen ausgesprochen, nicht aber die Natur der daraus sich ergebenden Verpflichtung behandelt wird. Der Konkurs des Hauptschuldners führt im übrigen die Fälligkeit einer betagten Forderung (§ 65 KO) dem Bürgen gegenüber nicht herbei, da § 65 die Schuld überhaupt nicht fällig macht; sie wird nur für die Zwecke des Konkurses als eine fällige behandelt.

3. Durch spätere **rechtsgeschäftliche Erweiterungen der Hauptschuld** kann die Stellung des Bürgen, für dessen Verpflichtungen das Hauptschuldverhältnis, wie es zur Zeit der Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung war, maßgebend ist, nicht verschlechtert werden. War zur Zeit der Eingehung des Bürgschaftsvertrags der Hauptvertrag noch nicht geschlossen, so ist der Bestand der Verpflichtungen des Hauptschuldners maßgebend, der beim Abschlusse des Bürgschaftsvertrags vorgesehen war (RG Warn 1913 Nr 52). Der Bürge muß sich Er

weiterungen gefallen lassen, die aus dem Hauptschuldverhältnis von innen heraus erwachsen (vgl. A 2), nicht aber Erweiterungen, die seinem Bestande durch neue Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner von außen her hinzugefügt worden sind: Verkürzungen der Fälligkeit, unter Umständen auch Stundungen (vgl. A 2), neue Vereinbarungen von Zinsen und Vertragsstrafen, Verzicht auf Einreden seitens des Schuldners, Vergleiche und Anerkenntnisse. Aber diese Vertragsänderungen sind für ihn nur dann nicht wirksam, wenn sie seine Lage verschlechtern, wenn sie ihm ein Mehr von Leistung auferlegen würden, nicht, wenn es sich um den Ersatz einer Verbindlichkeit des Schuldners durch eine gleichwertige andere handelt. So wird durch eine Abmachung zwischen Gläubiger und Hauptschuldner, nach der an Stelle einer in vertragswidriger Beschaffenheit gelieferten Maschine eine andere tadellose geliefert werden soll, der Kreis der Bürgschaftsverpflichtungen nicht berührt (RG 53, 356); und eine Erweiterung ist es ferner nicht, wenn der Hauptschuldner auf eine Einrede verzichtet, die nicht aus dem Schuldverhältnisse heraus entstanden, sondern die seine persönliche Angelegenheit ist und deren Geltendmachung einen Willensakt auf seiner Seite voraussetzt. Wenn der Bürge durch einen solchen Verzicht — auf Anfechtung, auf Aufrechnung oder auf Wandlung — die verzögernde Einrede aus § 770 verliert, so ist dies als eine Erweiterung der Bürgschaftsverpflichtung im Verhältnisse des Bürgen zum Gläubiger nicht aufzufassen (RG 62, 51). — Der Bürge, der sich auf eine nach der Bürgschaftsübernahme zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner getroffene Abmachung beruft, soweit sie seine Haftung mindert, muß auch die darin enthaltenen ihm nachteiligen Bestimmungen gegen sich gelten lassen. Die Erweiterung der Hauptschuld bringt die Bürgschaft nicht zum Erlöschen, sofern der Bürge nicht die Nichterweiterung zur Bedingung der Bürgschaft gemacht hatte; nur besteht die Erweiterung für ihn nicht (RG Warn 1913 Nr 52).

4. **Die Kosten der Kündigung und der Rechtsverfolgung** sind natürliche Erweiterungen der Hauptschuld, die durch Geltendmachung des Gläubigerrechts nach den Gesetzen entstehen. Auf sie findet der Grundsatz des Abs 1 Satz 1 des Paragraphen Anwendung. Die ausdrückliche Bestimmung in Abs 2 soll aber außer Zweifel stellen, daß für diese Kosten der Bürge ohne Rücksicht auf Verzug oder Verschulden des Hauptschuldners haftet. Für Kosten dieser Art, die schon zur Zeit der Bürgschaftsübernahme entstanden waren, hat dagegen der Bürge im Zweifel nicht einzustehen.

5. Die Sätze des § 767 sind **nachgiebigen Rechtes**; sie können durch Vereinbarungen zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen zu dessen Gunsten wie zu dessen Ungunsten außer Kraft gesetzt werden. Doch erfordert das Wesen der Bürgschaftsverpflichtung, daß unter allen Umständen die gegenständliche Abhängigkeit der letzteren von der Hauptschuld gew hrt bleibt; Abmachungen, die über die letztere hinaus den Bürgen verpflichten, bewegen sich außerhalb der Bürgschaft.

§ 768

Der Bürge kann die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden geltend machen[1]). Stirbt der Hauptschuldner, so kann sich der Bürge nicht darauf berufen, daß der Erbe für die Verbindlichkeit nur beschränkt haftet[2]).

Der Bürge verliert eine Einrede nicht dadurch, daß der Hauptschuldner auf sie verzichtet[3])[4]).

E I 671, 672 Abs 2 Satz 2 II 707; M 2 661, 662; P 2 464—466.

1. Der Bürge hat die **Einreden gegen den Gläubiger**, die ihm der Bürgschaftsvertrag an die Hand gibt; vermöge d r Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von der Hauptverbindlichkeit, deren Erfüllung sie sichern soll, stehen ihm die aus dem Hauptschuldverhältnisse erwachsenen Einreden zu (§§ 765, 767); darüber hinaus kann er aber auch alle **Einreden des Hauptschuldners** geltend machen, die diesen zur Verweigerung der Leistung aus allgemeinen Gründen oder kraft besonderer zwischen ihm und dem Gläubiger bestehender Verhältnisse oder getroffener Vereinbarungen berechtigen, auch wenn sie der Hauptschuldner infolge rechtskräftiger Verurteilung verloren oder auf sie verzichtet hat (RG 56, 109). Nur geben ihm solche Einreden, die zu ihrer Entstehung eine persönliche Willensentschließung des Schuldners und deren Erklärung verlangen, wie die Anfechtung des Hauptvertrags, die Aufrechnung mit einer Gegenforderung des Schuldners (§ 770 Abs 1 u. 2), die Wandlun (RG 66, 332), nur eine verzögerliche, keine zerstörende Einrede, solange jene Erklärungen noch ausstehen; sind sie erfolgt und ihre Wirkungen auf das Schuldverhältnis damit eingetreten, so kann auch der Bürge die Einreden mit zerstörender Kraft geltend machen. — Dem Bürgen stehen mithin einmal seine Einreden aus dem Bürgschaftsvertrage sowie diejenigen allgemeiner Natur zu; insbesondere kann er die gegen ihn vollendete Verjährung geltend machen, auch wenn die Verjährung gegen den Hauptschuldner unterbrochen ist, und er kann mit eigenen Gegenforderungen gegen den Gläubiger aufrechnen, womit er nicht die Hauptschuld, aber die Bürg-

schaftsschuld tilgt, während die erstere auf ihn nach § 774 übergeht (RG 53, 403). Er hat weiter die Einreden des Hauptschuldners aus dem Hauptschuldverhältnis: die Einrede des nicht erfüllten Vertrags, mit der er die Verurteilung des Gläubigers zur Gegenleistung an den Schuldner Zug um Zug mit seiner Leistung herbeiführen kann (vgl. RG 84, 230, im Konkurse des Bürgen S. 232), die Einrede der vom Hauptschuldner erklärten Wandlung (RG 66, 332), die Einrede der Minderung, auch ohne daß der Hauptschuldner sich hierfür erklärt hat (RG a. a. O.), die einredeweise Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus dem Hauptschuldverhältnisse selbst (Mängel der Ware, RG 62, 51), die Einrede der Stundung, die Einrede der rechtskräftigen Abweisung der Hauptforderung im Prozesse des Gläubigers gegen den Schuldner (vgl. § 767 A 1 u. 2). Der Bürge hat endlich die allgemeinen Einreden des Hauptschuldners, so insbesondere die Einrede der gegen den Hauptschuldner vollendeten Verjährung, mag diese auch gegen den Bürgen unterbrochen sein, der Zurückbehaltung nach § 273 (RG a. a. O.), der vom Hauptschuldner vollzogenen Aufrechnung (jedoch nicht gegenüber der nicht auf Zahlung, sondern nur auf Sicherheitsleistung gegen den Bürgen erhobenen Klage: RG LZ 1917, 675[16]), der von ihm erklärten Anfechtung, und die verzögerlichen Einreden des § 770. — Hat sich der Bürge für mehrere Verbindlichkeiten des Hauptschuldners demselben Gläubiger gegenüber verbürgt, so steht ihm das Bestimmungsrecht aus § 366 zu, das jedoch nicht aus dem Rechte des Hauptschuldners, sondern aus seinem Bürgenrechte sich ergibt.

2. Die Bürgschaft soll den Gläubiger gegen die Gefahr sichern, die sich für seine Befriedigung aus einer Vermögensunzulänglichkeit des Schuldners ergibt. Deshalb wirkt ein im Konkurse über das Vermögen des Hauptschuldners geschlossener Zwangsvergleich nicht zugunsten des Bürgen (§ 193 KO), und aus demselben Grunde kann sich der Bürge auch nicht auf die **Beschränkung der Haftung der Erben** des Hauptschuldners auf den Nachlaß gemäß §§ 1975 ff., 1993 ff. BGB, § 780 ZPO berufen.

3. Der **Verzicht des Hauptschuldners** auf eine entstandene Einrede würde eine rechtsgeschäftliche Erweiterung der Verpflichtungen des Bürgen darstellen und wirkt in Anwendung des Grundsatzes des § 767 Abs 1 Satz 3 deshalb überhaupt nicht gegen ihn. Einen Verzicht des Hauptschuldners auf die seiner Verfügungsmacht unterliegenden einredebegründenden Willenserklärungen, deren noch ausstehende Möglichkeit dem Bürgen die verzögerlichen Einreden des § 770 gewährt, also auf die Erklärung einer Anfechtung, einer Aufrechnung oder einer Wandlung, muß sich der Bürge dagegen gefallen lassen.

4. Ein **Verzicht des Bürgen** auf die Geltendmachung von Einreden, die aus dem Rechte des Hauptschuldners auch ihm zustehen würden, ist mit der Natur des Bürgschaftsvertrags nur insoweit vereinbar, als es sich um Einreden allgemeiner Natur handelt, nicht um solche, die dem Schuldverhältnisse selbst entspringen. Im letzteren Falle würde er der Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von der Hauptschuld widerstreiten und insofern nur als besondere Verpflichtung — Schuldübernahme oder Schuldversprechen oder auch Garantievertrag — Geltung haben können (vgl. RG 90, 415; JW 1913, 597[11]; 1916, 398[4]; Warn 1916 Nr 50; 1919 Nr 166). Inwiefern der Bürge dem Hauptschuldner gegenüber zu einem Verzicht auf Einreden berechtigt oder zu einer Geltendmachung dieser Einreden verpflichtet ist, bestimmt sich nach dem zwischen beiden bestehenden Rechtsverhältnisse (RG 59, 207).

§ 769

Verbürgen sich mehrere für dieselbe Verbindlichkeit, so haften sie als Gesamtschuldner, auch wenn sie die Bürgschaft nicht gemeinschaftlich übernehmen.

E I 673 II 709; M 2 666, 667; P 2 467, 468.

Die **Mitbürgschaft** im Sinne des § 769 wird allein durch die Einheit der Verbindlichkeit bedingt, für deren Erfüllung die mehreren Bürgen einzustehen sich verpflichten; gleichgültig ist, ob sie in einer oder mehreren Rechtshandlungen, gleichzeitig oder nacheinander die Bürgschaftsverpflichtung übernehmen (RG 77, 53; JW 1912, 746[9]; 27. 4. 05 IV 516/04). Die Haftbarkeit des einen Mitbürgen ist also unabhängig davon, ob dem andern etwa gegenüber dem Anspruch eine Einrede zusteht; für eine Anwendung des § 139 BGB ist im Falle der Nichtigkeit der Verpflichtung des einen Mitbürgen kein Raum, es sei denn, daß die mehreren Mitbürgen gerade gemeinschaftlich die Bürgschaft nur mit der ausdrücklichen Vereinbarung übernommen haben, daß jeder nur haften wolle, wenn auch die andern haften würden; das läuft aber dem Sicherstellungsinteresse des Gläubigers zuwider und ist deshalb nur selten als gewollt anzunehmen (RG 88, 412). Bei verschiedener Summenbegrenzung mehrerer Bürgschaften für dieselbe Schuld besteht eine Gesamtschuld immer nur bis zu der gemeinsamen Grenze; innerhalb dieser haften die mehreren Mitbürgen dem Gläubiger für jeden Teil der Schuld (RG 81, 414). Eine Einheit des Gegenstandes der Bürgschaftsverpflichtung liegt aber überhaupt nicht vor, wenn die mehreren Bürgen jeder für einen

andern besonderen Teil der Hauptschuld, in summenmäßig bestimmten Teilen oder nach Bruchteilen die Haftung übernommen haben (RG 27. 4. 05 IV 516/04). — Die Wirkung des Gesamtschuldverhältnisses dem Gläubiger gegenüber bestimmt sich nach §§ 421—425 (zu § 425 — Kündigung — vgl. RG Warn 1912 Nr 335), zwischen den mehreren Mitbürgen nach §§ 426 u. 774 Abs 2. Die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Gläubiger und den mehreren Bürgen sind unabhängig von dem Innenverhältnis der Bürgen zueinander. Der Gläubiger kann einen Bürgen aus der Haftung ihm gegenüber entlassen, ohne daß dies auf jenes Innenverhältnis einwirkt, und ebenso kann im Innenverhältnis ein Bürge befreit werden, aber trotzdem dem Gläubiger verhaftet bleiben (RG LZ 1915, 1511[9]).

§ 770

Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern[1]), solange dem Hauptschuldner das Recht zusteht, das seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende Rechtsgeschäft anzufechten[2]).

Die gleiche Befugnis hat der Bürge, solange sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegen eine fällige Forderung des Hauptschuldners befriedigen kann[3])[4]).

E II 710; P 2 465, 466, 479—481.

1. In den bereits § 767 A 3 und § 768 A 1 erwähnten Fällen, in denen die Entstehung einer Einrede des Hauptschuldners durch eine Verfügung des letzteren über seine Rechte, eine seiner Willkür unterstehende Entschließung bedingt ist, die an seiner Stelle zu fassen dem Bürgen verwehrt bleiben muß, gibt das BGB dem Bürgen mit Rücksicht auf die, wenn der Schuldner von seinem Rechte Gebrauch macht, das Gläubigerrecht zerstörenden Tatbestände eine verzögerliche Einrede, mit der er die Befriedigung des Gläubigers **verweigern** kann, solange dem Hauptschuldner die Befugnis zusteht, jene Zerstörung des Gläubigerrechts herbeizuführen. Macht der Hauptschuldner nachher von seiner Befugnis wirksam Gebrauch, gibt er die das Gläubigerrecht zerstörende Willenserklärung ab, so ist hierdurch auch die zerstörende Einrede für den Bürgen begründet. Entschließt sich der Hauptschuldner endgültig, von der Verfügung über sein Recht zuungunsten des Gläubigers abzusehen, oder verliert er seine Befugnis, dann wird die Weigerung des Bürgen hinfällig und es steht ihm aus dem fraglichen Rechte des Hauptschuldners überhaupt keine Einrede mehr zu. Das BGB behandelt zwei solcher Tatbestände, den der Anfechtung und den der Aufrechnung; der in § 770 ausgesprochene Rechtsgedanke ist aber auch auf andere gleichgeartete Tatbestände anzuwenden, in denen eine Verbindlichkeit durch den Hauptschuldner, aber nur durch diesen, entkräftet werden kann (s. A 4).

2. Die **Anfechtung** des der Hauptverbindlichkeit zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts durch den Hauptschuldner wegen Irrtums (§ 119) bedarf nach § 121 unverzüglicher Geltendmachung nach Erlangung der Kenntnis vom wahren Sachverhalte. Deshalb bleibt für die aufschiebende Einrede des Bürgen nach § 770 hier wenig Raum. Die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung (§ 123) ist an die einjährige Frist des § 124 nach Entdeckung der Täuschung oder nach Beendigung der Zwangslage gebunden. Verläuft die Frist, ohne daß der Hauptschuldner die Anfechtung erklärt hat, so ist damit auch jede Einrede des Bürgen wegen der Anfechtbarkeit des Geschäfts beseitigt. Ebenso wird er dieser durch eine Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts seitens des Hauptschuldners (§ 144) beraubt. Die vom Hauptschuldner wirksam erklärte Anfechtung hat zur Folge, daß das die Schuld begründende Rechtsgeschäft als von Anfang an nichtig anzusehen ist und deshalb auch der Bürge sich auf das Erlöschen der Schuld gemäß § 767 berufen kann. Hat er inzwischen gezahlt, so kann er das Geleistete wegen ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 812, 813 zurückfordern. Erfüllt der die Anfechtung begründende Tatbestand zugleich die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung (§§ 823 Abs 2, 826), so steht die das Gläubigerrecht entkräftende Einrede aus dieser (§ 853) unabhängig von der aufschiebenden Einrede des § 770 auch dem Bürgen gemäß § 768 zu. — Auf die Geltendmachung der Nichtigkeit des Hauptgeschäfts wegen Verstoßes gegen gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten (§§ 134, 138) bezieht sich § 770 Abs 1 nicht; sie steht dem Bürgen nach § 767 offen.

3. Abs 2 behandelt die **Aufrechnung** einer Gegenforderung des Schuldners gegen die Forderung des Gläubigers nicht vom Standpunkte der Befreiungsbefugnis des ersteren, sondern von demjenigen der Befriedigungsbefugnis des letzteren. Vgl. die ähnliche Bestimmung § 129 Abs 3 HGB. Daß hiernach dem Bürgen die aufschiebende Einrede des § 770 Abs 2 versagt ist, wenn nur dem Hauptschuldner, nicht aber dem Gläubiger die Aufrechnungsbefugnis zusteht, so wenn die Gegenforderung aus einer unerlaubten Handlung des Gläubigers entstanden ist (§ 393) oder wenn sie unpfändbar ist (§ 394), erscheint zunächst unbillig. Der Ausweg, den Bürgen selbst an Stelle des Hauptschuldners die Aufrechnung erklären zu lassen, ist nicht gang-

bar (RG 59, 207; Warn 1912 Nr 303). Ob eine entsprechende Anwendung des Abs 2 im Falle der alleinigen Aufrechnungsbefugnis des Schuldners möglich ist, ist streitig. Die Auffassung von Oertmann (3./4. Aufl. A 4b), der mit Schulz (Gruch 50, 269ff.) in § 770 Abs 2 eine dem § 772 Abs 2 gleichartige Verweisung des Gläubigers auf einen nächstliegenden Weg der Befriedigung erblickt, stimmt mit der Prot 2, 470f. gegebenen Begründung der Antragsteller überein; ihr wird (entgegen der 1. Aufl.) beizutreten sein. — Die Aufrechnungserklärung des Schuldners gibt dem Bürgen die zerstörende Einrede nach § 768; hat der Bürge vor der Erklärung gezahlt, so hat er den Gläubiger wegen seiner an sich rechtmäßigen Forderung befriedigt und diese getilgt; ein Bereicherungsanspruch nach § 813 steht ihm deshalb nicht zu. Anders, wenn er nach der Erklärung in deren Unkenntnis die Zahlung geleistet hat; denn nunmehr war die Forderung erloschen. — Verzichtet der Hauptschuldner auf die Geltendmachung der Aufrechnung, so geht die Einrede aus § 770 dem Bürgen verloren (RG 62, 51); dasselbe gilt, wenn der Hauptschuldner die Gegenforderung auf einen andern überträgt oder damit gegen eine andere Forderung des Gläubigers aufrechnet, oder wenn der Gläubiger, ohne von seiner Aufrechnungsbefugnis Gebrauch zu machen, den Hauptschuldner wegen der Gegenforderung befriedigt (RG Warn 1912 Nr 303). Neben der verzögerlichen Einrede des § 770 steht dem Bürgen auf Grund des § 768 die Zurückbehaltungseinrede des § 273 zu, mit der er auch wegen fälliger Gegenforderungen des Hauptschuldners, die nur dieser zur Aufrechnung bringen kann, die Leistung verweigern darf, wenn sie demselben rechtlichen Verhältnisse mit der Hauptforderung in dem weiteren Sinne des § 273 (s. A 2 zu diesem Paragraphen) entsprungen sind (RG 62, 51).

4. Der Anfechtung und der Aufrechnung gleich zu behandeln, weil auch hier ein Willensakt des Hauptschuldners in Frage kommt, den der Bürge an seiner Stelle nicht vornehmen kann, sind einige andere Tatbestände, die eine **entsprechende Anwendung** des § 770 rechtfertigen: zunächst die Wandlung, während die Minderung vom Bürgen selbst geltend gemacht werden darf (RG 66, 332); sodann der Vorbehalt einer dem Schuldner seitens des Gläubigers zu zahlenden Vertragsstrafe nach § 341 Abs 3 (vgl. RG 53, 356), der indessen wegen der Notwendigkeit seiner Erklärung bei der Annahme der Leistung, nicht früher noch später (RG Warn 08 Nr 132), eine aufschiebende Einrede selten wird begründen können; weiter der Fall eines zu erwartenden Antrags auf Ermäßigung der Vertragsstrafe nach § 343. Endlich ist an sich hierher zu rechnen das Wahlrecht des Hauptschuldners bei alternativen Verpflichtungen nach §§ 262, 263, jedoch nur, wenn auf eine der mehreren Leistungen geklagt ist; die wahlweise Klage muß sich der Bürge gefallen lassen und kann ihr nicht die aufschiebende Einrede des § 770 entgegensetzen; vielmehr steht ihm, wenn es zur Wahl des Gläubigers nach § 264 gekommen ist, gleich dem Hauptschuldner das Recht zu, durch die andere oder eine der andern Leistungen sich und damit auch den Hauptschuldner zu befreien.

§ 771

Der Bürge kann die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat (Einrede der Vorausklage).

E I 674 Abs 1, 2 Satz 1 II 711 Abs 1; M 2 667—669; P 2 468—470.

Die geschichtlich überkommene, durch die Abhängigkeit der Bürgschaftsverpflichtung von einer Hauptverbindlichkeit an sich nicht bedingte aufschiebende **Einrede der Vorausklage** scheidet die gewöhnliche von der selbstschuldnerischen Bürgschaft (§ 772 Nr 1). Sie erfordert nicht notwendig eine Klagerhebung gegen den Hauptschuldner und dessen Verurteilung, aber einen Zwangsvollstreckungsversuch gegen ihn, der auch auf einer vollstreckbaren Urkunde oder einem Zwangsvergleiche beruhen kann, aber immer wegen der verbürgten Schuld, keiner andern, erfolgen muß (RG 3. 3. 10 VI 360/09). Eine Zwangsvollstreckung, die nicht gegen den Hauptschuldner, sondern gegen einen hinzugetretenen Schuldmitübernehmer versucht worden ist, genügt der Vorschrift nicht (RG JW 1911, 158[20]). Die von einem Vollkaufmann übernommene Bürgschaft ist, wenn sie für ihn Handelsgeschäft ist, stets eine selbstschuldnerische (§ 349 HGB). Das BGB selbst hat in den Fällen der gesetzlichen Bürgenhaftung von der Einrede der Vorausklage abgesehen (§§ 571 Abs 2, 1251 Abs 2; vgl. § 239 Abs 2). Wesentlich ist die Vorausklage nur für die sog. Schadlos- oder Ausfallbürgschaft (Vorbem 5b vor § 765), bei der sie zur Begründung der Klage des Gläubigers gehört (RG 75, 186; SeuffA 51 Nr 278). Daß über das Vermögen des Hauptschuldners das Konkursverfahren noch schwebt, bildet aber kein rechtliches Hindernis für die Belangung des Ausfallbürgen, sofern nur der Mindestbetrag des Ausfalls nachgewiesen werden kann (RG 75, 186; JW 1911, 975[5]). Von der Ausfallbürgschaft abgesehen, muß der Bürge sich auf die Vorausklage einredeweise berufen und zwingt dadurch den Gläubiger zu der Beweisführung, daß der Vorausklage Genüge ge-

schehen oder weshalb sie nicht erforderlich sei (§ 773). Nur ein einmaliger Versuch einer Beitreibung, die bei Geldforderungen den Voraussetzungen des § 772 Abs 1 entsprechen muß, kann mit der Einrede verlangt werden. Weist der Gläubiger einen solchen nach, dann kann der Bürge nicht entgegnen, daß der Schuldner inzwischen wieder zu Kräften gekommen sei; wohl aber ist diese Entgegnung begründet und geeignet, die Einrede zur Durchführung zu bringen, wenn der Gläubiger sich auf einen der Ausschließungsgründe des § 773 Nr 2 u. 3 beruft, und der Bürge demgegenüber dartut, daß der Ausschließungsgrund nicht mehr besteht, insbesondere, daß der Konkurs über das Vermögen des Hauptschuldners aufgehoben und dieser wieder zu Vermögen gelangt ist (RG 23. 9. 07 VI 3/07). S. darüber § 773 A 3. — Der Nachbürge hat die Einrede der Vorausklage so, wie sie dem ersten Bürgen zusteht; für ihn kommt aber auch letzterer als Hauptschuldner in Betracht, da er für die Erfüllung von dessen Bürgschaftsverbindlichkeit einsteht; daraus ergibt sich, daß der Nachbürge, wenn überhaupt, auch die Vorausklage gegen den Vorbürgen verlangen kann (RG LZ 1915, 221[2]). — Die Verjährung des Bürgschaftsanspruchs wird durch die Geltendmachung der Einrede der Vorausklage nicht gehemmt (§ 202 Abs 2).

§ 772

Besteht die Bürgschaft für eine Geldforderung, so muß die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitz und, wenn der Hauptschuldner an einem anderen Orte eine gewerbliche Niederlassung hat, auch an diesem Orte, in Ermangelung eines Wohnsitzes und einer gewerblichen Niederlassung an seinem Aufenthaltsorte versucht werden[1]).

Steht dem Gläubiger ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht an einer beweglichen Sache des Hauptschuldners zu, so muß er auch aus dieser Sache Befriedigung suchen. Steht dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere Forderung zu, so gilt dies nur, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden[2]).

E I 674 Abs 2 Satz 2, 3 II 711 Abs 2; M 2 669—671; P 2 469, 470; 6 197.

1. In § 772 Abs 1 gibt das BGB für **Geldforderungen** eine **nähere Bestimmung des Zwangsvollstreckungsversuchs**, der nach § 771 der Inanspruchnahme des Bürgen vorausgegangen sein muß. Von dem sonstigen Vermögen des Hauptschuldners wird abgesehen, nur ein Versuch der Beitreibung der Hauptforderung aus den beweglichen körperlichen Sachen des Hauptschuldners wird verlangt, und auch von diesen hat der Gläubiger nur diejenigen zu berücksichtigen, die sich am Wohnsitze des Schuldners oder an seinen mehreren Wohnsitzen (§ 7 Abs 2), am Orte seiner gewerblichen Niederlassung oder, wenn Wohnsitz und Niederlassung fehlen, an seinem Aufenthaltsorte befinden. Vgl. dazu RG 92, 219. Zwischen inländischem und ausländischem Wohnsitz, Niederlassungs- und Aufenthaltsort macht das Gesetz an sich keinen Unterschied; nur eine die Rechtsverfolgung erschwerende Veränderung dieser Orte seit der Bürgschaftsübernahme schließt nach § 773 Nr 2 die Einrede der Vorausklage aus.

2. Abs 2 gibt dem Bürgen, der nicht als Selbstschuldner haftet, die **Verweisung des Gläubigers auf die für die Hauptschuld bestehenden Deckungsrechte** an die Hand, soweit diese an beweglichen körperlichen Sachen des Hauptschuldners bestellt sind. Sie entspricht dem § 777 ZPO und geht von dem Gedanken aus, daß das Pfand vor dem Bürgen, die Sache vor der Person in Anspruch zu nehmen ist. Auf von Dritten für die Forderung bestellte Pfänder erstreckt das BGB jedoch die sachliche Vorausklage nicht. Die Bestimmung des Abs 2 beschränkt sich nicht auf Geldforderungen, und das Verweisungsrecht bleibt auch bestehen, wenn eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner aus den Gründen des § 773 Nr 2—4 im übrigen nicht verlangt werden kann (§ 773 Abs 2 und A 2 zu dem Paragraphen). Es begreift alle Arten dinglicher Sicherung durch körperliche Sachen, auch das Pfändungspfandrecht. Die Beweislast, daß ein Deckungsrecht nach Abs 2 dem Gläubiger zu Gebote steht und daß im Falle des Schlußsatzes die mehreren Forderungen, für die die Sicherheit bestellt ist, durch den Wert der Sache gedeckt werden, trifft den Bürgen.

§ 773

Die Einrede der Vorausklage ist ausgeschlossen[1]):

1. **wenn der Bürge auf die Einrede verzichtet, insbesondere wenn er sich als Selbstschuldner verbürgt hat[2]);**
2. **wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohn-**

sitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist[3]);

3. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist[4]);

4. wenn anzunehmen ist, daß die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird[5]).

In den Fällen der Nr 3, 4 ist die Einrede insoweit zulässig, als sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat; die Vorschrift des § 772 Abs 2 Satz 2 findet Anwendung.

E I 675 II 762; M 2 670—672; P 2 476, 477.

1. Die Beweislast für die den **Ausschluß der Einrede** der Vorausklage begründenden Umstände des § 773 trifft den Gläubiger.

2. Die unter **Verzicht auf die Einrede** der Vorausklage übernommene Bürgschaft ist nicht etwas von der selbstschuldnerischen Bürgschaft Verschiedenes, in Nr 1 soll nur ausgesprochen werden, daß der Ausdruck „ich verbürge mich als Selbstschuldner" den Verzicht auf die Vorausklage bedeutet, wie umgekehrt dieser Verzicht eine selbstschuldnerische Bürgschaft darstellt. Die Verbürgung als Selbstschuldner muß als den Bürgen beschwerende Vereinbarung aus der Bürgschaftsurkunde erkennbar hervorgehen (§ 766 A 4); wie sie ausgedrückt wird, ist gleichgültig. Sie ist namentlich anzunehmen, wenn der Bürge sofortige Erfüllung zu einem bestimmten Zeitpunkte verspricht. Auch ein nachträglicher Verzicht auf die Einrede der Vorausklage bedarf hiernach der Form des § 766.

3. Für die **Ausschließungsgründe der Nr 2 u. 3** des § 773 kommt nicht in Betracht, ob die Umstände, auf denen sie beruhen, in der Vergangenheit einmal vorlagen, sondern ob sie zur Zeit der Inanspruchnahme des Bürgen vorhanden sind. Ist eine Verlegung des Wohnsitzes wieder rückgängig gemacht, ein Konkursverfahren wieder aufgehoben worden und der Hauptschuldner wieder zu Vermögen gekommen, wofür den Bürgen allerdings die Beweislast treffen muß, so ist auch die Einrede der Vorausklage wieder zulässig (RG 23. 9. 07 VI 3/07). Daß der Ausschließungsgrund zu Nr 4 sich nur auf die Gegenwart beziehen kann, ergibt sich schon aus der Fassung.

4. Die **Konkurseröffnung über das Vermögen des Hauptschuldners** läßt, wie Abs 2 ausdrücklich erklärt, die Einrede der sachlichen Vorausklage aus § 772 Abs 2 bestehen; wird der Konkurs wieder aufgehoben, so lebt aber auch die Einrede der persönlichen Vorausklage wieder auf, im Falle der Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 116 KO) ohne weitere Voraussetzung, im Falle der Aufhebung nach der Schlußverteilung auf Grund Zwangsvergleichs oder der Einstellung (§§ 163, 190, 202 KO), wenn der Bürge nachweist, daß der Hauptschuldner wieder zu Vermögen gekommen ist (RG 23. 9. 07 VI 3/07 s. A 3). Im Falle der Schadlosbürgschaft muß der Gläubiger der Regel nach Ende und Ergebnis des Konkurses abwarten, ehe er von dem Bürgen Befriedigung verlangen kann; es sei denn, daß schon vorher die Mindesthöhe des Ausfalls zu übersehen ist (RG 75, 186; JW 1911, 975[5]).

5. Die **erkennbare Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners** ist der letzte der Gründe, die den Gläubiger von der Vorausklage gegen den Hauptschuldner befreien; auch hier bleibt aber die Einrede der sachlichen Vorausklage nach § 772 Abs 2 bestehen (Abs 2 § 773). Die Unzulänglichkeit des Vermögens des Hauptschuldners kann auch aus einer dem § 771 nicht genügenden Zwangsvollstreckung gegen ihn wegen einer andern Forderung des Gläubigers entnommen werden (RG 3. 3. 10 VI 360/09). Handelt es sich um eine Geldforderung, so erfordert § 773 Nr 4 nur, daß die in § 772 vorgesehene Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners voraussichtlich ergebnislos sein würde, nicht aber den Nachweis, daß dessen Vermögen überhaupt keine zur Befriedigung des Gläubigers dienlichen Gegenstände biete (RG 92, 219).

§ 774

Soweit der Bürge den Gläubiger befriedigt[2]), geht die Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf ihn über[1]). Der Übergang kann nicht zum Nachteile des Gläubigers geltend gemacht werden[3]). Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnisse bleiben unberührt[4]).

Mitbürgen haften einander nur nach § 426[5])[6]).

E I 676 II 713; M 2 672—676; P 2 477—479.

1. Für die **Ersatzansprüche des Bürgen gegen den Hauptschuldner** ist zunächst das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis maßgebend. Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt, so schuldet ihm dieser Ersatz der Aufwendungen gemäß § 670; handelt der Bürge als Geschäftsführer ohne Auftrag, so kommt § 683 zur Anwendung; handelt er in freigebiger Absicht, so kommt ihm keinerlei Rückgriff gegen den Schuldner zu (vgl. RG Warn 1917 Nr 278). Unabhängig von den Ansprüchen aus dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisse läßt aber ferner das BGB die **Forderung des Gläubigers gegen den Hauptschuldner auf den Bürgen**, wenn und soweit er den ersteren befriedigt hat, **übergehen**. Die Hauptverbindlichkeit erlischt mithin nicht infolge der Zahlung des Bürgen, sie wechselt nur die Person des Gläubigers. Der Bürge tilgt nicht die Hauptschuld, sondern seine Bürgschaftsschuld. Auch der Nachbürge, der den Gläubiger befriedigt, rückt in dessen Forderung gegen den Hauptschuldner ein (RG 83, 342. Vgl. Vorbem 5c vor § 765. A. M. Gierke, Schuldrecht 776 A 39). Der Bürge hat die Wahl, ob er seinen Rückgriff gegen den Hauptschuldner auf das Rechtsverhältnis zu ihm oder auf den Übergang gemäß § 774 stützen will (RG 59, 207); er ist auch nicht gehindert, beide Rechtsgründe nebeneinander zu verwenden, um vollen Ersatz zu erlangen (RG JW 07, 831[8]). Die Hauptforderung geht in der Lage, in der sie sich zur Zeit der Befriedigung des Gläubigers befindet, auf den Bürgen über. Der Übergang umfaßt nach §§ 401, 412 alle Sicherheiten, Pfand- und Realisierungsrechte, die dem Gläubiger zustanden, nicht nur die in § 401 besonders bezeichneten (RG 65, 164 u. JW 07, 745[16]), sowohl diejenigen, die zur Zeit der Bürgschaftsübernahme bereits begründet waren als auch die später begründeten (§ 776 Satz 3), sowohl die vom Hauptschuldner als die von Dritten bestellten. Dies gibt dem Rückgriff aus § 774 einen Vorzug vor dem aus dem Rechtsverhältnis zwischen dem Bürgen und dem Schuldner erwachsenen. Anderseits läuft die Verjährung der übergegangenen Hauptforderung weiter, was unter Umständen einen Nachteil für den Bürgen bei der Rechtsverfolgung aus § 774 gegenüber derjenigen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen ihm und dem Hauptschuldner bedeutet. Eine fiduziarische Eigentumsübertragung zur Sicherheit begründet kein Pfandrecht; sie überträgt sich daher auch nicht von selbst auf den zahlenden Bürgen; doch ist als Wille der Beteiligten, auch des Hauptschuldners, anzunehmen, daß der Gläubiger und Sicherungseigentümer das Recht auf den Bürgen, der ihn befriedigt hat, weiter übertragen muß (RG 89, 193). Über den Übergang von Wechselforderungen auf den zahlenden Bürgen vgl. RG 60, 191; JW 07, 745[16]; SeuffA 62 Nr 143; über den Rückgriff des zahlenden Bürgen, der Miterbe des Hauptschuldners geworden ist, gegen den Nachlaß und die Miterben RG 76, 57. — Die Rechte des in die Forderung eintretenden Bürgen gegen den befriedigten Gläubiger bestimmen die §§ 402—404. Auf andere Schuldhilfezahlungen, z. B. auf Grund eines Garantiewechsels, ist § 774 nicht anwendbar; eine solche Zahlung ist nach § 267 zu beurteilen und hat einen Übergang der Forderung des Gläubigers nicht zur Folge (RG 94, 85; 96, 136). Zwingendes Recht enthält § 774 nicht; der Übergang der Forderung auf den Bürgen kann vertragsmäßig ausgeschlossen werden, was bei Teilbürgschaften einen verständlichen Zweck hat (RG JW 1914, 350[4]).

2. Der Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen erfolgt, **soweit dieser den Gläubiger befriedigt** hat; teilweise Befriedigung bewirkt teilweisen Übergang; zur Zeit der Befriedigung noch nicht fällige und deshalb auch nicht berichtigte Zinsen sind in den Übergang nicht einbegriffen; in der Zukunft fällige Zinsen kann der Bürge auf Grund des Übergangs vielmehr nur gemäß §§ 246, 288 verlangen (RG 61, 343). Denn das alte Forderungsrecht dient nach seinem Übergange nur noch dem Rückgriffszwecke, und nur in dessen Grenzen findet auch der Übergang statt. — In welcher Weise die Befriedigung des Gläubigers erfolgt, ist gleichgültig; sie kann durch Hinterlegung, durch Hingabe an Erfüllungs Statt in den gesetzlichen Voraussetzungen, sie kann insbesondere auch durch Aufrechnung mit einer dem Bürgen gegen den Gläubiger zustehenden Gegenforderung geschehen (RG 53, 403; 10. 10. 18 IV 230/18; s. § 768 A 1). Auch der Umstand, daß die Befriedigung mit den Mitteln des Hauptschuldners erfolgt, hindert den Übergang nicht (RG Warn 1914 Nr 15), und gleichgültig ist es auch, ob zur Zeit der Befriedigung der Bürge von dem Hauptschuldner hätte in Anspruch genommen werden können oder ob ihm noch die Einrede der Vorausklage zustand (RG 10. 10. 18 IV 230/18). Der Übergang kann aber stets nur in den Grenzen der Bürgschaftsverpflichtung erfolgen; hat der Bürge, der sich nur für einen Teil der Schuld verbürgt hat, die ganze Schuld bezahlt, so geht in Höhe des Mehr die Forderung des Gläubigers auf ihn nicht über; hinsichtlich des Mehr ist der Bürge ein Dritter, der eine fremde Schuld bezahlt hat, im Sinne des § 267 (RG LZ 1918, 909[8]).

3. Durch den gesetzlichen Übergang der Hauptforderung auf den Bürgen in den Grenzen der erfolgten Befriedigung des Gläubigers darf **weder der Gläubiger** in seinen Rechten gegen den Hauptschuldner **noch der Hauptschuldner** in seinen Rechten gegen den Bürgen **benachteiligt** werden. Ersteres drückt Satz 2, letzteres Satz 3 des § 774 Abs 1 aus. Deshalb muß der Bürge, der nur einen Teilbetrag der durch die Bürgschaft gesicherten Schuld be-

zahlt hat, mit seinem auf ihn übergegangenen Rechte auf Befriedigung aus Pfändern oder aus andern Bürgschaften hinter den ursprünglichen Gläubiger bis zu dessen voller Befriedigung zurücktreten, mag er sich für die ganze Schuld verbürgt und mit der Zahlung des Teilbetrags auch seine Bürgschaftsschuld nur zum Teil erfüllt oder mag er, wenn er nur bis zur Höhe seiner Zahlung für die an sich größere Schuld sich verbürgt hatte, die Bürgschaftsverpflichtung voll erfüllt haben (**RG** 53, 403; 76, 195; JW 1917, 811[2]). Auf andere Forderungen desselben Gläubigers gegen denselben Schuldner erstreckt sich zunächst das Vorrecht des Gläubigers nicht (**RG** a. a. O.); doch darf der Gläubiger auch hinsichtlich solcher durch den Mitbewerb des Bürgen nicht schlechter gestellt werden, wenn er zur Zeit der Zahlung in der Lage war, an der Stelle der befriedigten Forderung andere mit denselben Sicherungen ausgestattete Forderungen geltend zu machen (**RG** 82, 133), und sofern es sich um Forderungen handelt, die mit der durch die Bürgschaft gesicherten in einem rechtlichen Zusammenhange stehen (**RG** Warn 1914 Nr 275). Die Beweislast, daß eine Geltendmachung der auf den Bürgen übergegangenen Hauptforderung durch diesen ihm, dem Gläubiger, zum Nachteile gereiche, trifft den Gläubiger. Im Konkurse des Hauptschuldners werden die entwickelten Grundsätze des § 774 durch die Besonderheiten des Konkursverfahrens beeinflußt. Der Gläubiger, dem der Bürge vor der Konkurseröffnung eine Teilzahlung gemacht hat, kann den entsprechenden Teil seiner Forderung wegen des Teilübergangs seinerseits nicht mehr zum Konkurse anmelden; vielmehr ist der Bürge insoweit forderungs- und zur Teilnahme an dem Konkurse berechtigt. Würde dieser durch § 774 Abs 1 Satz 2 gehindert sein, die Forderung auf Grund des Übergangs zum Konkurse anzumelden, würden also weder der Gläubiger noch der Bürge die Teilforderung im Konkurse geltend machen dürfen, so würde dies wesentlich eine grundlose Begünstigung der übrigen Konkursgläubiger bedeuten. Der Gläubiger mag deshalb von dem Bürgen außerhalb des Konkursverfahrens denjenigen Teil der Dividende herausverlangen, um den er durch die Teilnahme des Bürgen an dem Konkurse verkürzt worden ist (**RG** 83, 406). — Entsprechende Bestimmungen über einen gesetzlichen Übergang einer Forderung von dem Gläubiger auf den Zahlenden in den Grenzen der Befriedigung finden sich in §§ 268, 426, 1164, 1176, 1607 u. 1709.

4. Der Hauptschuldner hat gegen die Rückgriffsforderung des Bürgen aus dem zwischen ihnen bestehenden Schuldverhältnisse (Auftrag, Geschäftsführung ohne Auftrag, Dienstvertrag usw.) die **Einwendungen,** die ihm auf Grund dieses Rechtsverhältnisses zustehen, und nur diese. Er kann nicht der Rückgriffsforderung des Bürgen gegenüber mit einer Forderung, die ihm gegen den befriedigten Gläubiger zustand, aufrechnen; wohl aber darf er dem Bürgen, der zu ihm in einem Auftragsverhältnisse stand, entgegenhalten, daß dieser gemäß § 770 die Befriedigung des Gläubigers mit Rücksicht auf die Gegenforderung, wenn er von ihr Kenntnis hatte, hätte verweigern müssen; der Bürge hat bei der Befriedigung des Gläubigers nicht nur sein Interesse, sondern auch das seines Auftraggebers oder Geschäftsherrn zu wahren (**RG** 59, 207). Der aus dem Übergange der Hauptforderung auf den Bürgen erhobenen Klage gegenüber stehen dem Hauptschuldner dagegen einmal alle Einwendungen zu, die das Hauptschuldverhältnis ihm an die Hand gibt, soweit diese zur Zeit des Übergangs begründet waren (§§ 404, 412), sodann aber auch die aus dem persönlichen Rechtsverhältnisse gegen den Bürgen ihm erwachsenen. Während jedoch im Falle der Rückgriffsklage des Bürgen aus dem zwischen ihm und dem Hauptschuldner bestehenden Rechtsverhältnisse den Bürgen die Beweislast trifft, daß er vertragsgemäß gehandelt habe, hat gegenüber der Hauptforderungsklage der Hauptschuldner darzutun, daß der Bürge zur Geltendmachung der Forderung aus einem in dem beiderseitigen Rechtsverhältnisse begründeten Umstande nicht berechtigt sei (**RG** 85, 72). Hat der Bürge dem Gläubiger seine Forderung bezahlt in Unkenntnis des Umstandes, daß sie schon bezahlt war, so steht ihm gegen den Gläubiger ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung zu (§§ 812ff.); er kann auch gegen den Hauptschuldner, wenn er dem ihn mit diesem verbindenden Rechtsverhältnisse entsprechend pflichtgemäß gehandelt hat, einen Rückgriff (§ 670) haben; die Hauptforderung ist jedoch auf ihn nicht übergegangen, da sie durch die frühere Zahlung bereits erloschen war.

5. Mitbürgen haften gemäß § 769 als Gesamtschuldner. Das dadurch zwischen ihnen selbst bedingte Gemeinschaftsverhältnis führt zu der in der grundsätzlichen Bestimmung des § 426 (vgl. **RG** 61, 56 u. 70, 48) festgesetzten gegenseitigen Ausgleichung. Die darauf verweisende Vorschrift des Abs 2 des § 774 wäre daher an sich überflüssig; ihr Schwerpunkt beruht in dem Wörtchen „nur". Der in Abs 1 bestimmte Forderungsübergang auf den Bürgen, der den Gläubiger befriedigt hat, hat an sich auch den Übergang der Ansprüche aus den für die Forderung bestellten weiteren Bürgschaften zur Folge (§§ 401, 412). Dieser Übergang der Rechte gegen die andern Bürgen wird in Abs 2 in seinem Umfange beschränkt. Die Ausgleichung findet gemäß § 426 Abs 1, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist", nach Kopfteilen statt. Die abweichende Bestimmung kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung, mithin auch durch Vertragsbestimmungen, die mit einem Ausgleichungsrechte nicht vereinbar sind, getroffen sein (**RG** 61, 56; 81, 414); die Beweislast für eine vereinbarte

anderweite Bestimmung trifft den Mitbürgen, der sie behauptet (RG 15. 4. 08 VI 33/07). Sie kann auch aus den Verhältnissen von selbst sich ergeben, so daß den Beweis zu führen hat, wer etwas anderes behauptet. Haben z. B. die Mitgesellschafter einer G. m. b. H. sich für Schulden der Gesellschaft gemeinschaftlich verbürgt, so ist das Beteiligungsverhältnis an der Gesellschaft als die natürliche Grundlage auch für die Ausgleichung unter den Gesellschaftern anzunehmen; der Vertragswille der Gesellschaft überträgt sich von selbst auf das Ausgleichungsverhältnis (RG 88, 122; Warn 1914 Nr 247). — Der Nachbürge ist im Sinne der §§ 769 u. 774 Abs 2 Mitbürge; sein Bürgschaftsgläubiger ist der Gläubiger der Hauptverbindlichkeit (RG 83, 342; Warn 1917 Nr 241). Aber diejenigen Bürgen, für die er als Nachbürge die Haftung übernommen hat und die darum vor ihm, nicht neben ihm haften, haben keinen Ausgleichungsanspruch gegen ihn (RG JW 1912, 746[9]). Umgekehrt hat der Nachbürge vollen Ersatzanspruch gegen den Vorbürgen, für den er die Bürgschaft übernommen hat (RG 28. 5. 14 VI 173/14). Der Rückbürge, dessen Bürgschaftsgläubiger ein Bürge ist und dessen Rückbürgschaftsverpflichtung auf des letzteren Bürgschaftsverpflichtung gegen den Hauptgläubiger als ihre Hauptverbin lichkeit sich bezieht, nicht auf die Verbindlichkeit des Hauptschuldners, muß den Bürgen, der sein Bürgschaftsgläubiger ist, auch für den Verlust schadlos halten, den dieser infolge der Ausgleichungspflicht andern Mitbürgen gegenüber in seinem Rückgriff erleidet (RG 27. 4. 05 IV 516/04). Für den Fall, daß der Mitbürge nicht auf Grund des § 774, sondern durch Vertrag mit dem Gläubiger dessen Forderung erwirbt, führt die Anwendung des § 426 zu dem gleichen Ergebnis, daß sich der Mitbürge, der die Forderung erworben hat, den Betrag, der bei der Ausgleichung auf ihn entfallen würde, gegenüber den Mitbürgen von der Forderung kürzen lassen muß (RG Warn 1913 Nr 361).

6. **Entsprechende Anwendung** findet § 774 Abs 1 im Falle des § 1143 (Befriedigung des Gläubigers einer hypothekarisch versicherten Forderung durch den nur dinglich haftenden Eigentümer des belasteten Grundstücks) und der ganze § 774 im Falle der Einlösung des Pfandes durch den Drittverpfänder einer beweglichen Sache (§ 1225). Die vielumstrittene Frage, wie dann der Rückgriff des Bürgen gegen den Drittverpfänder und umgekehrt, die jedenfalls in einem gesamtschuldnerischen Gemeinschaftsverhältnis zueinander nicht stehen, sich gestaltet, ist mit Strohal (Arch. f. Dogm. 61, 59ff.) dahin zu lösen, daß dem Bürgen gegenüber in jedem Falle die Last der Schuld endgültig auf das Pfand abgewälzt wird. Siehe darüber § 1225 A. Vgl. auch RG 85, 363.

§ 775

Hat sich der Bürge im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu[1]), so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen[2]):

1. **wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben[3]);**
2. **wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist;**
3. **wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist[4]);**
4. **wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat.**

Ist die Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten[5]).

E I 677 II 714; M 2 676—678; P 2 479, 480.

1. § 775 behandelt das innere Verhältnis des Bürgen zum Hauptschuldner, das außerhalb des Bürgschaftsvertrags steht, und gibt eine Sonderbestimmung über die Rechte des Bürgen gegen den Hauptschuldner für den Fall, daß der erstere die **Bürgschaft im Auftrage des Hauptschuldners** (§ 662), dem ein Dienstvertrag auf Geschäftsbesorgung (§ 675) gleichzustellen ist, übernommen oder bei der auftragslosen Übernahme im Interesse und dem Willen des Hauptschuldners entsprechend gehandelt hat (§ 683). Für Auftrag und Dienstvertrag tritt das im § 775 gegebene Recht auf Befreiung oder Sicherheitsleistung unter den in dem

Paragraphen aufgeführten veränderten Umständen an Stelle des Rechtes auf Vorschuß (§ 669), das für den Auftrag zur Bürgschaftsübernahme der Natur der Sache nach unanwendbar ist, sowie des Rechtes auf Befreiung nach § 670, soweit diese vor Befriedigung des Gläubigers durch den Bürgen verlangt werden könnte, da die Bürgschaft gerade der Verschaffung und Erhaltung des Kredits des Auftraggebers zu dienen bestimmt ist. Nur unvorhergesehene, ohne sein Zutun nachträglich eingetretene Umstände, die die Stellung des Bürgen gefährden, sollen dem Bürgen einen Anspruch auf Entbindung von der auftraggemäß übernommenen Verpflichtung geben. Sobald der Bürge den Gläubiger befriedigt hat, erlischt notwendig der Befreiungsanspruch und tritt der Rückgriffsanspruch gegen den Hauptschuldner an dessen Stelle. Anderseits kann es zu einem Rückgriffsanspruch nicht kommen, wenn der Hauptschuldner den Bürgen befreit hat. Beide Ansprüche können deshalb auch gleichzeitig — im Konkurse des Hauptschuldners — nicht geltend gemacht werden.

2. Die **Befreiung von der Bürgschaft** leistet der Hauptschuldner, indem er entweder den Gläubiger befriedigt oder durch Gewährung anderweiter Sicherheiten zur Entlassung des Bürgen aus der Bürgschaftsverpflichtung veranlaßt. Der Bürge kann selbstverständlich vertragsmäßig auf den Befreiungsanspruch verzichten, und diese Beredung zwischen dem Bürgen und dem Hauptschuldner bedarf keiner Form. Der Verzicht braucht nicht ausdrücklich erklärt zu sein, sondern kann sich aus den Parteiverhandlungen ergeben. Ein solcher Verzichtswille kann daraus gefolgert werden, daß nach Übernahme der Bürgschaft der Hauptschuldner und der Gläubiger unter Zustimmung des Bürgen die Hinausschiebung des Fälligkeitstermins vereinbart haben (RG 59, 10); er kann aber nicht schon daraus entnommen werden, daß der Bürge vor der Fälligkeit der Hauptverbindlichkeit gemäß § 757 Abs 2 oder auf Grund besonderer Vereinbarung von dem Hauptschuldner sich hat Sicherheit leisten lassen; denn die letztere bezweckt gerade, die Befreiung des Bürgen nach Eintritt der Fälligkeit zu gewährleisten (RG a. a. O. u. 12. 7. 06 VI 589/05).

3. Zur Feststellung einer **Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners** bedarf es der Vergleichung der letzteren zur Zeit der Bürgschaftsübernahme mit denjenigen zur Zeit der Erhebung der Befreiungsklage; hierbei sind nicht nur die Besitzwerte und Schulden, sondern auch die Kreditverhältnisse des Hauptschuldners zu berücksichtigen (RG 12. 7. 06 VI 589/05). Der Bürge kann jedoch nicht unter Berufung auf § 775 Befreiung verlangen, wenn er selbst durch vertragswidriges Verhalten die Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners herbeigeführt hat; seinem Befreiungsanspruche steht alsdann die Einrede der Arglist entgegen (RG a. a. O.).

4. Dem **vollstreckbaren Urteil** steht gleich der Vollstreckungsbefehl nach § 700 Satz 1 ZPO, nicht aber andere vollstreckbare Titel nach § 794 ZPO (Vergleiche, vollstreckbare Urkunden), die der Bürge dem Gläubiger durch seine eigene Mitwirkung verschafft hat.

5. Die **Sicherheitsleistung** (§§ 232 ff.) bezweckt nicht, die Rückgriffansprüche des Bürgen aus der Befriedigung des Gläubigers zu sichern, sondern lediglich, die Befreiung des Bürgen von der übernommenen Bürgschaft nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld zu schützen (RG 59, 10 u. 16. 3. 06 VI 313/05). Hat der Bürge daher auf den Befreiungsanspruch nachträglich verzichtet oder hat er den Gläubiger befriedigt, so ist die Sicherheitsleistung erledigt.

§ 776

[1]) Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf[2]), so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können[3]). Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach der Übernahme der Bürgschaft entstanden ist[4]).

E I 679 II 715; M 2 678—682; P 2 780—783.

1. Die **Pflichten des Gläubigers.** Dem Gläubiger erwachsen an sich aus dem Bürgschaftsvertrage nur Rechte, keine Pflichten (s. A 5 zu § 765); er hat nach dem Rechte des BGB auch nicht wie nach gemeinem Rechte in der Geltendmachung und Einziehung seiner Forderung gegen den Hauptschuldner Sorgfaltspflichten zu erfüllen, wenn nicht vertragsmäßig ein anderes bestimmt ist, in welchem Falle bei Versäumung der Sorgfaltspflicht der Bürge, wenn er sonst mit einem Rückgriff Erfolg gehabt haben würde, frei wird. Ohne solche Vereinbarung kann der Bürge weder von dem Gläubiger verlangen, daß dieser von einem Kündigungsrechte wegen Verzugs des Hauptschuldners in der Zahlung der Zinsen Gebrauch mache (RG 3. 12. 06 VI 123/06), noch kann er einer dem Hauptschuldner gewährten Stundung widersprechen; er ist auch nicht befugt, vom Gläubiger die Anfechtung einer Rechtshandlung zu verlangen (RG a. a. O.), oder daß der Gläubiger die ihm für die Forderung bestellte Hypothek in der Zwangsver-

steigerung des Grundstücks ausbiete (RG 88, 410), oder ihm zuzumuten, um eine teilweise Tilgung der Schuld durch Dritte zu erlangen, eine Sicherheit aufzugeben (RG Warn 1915 Nr 17) oder ihn zur Anmeldung seiner Forderung im Konkurse über das Vermögen des Hauptschuldners zu veranlassen. Der Gläubiger ist nicht verpflichtet, den Bürgen von einem die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners betreffenden Vorgange, namentlich von der Einleitung einer Zwangsvollstreckung gegen diesen zu benachrichtigen; § 1166 ist nicht entsprechend anwendbar (RG 65, 134). Treu und Glauben hat aber auch der Gläubiger dem Bürgen gegenüber zu wahren; er darf die Stellung des Bürgen nicht willkürlich verschlechtern. Befreit das BGB den Gläubiger von einer Wachsamkeitspflicht gegenüber dem Bürgen, so hat es anderseits auch den letzteren in den §§ 774, 776 unabhängig vom Gläubiger gestellt. Mit Rücksicht auf den dem Bürgen, wenn er den Gläubiger befriedigt, gesetzlich gewährten Übergang der Hauptforderung, der nach §§ 401, 412 auch den Übergang aller Sicherungen auf ihn zur Folge hat, verbietet § 776 dem Gläubiger, zum Nachteile des Bürgen von diesen Sicherungsrechten etwas aufzugeben. Aber auch über § 776 hinaus haftet der Gläubiger dem Bürgen nicht nur, wenn er arglistig die Beeinträchtigung der Interessen des Bürgen herbeiführt (RG Warn 08 Nr 370), sondern auch, wenn er fahrlässigerweise im Vertrauen auf die durch die Bürgschaft ihm gebotene Sicherheit Pfänder aus seinem Pfandbesitz hat wegbringen lassen (RG Warn 1915 Nr 17) oder Aufwendungen auf Pfänder zum Schutze gegen deren Entwertung unterläßt, die die im Verkehr erforderliche Sorgfalt oder die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns von ihm verlangt, sofern dem Bürgen das Recht zusteht, den Gläubiger zunächst auf das Pfand zu verweisen (RG JW 05, 720[11]). Bei der Ausfallsbürgschaft kann der Gläubiger deshalb vom Bürgen nicht Beträge fordern, deren Verlust er selbst durch nachlässige Betreibung der Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner verschuldet hat (RG 87, 327).

2. Die **Aufgabe von Sicherheiten,** die den Bürgen nach § 776 freimacht, setzt eine Willenserklärung des Gläubigers voraus, die diese Aufgabe zur Folge hat; ein nur zusehendes Verhalten des Gläubigers, das den Verlust von Nebenrechten mit sich bringt, ist darunter nicht begriffen (RG 65, 396). Über Vorzugsrechte s. § 401 Abs 2. Der Pfandrechtstitel des § 648 für die Baugläubiger ist kein Vorzugsrecht, der Nichtgebrauch des Anspruchs auf Eintragung deshalb auch nicht Aufgabe einer Sicherheit, die den Bürgen befreit. Die Entlassung eines von mehreren Gesamtschuldnern ist keine Aufgabe einer Sicherheit (RG 10. 3. 13 VI 238/12).

3. Die Aufgabe der Nebenrechte **befreit den Bürgen** nur, wenn und insoweit das aufgegebene Recht ihm die Möglichkeit gewährt haben würde, sich gemäß § 774 daran zu erholen. Den Bürgen, der unter Berufung auf § 776 dem Gläubiger die Bürgschaft aufkündigt oder seiner Klage aus dem Bürgschaftsvertrage die Befreiung einredeweise entgegensetzt, trifft die Beweislast sowohl für die Aufgabe wie für die Tauglichkeit des aufgegebenen Rechtes, ihm Ersatz zu gewähren. Hat der Bürge in Unkenntnis davon, daß der Gläubiger ein Sicherungsrecht aufgegeben hat, den Gläubiger befriedigt, so steht ihm in Höhe des Wertes des letzteren ein Bereicherungsanspruch gegen den Gläubiger gemäß § 813 zu (RG 9. 6. 03 II 165/03). Es ist selbstverständlich, daß der Bürge auf seine Rechte aus § 776 verzichten kann, insbesondere durch ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in eine Aufgabe von Sicherheiten durch den Gläubiger (RG Warn 1917 Nr 290).

4. Daß § 776 sich nur auf die Aufgabe von Sicherheiten **durch den Gläubiger** bezieht, bedarf kaum der Erwähnung. Ein Mitbürge insbesondere darf unbeschadet seines Rückgriffsrechts gegen die andern Bürgen ihm vom Schuldner oder von Dritten persönlich bestellte Vorzugs- oder Sicherheitsrechte aufgeben (RG JW 05, 486[3]). — Eine entsprechende Anwendung des § 776 auf den Gewährvertrag ist an sich denkbar. Satz 2 kann aber auf ein Gewährversprechen wegen der von der Bürgschaft abweichenden inneren Natur dieser Verpflichtung nicht angewendet werden (RG 72, 138).

§ 777

Hat sich der Bürge für eine bestehende Verbindlichkeit auf bestimmte Zeit verbürgt[1]), so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger die Einziehung der Forderung unverzüglich nach Maßgabe des § 772 betreibt, das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt und unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Steht dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach dem Ablaufe der bestimmten Zeit frei, wenn nicht der Gläubiger ihm unverzüglich diese Anzeige macht[2]).

Erfolgt die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich die Haftung des Bürgen im Falle des Abs 1 Satz 1 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit zur

Zeit der Beendigung des Verfahrens hat, im Falle des Abs 1 Satz 2 auf den Umfang, den die Hauptverbindlichkeit bei dem Ablaufe der bestimmten Zeit hat[2]).

E II 716; P 2 483—485.

1. Wird einer Bürgschaftsverpflichtung eine **zeitliche Begrenzung** hinzugefügt, so kann dies, wie in § 765 A 5 bereits bemerkt ist, den Sinn haben, daß mit dem Ablaufe der Zeit die Bürgschaft erlöschen soll; es kann aber auch bedeuten, daß Gegenstand der Bürgschaft diejenigen Verbindlichkeiten sein sollen, die der Hauptschuldner innerhalb der bestimmten Zeit gegenüber dem Gläubiger eingeht. Es ist Sache der Auslegung im einzelnen Falle, wie die Zeitbestimmung zu verstehen ist; wird die Bürgschaft für eine bestehende und deshalb ihrem Umfange nach bereits feststehende Verbindlichkeit übernommen, so ist eine andere Auffassung, als daß die Zeitbestimmung eine zeitliche Schranke für die Haftung des Bürgen selbst bedeuten solle, der Regel nach nicht möglich. Bei einer Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten (Kreditbürgschaft) ist eine andere Auslegung nicht nur möglich, sondern es ist auch naheliegend, daß hier nicht die Bürgschaft selbst, sondern der Kreis der Forderungen, für die sie übernommen wird, zeitlich begrenzt werden soll (RG 63, 11; 82, 382). Die Bestimmung des § 777 gibt eine Sondervorschrift für den Fall, daß die Zeitbestimmung eine Schranke für die Bürgenhaftung selbst bedeutet, und legt dieser den Regelfall unter, daß die Bürgschaft für eine bestehende Verbindlichkeit übernommen ist. Der Rechtsgedanke des Paragraphen, für den Fall einer Beschränkung der Bürgenhaftung selbst auf eine bestimmte Zeit eine Ordnung zu schaffen, ob und inwieweit der Gläubiger bis zum Ablaufe der Zeit bereits die Inanspruchnahme des Bürgen eingeleitet und durchgeführt haben müsse, trifft indessen auch dann zu, wenn im Einzelfalle die Vertragsauslegung bei der Bürgschaft für künftige Verbindlichkeiten zu dem Ergebnisse führt, daß die Zeitbestimmung auch hier nicht den Kreis der Forderungen, sondern die Bürgschaftsverpflichtung selbst habe begrenzen wollen; die Vorschrift ist deshalb in solchem Falle entsprechend anzuwenden (RG 82, 382). Die Befristung der Hauptschuld bedeutet nicht auch die Befristung der Bürgschaft (RG Warn 1914 Nr 155). Wohl aber ist die Beschränkung der Bürgschaftshaftung auf bestimmte Zeit für aufgegeben zu erachten, wenn der Bürge zu einer Stundung der Hauptverbindlichkeit auf unbestimmte Zeit seine Zustimmung gibt; die Zeitbestimmung muß als geändert gelten, wenn diese Stundung mit bestimmtem Endtermin erfolgt (RG JW 03 Beil Nr 252). — Über die entsprechende Anwendung des § 777 bei zeitlich begrenzter Pfandbestellung für fremde Schuld s. RG 68, 141.

2. **Pflichten des Gläubigers.** Vor dem Ablaufe der bestimmten Zeit hat der Gläubiger die Inanspruchnahme des Bürgen nicht einzuleiten; im übrigen scheidet das BGB für die Behandlung der Frage, wie die Inanspruchnahme des Bürgen der Zeitschranke sich anzuschließen habe, die **gewöhnliche** und die **selbstschuldnerische** Bürgschaft; der letzteren stehen die Fälle gleich, in denen die dem Bürgen an sich gegebene Einrede der Vorausklage wegen der in § 773 Nr 2—4 bezeichneten Umstände im Einzelfalle ausgeschlossen ist. In den Fällen der Bürgschaft ohne Vorausklage bestimmt sich die Haftung des Bürgen nach dem Umfange der Verbindlichkeit im Augenblicke des Zeitablaufs; der Bürge wird aber frei, wenn nicht der Gläubiger unverzüglich, d. i. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121), nach dem Ablaufe der Zeit dem Bürgen anzeigt, daß er ihn in Anspruch nehme. Bei der Bürgschaft mit Vorausklage muß der Gläubiger nach dem Ablaufe der Zeit zunächst unverzüglich die Einziehung der Forderung gegen den Hauptschuldner betreiben; nach Beendigung dieses Verfahrens hat er dem Bürgen jene Anzeige zu machen, und der Zeitpunkt der Beendigung des Verfahrens, nicht der Zeitablauf, bestimmt zugleich den Umfang der Bürgschaft nach § 767. Die einmal erfolgte Anzeige kann nicht vom Gläubiger einseitig rückgängig gemacht werden; denn die Befreiung des Bürgen, die hierdurch bewirkt würde, kann nur durch Erlaßvertrag nach § 797 erfolgen (RG 24. 9. 02 VI 32/02). Die hier vorgeschriebene Anzeige wird durch eine vor Ablauf der bestimmten Zeit gemachte Mitteilung, daß der Gläubiger den Bürgen in Anspruch nehmen werde, nicht ersetzt (RG 96, 133; dagegen Levy JW 1919, 823 bei Nr 5). Die Beweislast, daß den Voraussetzungen der Inanspruchnahme des Bürgen nach § 777 Genüge geschehen ist, trifft den Gläubiger.

§ 778

Wer einen anderen beauftragt[1]), im eigenen Namen und auf eigene Rechnung einem Dritten Kredit zu geben[2]), haftet dem Beauftragten für die aus der Kreditgewährung entstehende Verbindlichkeit des Dritten als Bürge[3])[4]).

E I 680 II 717; M 2 682—684; P 2 485, 486.

1. Das wesentliche Merkmal der Bürgschaftsverpflichtung, das Einstehen für eine fremde Verbindlichkeit, ist auch dem in § 778 behandelten **Kreditauftrage** eigen. Doch wird die Haftung des Einstehenden hier nicht durch eine von ihm abgegebene Erklärung dieses Inhalts begründet, sie ist vielmehr die Rechtsfolge einer andern von ihm ausgegangenen Willenserklärung, mit der er, der künftige Bürge, die Entstehung der Hauptverbindlichkeit erst veranlaßt, indem er den künftigen Gläubiger ersucht, dem künftigen Schuldner Kredit zu gewähren. Die Aufforderung eines Dritten an den lieferungsunlustigen Verkäufer, dem Käufer die bestellte Ware zu liefern, kann als Kreditauftrag angesehen werden (RG 87, 144). Diese Veranlassungshandlung bildet den Rechtsgrund seiner Haftung; die letztere entsteht, wenn der Ersuchte dem Ersuchen nachkommt und dem Dritten den verlangten Kredit gewährt; der Ersuchende wird dadurch zum Nachschuldner gleich dem Bürgen. Den Streit, ob jenes Ersuchen, um einen Kreditauftrag im Sinne des § 778 darzustellen, in einem wirklichen rechtsgeschäftlichen **Auftrage** bestehen müsse, der der Annahme bedarf und im Falle der Annahme den Beauftragten verpflichtet, oder ob eine bloße Ermächtigung, ein Anheimgeben, genüge, mit dem der Angegangene nicht verpflichtet werden soll (so Eccius in Gruch 46, 55ff., Kohler, BR II § 157), hat das Reichsgericht unter Zustimmung der überwiegenden Mehrheit der Rechtslehrer in wiederholten Entscheidungen im ersteren Sinne entschieden (RG 50, 160; 51, 120; 56, 130; Warn 1910 Nr 114; 9. 7. 06 VI 572/05; 11. 4. 07 VI 350/06). Dem ist beizutreten. Der rechtsgeschäftliche Auftrag (§ 662), dem im Sinne des Paragraphen aber auch ein entgeltlicher Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 gleichzustellen ist, bildet, wenn er vom Beauftragten angenommen und ausgeführt worden ist, eine rechtliche Grundlage für die Haftung des Auftraggebers. Er bedarf auch keiner Form; hat er die Haftung des Auftraggebers zur Folge, so bedarf es nicht noch einer schriftlichen Bürgschaftserklärung nach § 766. Wird aber eine bloße Ermächtigung, die die Erfüllung in das Belieben des Ersuchten stellen soll und die weder diesen noch den Ersuchenden bindet, als genügende Veranlassungserklärung für den Kreditauftrag angenommen, so fehlt zwischen beiden Personen ein rechtsgeschäftliches Band; die Veranlassungshandlung kann, wenn sie nicht überhaupt bloß als Rat oder Empfehlung erscheint (§ 676), eine Haftung des Erklärenden nur dann bewirken, wenn sie bereits selbst als Bürgschaftserklärung für die zukünftige Schuld aufgefaßt werden kann. § 778 gewährt eine Formfreiheit für eine solche Bürgschaftserklärung nicht; es müßte also eine Erklärung der Bürgschaftsverpflichtung in der Form des § 766 verlangt werden. Dann läge aber eben eine Bürgschaft vor, nicht ein besonderes Rechtsgeschäft, dem eine Wirkung gleich der Bürgschaft beigelegt wird. Es ist zuzugeben, daß im Verkehr neben dem rechtsgeschäftlichen Auftrage zur Kreditgewährung auch die bloße Ermächtigung, Anregung, Empfehlung vorkommen kann; sie ist nach dem Gesagten aber als Kreditauftrag nicht zu erachten. Das Bedenken, daß es für den rechtsgeschäftlichen Auftrag an dem eigenen Interesse des Auftraggebers fehle, erledigt sich dadurch, daß jeder ein fremdes Interesse zu seinem eigenen machen kann, wie denn auch der Beauftragte oder der Geschäftsführer ohne Auftrag in dieser Stellung wiederum an Dritte rechtsgeschäftliche Aufträge erteilen kann; durch den Auftrag selbst bekundet er sein eigenes Interesse.

2. Der Kreditauftrag ist mithin der rechtsgeschäftliche **Auftrag** an einen andern, **einem Dritten im eigenen Namen und für eigene Rechnung Kredit zu gewähren** oder, was gleichbedeutend ist, weiter zu gewähren (RG JW 1910, 809[24]; 1912, 910[6]; Warn 1912 Nr 106; 8. 4. 07 VI 272/06). Soll der Beauftragte im Namen oder für Rechnung des Auftraggebers handeln, so kann von einem Kreditauftrage nicht die Rede sein; der Auftraggeber ist alsdann dem Dritten gegenüber selbst der Gläubiger, dem Beauftragten gegenüber selbst der Schuldner (RG 87, 144; Warn 1911 Nr 429). Wesentlich ist dem Kreditauftrage ferner die V e r p f l i c h t u n g des Aufgeforderten zur Kreditgewährung. Soll diese ausgeschlossen sein, so liegt Bürgschaft für künftige Schuld oder Gewährvertrag vor. Der Kreditauftrag ist als Auftrag nach § 662 einer Form nicht unterworfen; er bedarf der Annahme, die ebensowenig eine Form erfordert (A 2 zu § 662). Er ist nach § 671 seitens des Auftraggebers jederzeit widerruflich, auch nach seiner Annahme (RG JW 1911, 447[12]), kann aber sehr wohl gerade wegen des freien Widerrufsrechts der Höhe wie der Zeitdauer nach unbegrenzt sein (RG Warn 1912 Nr 106). Der Beauftragte kann seinerseits gemäß § 671 das Auftragsverhältnis kündigen; als ein wichtiger Grund nach § 671 Abs 1 erscheint insbesondere die Kreditunwürdigkeit des Dritten. Bis zur Gewährung des Kredits, die die Entstehung der Hauptschuld zur Folge hat, gelten für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten lediglich die Vorschriften über den Auftrag (§§ 664, 672, 673; § 669 ist nicht anwendbar, da der Zweck des Geschäfts die Gewährung des Kredits aus den Mitteln des Beauftragten ist, vgl. § 775 A 1). Abweichend von der Bürgschaft hat der Gläubiger als Beauftragter das Interesse des Auftraggebers wahrzunehmen, ihm Nachricht zu geben, wenn dieses bedroht erscheint, und nach seinen Weisungen zu handeln (RG JW 1912, 910[6]). Mit der Entstehung der Hauptschuld tritt die bürgschaftsgleiche Haftung des Auftraggebers als Nachschuldner ein (RG JW 1912, 910[6]).

3. Für die **Haftung des Kreditauftraggebers als Bürge** gelten alle Regeln, die über

die Pflichten und Rechte des Bürgen aufgestellt sind. Er hat die Einrede der Vorausklage, wie sie dem Bürgen gegeben ist; befriedigt er den Gläubiger, so geht dessen Forderung gemäß § 774 auf ihn über. Liegt dem Kreditauftrag wiederum ein Auftrag des Schuldners zugrunde, so hat er gegen diesen den Anspruch auf Befreiung nach § 775.

4. Verschieden von dem Kreditauftrag ist die Kreditanweisung oder der Kreditbrief, er ist eine Unterart der Anweisung zur Zahlung; der Dritte erhält nicht Kredit, sondern Zahlung, die der Beauftragte auch nicht für eigene Rechnung, sondern für Rechnung des Auftraggebers leistet und durch die er keine Forderung gegen den Zahlungsempfänger erwirbt (RG 64, 108).

Neunzehnter Titel

Vergleich

Vom **Vergleich**, dem Vertrage, der die Umwandlung eines zwischen den Parteien bestehenden unsicheren, sei es streitigen, sei es gegenständlich oder auch nur persönlich ungewissen Rechtszustandes in einen sicheren bezweckt und diesen Zweck durch gegenseitige Aufopferung von Werten oder Gewährung von Vorteilen verwirklicht, handelt das BGB in einem einzigen Paragraphen. Dieser enthält ein Doppeltes: eine allgemeine Begriffsbestimmung und eine besondere Rechtsregel über die Wirkung des Irrtums beim Vergleichsschlusse, wenn der Irrtum ein beiderseitiger war und sich auf Tatbestände bezog, die außerhalb der zu beseitigenden Ungewißheit lagen. Aus diesen beiden Gesetzessätzen und dem Zweckgedanken des Vergleichs sind die Regeln über seinen Inhalt und seine Wirkungen zu ermitteln. Das Merkmal des gegenseitigen Nachgebens, das das BGB als wesentlich für den Begriff des Vergleichs aufstellt, hat zu Zweifeln Veranlassung gegeben (vgl. Staudinger Vorbem II), ob der Prozeßvergleich, den die ZPO in den §§ 160 Abs 2 Nr 1, 296, 510c, 81, 83, 98, 794 Nr 1 u. 2 behandelt, der Begriffsbestimmung des BGB sich fügt und dessen Vorschriften unterstellt werden kann. Die Frage (vgl. RG 19, 362; 48, 183; 56, 333; 78, 286) ist zu bejahen. Die Merkmale des gegenseitigen Nachgebens wie des Streites oder der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis können unter Berücksichtigung von Abs 2 des § 779, dem Gesetzesgedanken entsprechend, genügend weit genommen werden (s. unten die A 1 u. 4 zu § 779), um den Prozeßvergleich mit zu umfassen. Eine andere Sonderform des Vergleichs ist der Zwangsvergleich im Konkurse (§§ 173ff. KO); auch er ist sachlich ein Vergleich im Sinne des § 779, für den nur hinsichtlich seines Zustandekommens und seiner Wirksamkeit besondere Vorschriften gelten (RG Warn 1911 Nr 353). Daß der sog. außergerichtliche Akkord als Vergleich im Sinne des § 779 aufzufassen ist, ist selbstverständlich. Ein dem Vergleich rechtsähnlicher Vertrag ist der Schiedsvertrag (§§ 1025ff. ZPO), der wie jener die vertragsmäßige Beilegung eines Streites über ein Rechtsverhältnis bezweckt, diesen Zweck jedoch abweichend vom Vergleiche so verwirklicht, daß nicht die Parteien selbst über die Rechte aus dem Rechtsverhältnisse verfügen, der Vertrag vielmehr die gerichtliche Entscheidung der Streitigkeit beseitigt und diese Entscheidung an Stelle des Gerichts ernannten Vertrauenspersonen überträgt (RG 67, 71; JW 1911, 459[37]).

§ 779

Ein Vertrag[1]), durch den der Streit oder die Ungewißheit[2]) der Parteien über ein Rechtsverhältnis[3]) im Wege gegenseitigen Nachgebens[4]) beseitigt wird[5]) (Vergleich), ist unwirksam, wenn der nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht und der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage nicht entstanden sein würde[6]).

Der Ungewißheit über ein Rechtsverhältnis steht es gleich, wenn die Verwirklichung eines Anspruchs unsicher ist[2]).

E I 666, 667 II 718; M 2 649—657; P 2 519—529; 6 198.

1. Dem Vergleich ist eine gegenseitige Verpflichtung wesentlich, die als Leistung und Gegenleistung erscheint; er gehört deshalb zu den gegenseitigen **Verträgen** nach §§ 320ff. Für den Fall des Verzugs des einen Teils gelten die §§ 326ff., für den der eintretenden Unmöglichkeit der Leistung die §§ 323ff. (RG JW 03 Beil Nr 132). Der Vergleich ist an sich formlos. Dies gilt auch dann, wenn damit eine selbständige, vom ursprünglichen Schuldgrund losgelöste Verpflichtung begründet, also eine neue selbständige Verbindlichkeit im Sinne des § 780 oder ein selbständiges Anerkenntnis nach § 781 erklärt wird (§ 782, RG JW 03 Beil Nr 226; 1910, 280[8]). Doch entbindet die Formlosigkeit des Vergleichs nicht von der Einhaltung

der sonst vorgeschriebenen Form, wenn die von einem Teile oder von beiden Teilen übernommenen Verpflichtungen oder Leistungen eine solche erfordern (RG 89, 259; Gruch 50, 662 u. 25. 2. 07 IV 387/06). So bedarf es der Form der §§ 311 u. 313, insoweit die Übertragung eines Teiles eines Vermögens oder des Eigentums an einem Grundstücke in dem Vergleiche versprochen, nicht aber, wenn die Bestellung einer Hypothek übernommen wird; denn § 873 bedingt für den darauf gerichteten obligatorischen Vertrag eine Form nicht (RG JW 02 Beil Nr 105). Auch dann bedarf es der Form des § 313 nicht, wenn der Vergleich den Grundstückskaufvertrag in einem Punkte abändert, der nicht die Eigentumsübertragung betrifft, so im Kaufpreise oder im Zeitpunkte der Eigentumsübertragung (RG JW 1910, 575[7]; 3. 3. 09 V 312/08; 19. 1. 10 V 112/09; 21. 1. 19 VII 187/18; 7. 2. 19 VII 184/18). Der Form der §§ 2371, 2385 bedarf ein Vergleich der um eine Erbschaft streitenden Personen, worin sie den Streit durch eine Verteilung der Erbschaft beseitigen (RG 72, 209; JW 1910, 998[3]). Jede nach dem bürgerlichen Rechte vorgesehene Form, die gerichtliche oder notarielle sowohl wie die schriftliche, wird aber ersetzt durch den in der gesetzlichen prozessualischen Form vor Gericht abgeschlossenen Prozeßvergleich (RG 48, 183 u. 1. 11. 05 V 129/05). Daß die Übernahme einer Bürgschaft in einem Prozeßvergleiche oder Zwangsvergleiche formgültig ist, ist in § 766 A 2 dargelegt. S. die dort angezogenen Entscheidungen des RG. Der Prozeßvergleich (s. Vorbem) ist inhaltlich nicht verschieden von dem Vergleiche des § 779. In seinen Wirkungen ist der Prozeßvergleich aber hinsichtlich der Vollstreckbarkeit (§ 794 Abs 1 Nr 1 ZPO) und der Verjährung (§ 218 BGB) dem Urteile gleichgestellt, da er, seine Rechtsgültigkeit vorausgesetzt (RG 65, 422; Gruch 50, 425 — anders früher Gruch 50, 428), den Prozeß gleich dem Urteile erledigt. Die gleichen Wirkungen hat der im Sühneverfahren vor dem Amtsgericht geschlossene Vergleich (§§ 510, 794 Abs 1 Nr 2 ZPO). Der als prozeßgerichtlicher formell unwirksame Vergleich kann als Vergleich nach § 779 bestehen bleiben (RG Warn 09 Nr 294). Der Zwangsvergleich im Konkurse ist vollstreckbar nach § 194 KO. — Die Befugnis zum Vergleichsschluß für gesetzliche und rechtsgeschäftliche Vertreter ist vielfach besonders geordnet. Das BGB kennt eine in früheren Rechten vorgesehene Spezialvollmacht nicht; ob die Vertretungsmacht den Vergleichsabschluß umfaßt, ist im Einzelfalle zu prüfen. Die Prozeßvollmacht berechtigt in den Grenzen des Gegenstandes des Rechtsstreits zu gerichtlichen wie außergerichtlichen (RG JW 94, 193[4]) Vergleichen (§ 81 ZPO). Der Prokurist ist nach § 49 BGB zu Vergleichen innerhalb eines Handelsgewerbes im allgemeinen, der Handelsbevollmächtigte innerhalb des besonderen Handelsgewerbes (§ 54 HGB), der Handlungsreisende zur vergleichsweisen Stundung der Preise aus den von ihm abgeschlossenen Verkäufen (§ 55 Abs 2 HGB) befugt; der Handlungsagent bedarf besonderer Ermächtigung (§ 86 Abs 1 HGB). Der Konkursverwalter ist bei Vergleichen über mehr als 300 M. an die Genehmigung des Gläubigerausschusses gebunden, falls ein solcher bestellt ist (§ 133 Nr 2 KO); der Vormund im gleichen Falle an die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (§ 1822 Nr 12 BGB); das gleiche gilt aber nicht vom Inhaber der elterlichen Gewalt (§ 1643 Abs 1).

2. Der Vergleich setzt als seine Unterlage entweder einen **Streit über ein Rechtsverhältnis**, der ein bewußtes Behaupten eines verschiedenen Rechtsstandpunkts, wenn auch nur zum Teil oder in Einzelpunkten, und ein dementsprechendes gegensätzliches Verhalten auf beiden Seiten bedingt, oder eine **Ungewißheit** über das Rechtsverhältnis oder eine **Unsicherheit der Rechtsverwirklichung** des daraus erwachsenden Anspruchs (Abs 2) voraus. Beides ist im weitesten Sinne zu nehmen. Die Ungewißheit braucht nur eine vermeintliche, in Wahrheit unbegründete zu sein; ungewiß ist auch, was nur die Parteien nicht wissen (RG JW 01, 138); und die vermeintliche Ungewißheit braucht ferner nur auf einer Seite vorzuliegen, während auf der andern Seite die Behauptung der Gewißheit gegenübersteht; die Ungewißheit kann auf tatsächlichem oder rechtlichem Gebiete liegen, und sie darf sich, wie der Streit über das Rechtsverhältnis, auf Nebenbestimmungen: Fälligkeit, Erfüllungsort, Verzinsung, eine Einrede, beschränken (RG Gruch 47, 936; 15. 2. 06 IV 402/05). Gegenständlich ungewiß sind bedingte Rechte und wiederkehrende Leistungen, bei denen der Wegfall gewiß, dessen Zeitpunkt ungewiß ist. Eine Unsicherheit der Rechtsverwirklichung ist insbesondere vorhanden, wenn die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder sonst die Durchführbarkeit der Zwangsvollstreckung zweifelhaft ist oder auch nur dem Gläubiger zweifelhaft erscheint.

3. a) Das **Rechtsverhältnis**, über das der Vergleich geschlossen wird, kann jeder Art sein, sofern es nur der Verfügung der Parteien untersteht. Vergleiche über Rechtsverhältnisse, die durch zwingende Rechtssätze geregelt sind, sind nichtig. So Vergleiche über den Nachlaß eines noch lebenden Dritten (§ 312), z. B. über Ansprüche aus einem wechselseitigen Testamente nach dem Tode des Erstverstorbenen (RG Gruch 50, 391). Ein Vergleich kann auch nicht geschlossen werden, wo offenbar gar kein gesetzlich anerkanntes Recht besteht. Deshalb ist ein Vergleich als gegen § 138 verstoßend nichtig, wenn der Vertrag, über den er einen Streit der Parteien beseitigen will, unsittlich ist (RG Warn 1911 Nr 388) Streitigkeiten über die vermögensrechtlichen Wirkungen des der privaten Verfügung entrückten Rechtsverhältnisses (Eherecht, Elternrecht) sind jedoch dem Vergleiche zugänglich, und ebenso können Vergleiche

auch beim gegenständlichen Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses in dem Falle geschlossen werden, wenn der Streit der Parteien gerade die Frage betrifft, ob ein gesetzlich gültiges und klagbares Rechtsgeschäft vorliege oder nicht: ob die zwischen den Parteien geschlossenen Börsengeschäfte gültige Kauf- oder Kommissionsgeschäfte oder aber klaglose Spielgeschäfte seien (RG 49, 192 u. 8. 7. 02 VI 163/02), ob ein Vertrag ein gültiger Dienstvertrag oder ein klagloser Ehevermittlungsvertrag sei (RG 23. 10. 06 VII 44/06), vorausgesetzt selbstverständlich, daß der Vergleich nicht die äußere vorgeschobene Form für ein Anerkenntnis des nichtigen Geschäfts ist. — b) Sind Vergleiche zulässig über ein durch rechtskräftiges Urteil festgestelltes Rechtsverhältnis? Das rechtskräftige Urteil stellt endgültig das zwischen den Parteien streitige Rechtsverhältnis fest und beseitigt die bestehende Ungewißheit. Deshalb kann diese an und für sich nicht nochmals durch einen Vergleich beseitigt werden. Ein Vertrag, durch welchen die Parteien das durch Urteil rechtskräftig festgestellte Rechtsverhältnis anderweit ordnen, ist daher kein Vergleich, sondern die Schaffung eines neuen, die Umschaffung des alten in ein neues Rechtsverhältnis. Aber es ist sowohl möglich, daß über die Ausführung oder die Auslegung eines Urteils neue Streitigkeiten und Ungewißheiten zwischen den Parteien entstehen, als auch, daß die Verwirklichung des durch das Urteil festgestellten Anspruchs sich unsicher gestaltet; in allen diesen Fällen ist eine Grundlage für einen Vergleich trotz der Rechtskraft des Urteils gegeben. Ein solcher hebt das letztere nicht in seinem Bestande auf; aber aus dem Vergleiche ergibt sich eine den festgestellten Anspruch betreffende Einrede gegen die Vollstreckung des Urteils, die mit der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO geltend zu machen ist (RG JW 00, 752[18]; 07, 394[13]). — c) Wie ein Vergleich ein Rechtsverhältnis ganz zum Gegenstande nehmen kann, obgleich nur ein Teil davon streitig oder ungewiß ist, so kann er auch über das streitige oder ungewisse Rechtsverhältnis überhaupt hinausgreifen und mit diesem zugleich andere Rechtsbeziehungen der Parteien zu lösen unternehmen, die nicht streitig oder ungewiß sind (RG JW 01, 138). Insbesondere sind Vergleiche nicht selten, die aus Anlaß eines Streites über ein Rechtsverhältnis alle gegenseitigen Forderungen zu erledigen bezwecken. Eine Vorschrift des PrALR (I 16 §§ 427, 428) bestimmte, daß auch ein solcher Vergleich im Zweifel nicht diejenigen Ansprüche umfasse, die dem Berechtigten zur Zeit des Vergleichsschlusses unbekannt waren. Das wird auch nach dem Rechte des BGB anzunehmen sein; ist aber die Absicht der Vergleichsparteien ersichtlich, schlechthin alle ihre Rechtsbeziehungen zu lösen, so erstreckt sich der Vergleich auch auf diejenigen Forderungen, deren Bestehen dem einen oder dem andern unbekannt war (RG 29. 4. 07 IV 500/06; 20. 10. 13 V 204/13).

4. Ein **gegenseitiges Nachgeben** erfordert der Vergleich. Das Nächstliegende ist, daß dieses Nachgeben sich auf das streitige oder ungewisse Rechtsverhältnis selbst bezieht. Es kann aber auch darin bestehen, daß der eine Teil auf seinen Anspruch ganz verzichtet oder den des Gegners ganz anerkennt unter Eintausch einer Abfindung oder Gegenleistung. Das gegenseitige Nachgeben ist überhaupt nach dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens zu verstehen; es erfordert nur, daß jeder dem andern von seinem persönlichen Standpunkte aus ein Opfer bringt (Prot 2, 524; RG 89, 262; JW 03 Beil Nr 226; 1911, 648[18]; 15. 2. 06 IV 402/05; 9. 6. 06 I 12/06; 3. 4. 08 VII 315/07). Dabei ist ferner nicht erforderlich, daß die Parteien sich wechselseitig das Zugeständnis machen, daß die andere zum Teile Recht habe; jedes tatsächliche Nachgeben genügt, selbst wenn es als freiwillige Zuwendung bezeichnet wird (RG Gruch 49, 106). Auch ein bedingtes Nachgeben widerspricht nicht dem Wesen des Vergleichs (RG 3. 2. 14 VII 447/13). Ein bloßes Anerkenntnis seitens des Schuldners, ein bloßer Verzicht seitens des Gläubigers, ein dem Erlaß gleichstehendes Anerkenntnis des Gläubigers durch Vertrag mit dem Schuldner, daß das Schuldverhältnis nicht bestehe, sowie eine bloße Stundung seitens des letzteren sind freilich keine Vergleiche, da ihnen das gegenseitige Nachgeben fehlt (RG Warn 1914 Nr 153; 6. 11. 07 V 66/07). Wie aber eine Unsicherheit der Rechtsverwirklichung als Grundlage des Vergleichs genügt, so stellt auch eine Sicherung der Rechtsverwirklichung ein Nachgeben dar. Wenn der dem Gläubiger auch nur unsicher erscheinende Schuldner die Forderung anerkennt und urkundlich zu zahlen sich verpflichtet, was sonst erst umständlich einzuklagen wäre, so gewährt er dem Gläubiger einen Vorteil, und es liegt ein tatsächliches Nachgeben auf seiner Seite vor, das beim Hinzutreten eines irgendwie gearteten Nachgebens auf der Gläubigerseite (Stundung, Bewilligung von Teilzahlungen) einen Vergleich darstellt (RG 78, 163; JW 1910, 280[3]).

5. Der Vergleich **beseitigt** einen ungewissen Rechtszustand der Vergangenheit und schafft einen sicheren für die Zukunft; er enthält Verfügungen über die aus dem streitigen oder ungewissen Rechtsverhältnisse sich ergebenden Rechte. Keine der Parteien kann ferner gegenüber der Vergleichsverpflichtung auf Ansprüche oder Einreden zurückgreifen, auf die sie ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet hat (RG 15. 11. 07 VII 295/07). Das Rechtsverhältnis selbst läßt er jedoch, sofern nicht ein anderes als Wille der Parteien aus dem Vertragsinhalte zu entnehmen ist, bestehen; Pfandrechte und Bürgschaften bleiben deshalb, unbeschadet der Rechte, die sich für Drittverpfänder und Bürgen aus den Bestand der Hauptverbindlichkeit

zuungunsten des Hauptschuldners verändernden Verträgen ergeben — vgl. § 767 A 2 —, unberührt. Der Vergleich kann aber auch, indem er das alte Schuldverhältnis durch ein neues, sei es ein selbständiges Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis (§§ 780, 781), sei es ein Rechtsverhältnis anderer Art — Umwandlung in ein Darlehen nach § 607 Abs 2, Umwandlung eines Kaufvertrags in einen Tauschvertrag, Vereinbarung einer Abfindung für die Aufgabe von Rechten usw. — ersetzt, umschaffend wirken (**RG** JW 03 Beil Nr 219; 1911, 648[18]); in solchem Falle erlöschen Bürgschaften und Pfänder. — Insofern der Vergleich ein neues Veräußerungsgeschäft enthält, ein Teil in dem Vergleiche sich verpflichtet hat, dem andern Sachen oder Waren zu geben oder zu liefern, können in bezug auf letzteren die Mängelansprüche gemäß §§ 459, 462 erhoben werden, nicht aber, soweit die Mängelansprüche aus dem streitig gewesenen Rechtsverhältnisse bereits gegeben gewesen wären, das durch den Vergleich gerade gegen Anfechtung gesichert werden sollte (**RG** 54, 165; 90, 169, wo auch über den Wegfall der kurzen Verjährung des § 477 in diesem Falle gehandelt ist).

6. a) **Der Vergleich ist unwirksam,** d. h. nicht nur anfechtbar, sondern nichtig, wenn der ihm von den Parteien nach dem Inhalte des Vertrags als feststehend zugrunde gelegte Sachverhalt sich anders darstellt, als die Parteien annehmen, und diese bei der Kenntnis des wahren Sachverhalts den Vergleich nicht geschlossen haben würden. Der erste Entwurf des BGB enthielt in § 667 Abs 1 eine weitere Bestimmung dahin, daß die Gültigkeit des Vergleichs nicht durch den Irrtum einer Vergleichspartei beeinträchtigt werde, der sich auf den Gegenstand des Streit s oder der Ungewißheit bezog. Sie wurde von der 2. Kommission als selbstverständlich und deshalb als entbehrlich erachtet (Prot 2, 521 ff.), weil ihr Inhalt aus dem Vergleichszwecke zu folgern sei. Der Vergleich erledigt endgültig die Streitpunkte, über die die Parteien sich verständigen und die sie durch den Vergleich beseitigen wollten; aber auch nur diese. Ein, sei es tatsächlicher, sei es rechtlicher Irrtum der Vergleichsparteien hinsichtlich der streitigen oder ungewissen Tatbestände oder Rechtslagen, die der Vergleich gerade zu gewissen machen wollte, ist daher unbeachtlich (**RG** JW 1910, 16[22]; 1915, 190[1]; Warn 1916 Nr 272; 1918 Nr 140). So die Unkenntnis alter Urkunden oder Richtersprüche, die den Streit ausgeschlossen haben würden; so ferner die auf einer Seite oder auf beiden Seiten bestehende Unkenntnis des Rechtssatzes, durch den die Ungewißheit zu beseitigen gewesen wäre (**RG** 49, 106). Der Irrtum, dem § 779 die Folge der Unwirksamkeit des Vergleichs beilegt, ist nur der Irrtum über die tatsächlichen Voraussetzungen, die außerhalb der Streitpunkte liegen, auf die der Streit oder die Ungewißheit demnach sich nicht bezieht (**RG** 61, 318; Warn 1919 Nr 189 und 23. 4. 07 IV 495/06). Und zwar ist vorausgesetzt, daß sich beide Teile übereinstimmend über diesen Sachverhalt im Irrtume befanden, ihn ihrem Vergleiche als die feststehende Grundlage unterlegten, auf der sie alsdann über die streitigen Punkte sich verständigten (**RG** 79, 271; JW 1910, 16[22]; 19. 6. 08 VI 597/07). Daß die übereinstimmende Annahme auf Rechtsirrtum beruhte, hindert die Unwirksamkeit des Vergleichs nicht (**RG** Warn 1919 Nr 189). Haben die Parteien dem Vergleichsabschlusse die Tatsache zugrunde gelegt, daß ein Patent bestehe, so hat dessen Vernichtung die Unwirksamkeit des Vergleichs zur Folge; das trifft aber nicht zu, wenn die Voraussetzung nur darin bestand, daß das Patent erteilt sei (**RG** 30. 10. 06 I 115/06). Zweifel besteht, ob die Unwirksamkeit des Vergleichs nach § 779 auch in dem Falle anzunehmen ist, daß die Parteien bei Abschluß des Vergleichs über ein inzwischen erlassenes rechtskräftiges Urteil, das den Streit entschied, in Unkenntnis waren. Die Frage ist zu bejahen, wenn sie übereinstimmend den Sachverhalt als gegeben zugrunde legten, daß der Prozeß noch schwebe, zu verneinen, wenn sie an die Möglichkeit, daß ein Urteil inzwischen erlassen sein könne, nicht dachten, oder wenn sie das Rechtsverhältnis jetzt gerade nur durch Vergleich, nicht durch ein Urteil geordnet wissen wollten (Prot 2, 523). — b) Die Unwirksamkeit des Vergleichs nach § 779 setzt weiter voraus, daß der Streit oder die Ungewißheit bei Kenntnis der Sachlage **nicht entstanden sein würde**; es müssen streitausschließende Momente sein, auf die der gemeinsame Irrtum sich bezieht (**RG** 79, 271; JW 1910, 16[22]); so die Annahme der Gültigkeit eines Testaments, auf dessen Grundlage man sich über Erbansprüche oder Nachlaßansprüche, aktiv wie passiv, verglich, oder der Richtigkeit von Rechnungen, die die Unterlage einer gegenseitigen vergleichsweisen Abrechnung bildeten; die Unkenntnis des Eigentums eines Dritten an einer Sache, über deren Eigentum die Parteien unter sich stritten usw. — c) Die Unwirksamkeit des Vergleichs nach § 779 hat zur Folge, daß die aus dem Vergleiche gemachten Leistungen, die in dem Vergleiche abgegebenen Anerkenntnisse wegen ungerechtfertigter Bereicherung aus §§ 812, 821 zurückgerufen werden können (**RG** 61, 318); die Erfüllung macht den nach § 779 unwirksamen Vergleich nicht wirksam (**RG** 79, 240). — d) Die Bestimmung des § 779 trifft nicht den Fall des Betrugs (**RG** JW 1911, 648[18]; Warn 1919 Nr 48). Im Falle einer arglistigen Täuschung ist ein Unterschied, ob es sich um die Streitpunkte selbst handelt, deren Beseitigung der Vergleich bezweckte, oder um eine außerhalb dieser liegende als feststehend angenommene Tatsache, nicht zu machen. Jede arglistige Täuschung ist Anfechtungsgrund nach § 123, sofern sie den in Irrtum Versetzten zu dem Vergleiche bestimmt

hat, den er ohne die Täuschung nicht geschlossen haben würde (RG Gruch 49, 918). Ebenso steht die Sondervorschrift des § 779 der Anwendung des § 138 auf Vergleiche nicht entgegen (RG 83, 110). — e) Daß neben § 779 der Geschäftsirrtum über den Inhalt der Erklärung selbst oder über die Person des Vertragsgegners den Vergleich nach der allgemeinen Bestimmung des § 119 anfechtbar macht, bedarf keiner weiteren Ausführung. Aber der Irrtum über einen durch den Vergleich erledigten Streitpunkt erscheint nur als ein unbeachtlicher Irrtum im Beweggrunde, mag er auf beiden Seiten oder nur auf einer bestehen (RG JW 1915 Nr 140; Warn 1916 Nr 272; 1918 Nr 140; vgl. oben unter a). — f) Die prozeßrechtliche Frage, ob über die Unwirksamkeit oder über die Anfechtung eines Prozeßvergleichs in dem anhängigen Rechtsstreite, den der Vergleich beendigen sollte, oder in einem besonderen Prozesse zu verhandeln und zu entscheiden sei, wird von RG 78, 286 (frühere Entscheidungen zu der Frage RG 65, 420; Gruch 50 S. 425 u. 428) dahin gelöst, daß der Streit über den Vergleich selbst in dem anhängigen Rechtsstreite zum Austrag zu bringen ist, wenn der Streit in einer Rechtsfrage sich erschöpft (offenbare äußere oder inhaltliche Mängel der Vergleichsurkunde oder der Vergleichserklärungen), daß dagegen die Entscheidung in einem besonderen Rechtsstreite zu treffen und eine Fortsetzung des durch den Vergleich zunächst erledigten Rechtsstreits erst statthaft ist, wenn die Ungültigkeit des Vergleichs in dem besonderen Verfahren rechtskräftig festgestellt ist, sofern es sich um eine Anfechtung des Vergleichs nicht aus bloßen Rechtsgründen, sondern auf Grund tatsächlicher und bestrittener Behauptungen handelt, zu deren Feststellung es eines weiteren Verfahrens bedarf. Wenn beide Streitteile übereinstimmend erklären, der Prozeßvergleich solle keine Wirkung haben, steht selbstverständlich der Fortsetzung des anhängigen Rechtsstreits nichts entgegen (RG a. a. O.).

Zwanzigster Titel

Schuldversprechen Schuldanerkenntnis

1. Die regelmäßigen wirtschaftlichen Vorgänge des Güteraustausches und der Verknüpfung der wirtschaftlichen Interessen zwischen mehreren Personen gestalten aus sich heraus die ihnen entsprechenden regelmäßigen Rechtsformen. So entstehen die Regelverträge, wie sie der 7. Abschnitt des 2. Buchs des BGB behandelt: Kauf, Tausch, Darlehen, Schenkung usw. Daneben treten wegen der Mannigfaltigkeit des wirtschaftlichen Verkehrs, die in dem Rechtsgrundsatze der Vertragsfreiheit (s. § 241 A 1) ihren Ausdruck findet, zahlreiche Rechtsgeschäfte ohne regelmäßige Erscheinungsform. Ein entwickelter Verkehr zeitigt jedoch das Bedürfnis, zu besonderen Zwecken, insbesondere um dem Gläubiger die Rechtsverfolgung zu erleichtern und seine Forderung gegen Bestreiten und Einwendungen sicherzustellen (vgl. RG Warn 1910 Nr 276), die einzelne Verpflichtung von dem ihr zugrunde liegenden wirtschaftlichen Zusammenhange loszulösen und auf sich selbst zu stellen, sie des diesem Zusammenhange angepaßten Gewandes des besonderen oder regelmäßigen rechtlichen Grundgeschäfts zu entkleiden und ihr statt dessen ein allgemeines, gleichsam ideales Rechtsgewand umzulegen, das für alle Schuldverpflichtungen das gleiche sein kann. Diesem Bedürfnisse verdanken der Wechsel und der kaufmännische Verpflichtungsschein (§ 363 HGB) ihren Ursprung, die durch die Übertragbarkeit mittels Begebung (Indossament) und Einschränkung der Einreden gegen den Nachgläubiger (Indossatar) nach Art 82 WO und § 364 HGB die Lösung der Verpflichtung von ihrem Grundgeschäfte in weitem Maße verwirklichen. Aus diesem Bedürfnisse sind auch die in den §§ 780—782 behandelten Rechtsgeschäfte des selbständigen **Schuldversprechens** und des selbständigen **Schuldanerkenntnisses** hervorgegangen; es sind Verträge, die eine Verpflichtung „zwar mit Rücksicht auf einen bestehenden Rechtsgrund, aber unter Loslösung von diesem“ (RG JW 03 Beil Nr 226) begründen. „Ich verpflichte mich, dem A 1000 M. zu zahlen“ ist die allgemeine Formel des erstgenannten, „ich bekenne, dem A 1000 M. zu verschulden“ diejenige des zweiten Vertrags.

2. Aus der **Selbständigkeit** der von dem Grundgeschäfte, in welchem sie ihre Veranlassung finden, losgelösten, auf den reinen Verpflichtungswillen abgestellten Verpflichtungen des Schuldners abgestellten Verpflichtungen des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses ergibt sich a) daß diese nur eine einseitige Verpflichtung zu tragen geeignet sind; gegenseitige Verbindlichkeiten, bei denen die Leistung des einen Teiles durch die des andern bestimmt ist, können nicht Gegenstand eines selbständigen Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses sein (RG 48, 133; JW 06, 463[10]; Warn 1910 Nr 277); das schließt nicht aus, daß über eine der beiden den Gegenstand eines zweiseitig verpflichtenden Vertrags bildenden Leistungen ein selbständiges Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis abgegeben werden kann (RG Warn 1912 Nr 251); b) daß der Unterschied von Schuldversprechen (§ 780) und Schuldanerkenntnis (§ 781) nur rein äußerlich in der Wortfassung liegen kann (§ 780: „ich verspreche zu leisten“, § 781: „ich bekenne zu verschulden“), und daß ebensowohl ein Schuldversprechen für eine schon bestehende Verpflichtung wie ein Schuldanerkenntnis für eine

neu begründete abgegeben werden kann (RG 61, 318; 68, 302); c) daß bei mehreren Schuldnern derselben Leistung, von denen der eine nur aus dem Grundgeschäft, der andere aus einem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis verpflichtet ist, dem Gläubiger gegenüber ein Gesamtschuldverhältnis (§§ 421—425) nicht bestehen kann, da der Schuldgrund ihrer Leistungen insoweit ein verschiedener ist (RG 67, 128); dagegen ist in den inneren Beziehungen der mehreren Schuldner zueinander, für die die Loslösung vom Schuldgrunde gleichgültig ist, das Gemeinschaftsverhältnis des § 426, das den Ausgleichungsanspruch erzeugt, denkbar (RG 70, 405; 77, 323).

3. Die Selbständigkeit des Schuldversprechens und des Schuldanerkenntnisses ist indessen keine vollkommene. Jede Schuld muß einen sie rechtfertigenden Schuldgrund haben; sonst bedeutet die Schuldverpflichtung eine grundlose Bereicherung des Versprechens- oder Anerkenntnisempfängers (§ 812 Abs 1 u. 2). Unter dem Gesichtspunkte der **ungerechtfertigten Bereicherung** kann daher dem Anspruch aus dem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis gegenüber von dem daraus Beklagten auf das Grundgeschäft zurückgegriffen werden (§ 821). Der Beklagte kann dartun, daß das Versprechen oder Anerkenntnis grundlos, aus einem angenommenen Rechtsgrunde, der in Wirklichkeit nicht vorhanden war, oder in Erwartung einer Leistung, die nicht erfolgte, erteilt ist, und durch diesen Nachweis den Anspruch des Versprechens- oder Anerkenntnisempfängers entkräften (RG 74, 138; JW 1910, 229[5]). Das gilt in Ansehung der §§ 404, 405 auch gegenüber dem Rechtsnachfolger des ursprünglichen Versprechens- oder Anerkenntnisempfängers (RG 86, 301). Wieweit der Schuldner Einreden aus dem ursprünglichen Schuldverhältnis, dem Grundgeschäfte, herzuleiten berechtigt ist, gestaltet sich nach dem Zwecke, den das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis verfolgte, verschieden. Dieser Zweck kann, und das ist der vornehmlichste der Zwecke der selbständigen Verpflichtung, die Klagerleichterung (RG 62, 38), die Befreiung des Gläubigers von einer weiteren Klagbegründung, er kann auch in derselben Weise wie beim Vergleich die Feststellung tatsächlich oder rechtlich zweifelhafter Forderungen und ihre Sicherung gegen Einreden (vgl. RG Warn 1910 Nr 276), er kann endlich auch Umschaffung (s. § 364 A 1) des alten Schuldverhältnisses in ein neues sein. Diente das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis nun lediglich dem Zwecke einer Erleichterung der Rechtsverfolgung, ohne daß an dem Rechtsbestande des Grundgeschäfts etwas geändert wurde, so hat es tatsächlich nur eine Umkehrung der Beweislast zur Folge und das Zurückgreifen auf das Grundgeschäft ist dem Schuldner im weitesten Sinne gestattet. Bezweckte das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis anderseits eine Umschaffung des Grundgeschäfts, so sind aus diesem hergenommene Einreden ausgeschlossen, und nur der Einwand ist zulässig, daß das vorausgesetzte frühere Schuldverhältnis überhaupt nicht bestand; denn in diesem Falle konnte es auch nicht umgeschaffen werden (RG 62, 51; JW 06, 550[18]). In der Mitte liegen die Fälle, in denen mit dem Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis die Feststellung der bestehenden Schuld (Anerkennung bei zweifelhafter Schuld, RG Warn 1910 Nr 276, Einrede-, insbesondere Aufrechnungsverzicht RG 71, 184; Vergleich) beabsichtigt wurde; hier ist ein Zurückgreifen auf das ursprüngliche Schuldverhältnis nur hinsichtlich solcher Bestandteile gestattet, die außerhalb des Rahmens der Feststellung liegen und in ihrem Inhalte von dieser unberührt geblieben sind (vgl. § 779 u. A 5 dazu). In den Fällen, in denen die selbständige Verpflichtung dem Zwecke einer Umschaffung oder einer Feststellung dient, tritt neben das erste Schuldgrundverhältnis noch ein zweites, das das erste entweder ersetzt oder abändert, und nur nach Maßgabe des letzteren kann nunmehr überhaupt auf das erstere zurückgegangen werden. Auch eine schon an sich selbständige Verpflichtung kann noch mehr verselbständigt, ein Saldoanerkenntnis vom Boden der Abrechnung (§ 782) losgelöst werden; dann sind auch Einreden abgeschnitten, die aus dem Rechnungsverhältnis sich ergeben, und es ist nur noch der Nachweis möglich, daß ein Schuldgrundverhältnis überhaupt nicht bestand (RG LZ 1916, 1556[8]).

4. Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis sind **Verträge**; zu ihrem Zustandekommen bedarf es der Willenseinigung, die sich auch darauf erstrecken muß, daß eine selbständige Verbindlichkeit begründet werden soll (RG 58, 200; 75, 4; JW 03 Beil Nr 226; 06, 550[18]; Warn 1910 Nr 276; 1911 Nr 232; Gruch 49, 883). Ein einseitiges, vom Gläubiger nicht angenommenes Schuldversprechen ist an sich ohne rechtliche Bedeutung; ein einseitiges Anerkenntnis kann als Beweismittel für das Bestehen der anerkannten Verpflichtung (Zeugnis des Erklärenden gegen sich selbst), auch wenn es dem Gläubiger gegenüber abgegeben ist, als Unterbrechung der Verjährung (§ 208; s. dort A 2) in Betracht kommen; es erzeugt aber keine selbständige rechtliche Verbindlichkeit (RG JW 07, 709[15]). Das angenommene Schuldanerkenntnis endlich, bei welchem die auf Schaffung einer selbständigen Verpflichtung gerichtete Vertragsabsicht fehlte, hat die Bedeutung einer Bestätigung der bestehenden Schuld im Rahmen des alten Schuldgrunds (RG 61, 318; 68, 302; 75, 4; JW 06, 742[12]). Das Anerkenntnis im Prozesse (§ 307 ZPO) ist, von seiner prozeßrechtlichen Bedeutung abgesehen, als ein einseitiges Rechtsgeschäft in diesem Sinne aufzufassen (vgl. RG 45, 409; JW 87, 431[4]; 97, 631).

§ 780

Zur Gültigkeit[7]) eines Vertrags[1]), durch den eine Leistung[2]) in der Weise versprochen wird, daß das Versprechen die Verpflichtung selbständig[3]) begründen soll (Schuldversprechen)[6]), ist, soweit nicht eine andere Form vorgeschrieben ist[5]), schriftliche Erteilung[4]) des Versprechens erforderlich.

E I 683 II 719; M 2 687—694; P 2 489—511.

1. Das Schuldversprechen im Sinne des § 780 ist ein einseitig verpflichtender **Vertrag**, durch den vom Versprechenden die Verpflichtung zu einer Leistung übernommen und vom Versprechensempfänger dieses Versprechen angenommen wird (§ 305). Vgl. im übrigen Vorbem 2 unter a und Vorbem 4.

2. Der Gegenstand des Schuldversprechens muß irgendeine **Leistung** sein, gleichviel welcher Art, sofern sie nur Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann (§ 241); auch eine Erfüllungsübernahme (§ 329) kann z. B. Gegenstand des Schuldversprechens sein (RG 58, 200), ebenso das Versprechen der Abtretung einer Forderung (Hypothek oder Grundschuld RG 27. 10. 09 V 612/08). Der hauptsächliche Gegenstand ist jedoch die Leistung einer Geldsumme. Die Leistung kann auch bedingt oder befristet übernommen werden; so kann ein Schuldversprechen auf Ersatz eines Schadensbetrags abgegeben werden für den Fall, daß ein Schaden festgestellt werden wird (RG 18. 9. 13 VI 299/13).

3. Das Versprechen soll **die Verpflichtung selbständig begründen**, d. h. es soll die Verpflichtung von ihren wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhängen loslösen und rein auf den Leistungswillen des Versprechenden abstellen, so daß der Gläubiger, zu dessen Gunsten es abgegeben ist, sich zur Begründung seines Anspruchs lediglich auf das Versprechen zu berufen braucht (RG 72, 377). Über dieses Erfordernis des Tatbestands des § 780 im allgemeinen vgl. die Vorbem 1 u. 2. Geschäfte, die lediglich auf der Grundlage einer bestehenden Schuldverpflichtung zu deren Sicherung oder Durchführung dienen sollen (Hilfsgeschäfte), wie Bürgschaft, Schuldübernahme, Pfandversprechen, schaffen keine selbständige Verpflichtung im Sinne des § 780 (RG JW 06, 463[19]) — doch kann eine Zinsschuld als selbständige Verpflichtung, auch zur Zahlung an einen andern als den Kapitalgläubiger, begründet werden; die Wirksamkeit eines solchen Versprechens hängt von dem Bestehen der Kapitalschuld ab (RG 94, 137) —, und die Selbständigkeit bedingt ferner, daß der versprochenen Leistung auch nicht eine Gegenleistung des andern Vertragsteils als jene bestimmend gegenübertreten kann (RG 48, 133; JW 06, 463[19]; vgl. Vorbem 2); doch kann die Verpflichtung von einer Leistung des andern Teiles in der Weise abhängig gemacht werden, daß letztere als einschränkende Bedingung der ersteren hinzugefügt wird (RG Warn 1910 Nr 277). Eine Absicht, das Schuldverhältnis von seinem bisherigen Schuldgrunde loszulösen und an seine Stelle oder daneben einen andern zu setzen, ist nicht erfordert; aus dem Willen der Vertragsparteien, die neu erklärte Verpflichtung auf sich selbst zu stellen, ergibt sich als rechtliche Folge die Loslösung (RG Warn 1910 Nr 276; 1911 Nr 232; 1919 Nr 115). Die Absicht, eine selbständige, von einem Grundgeschäfte unabhängige Verpflichtung zu schaffen, muß in der Verpflichtungserklärung erkennbaren Ausdruck gefunden haben; eine Vermutung hierfür besteht nicht (RG 58, 200; JW 06, 550[18]; Warn 1910 Nr 151). Das Schreiben, ein Akzept sei in Ordnung und werde eingelöst werden, kann einen Gewährvertrag darstellen, enthält aber keine selbständige Verpflichtung (RG 82, 337). Auch ein schuldrechtlicher Abtretungsvertrag (pactum de cedendo) begründet eine solche nicht (RG 87, 68). Das allgemeine Merkmal für das Vorhandensein jener Absicht ist allerdings die äußere Erscheinung der Verpflichtungserklärung. Aus der Unterlassung der Angabe eines Schuldgrundes für die versprochene Leistung kann regelmäßig bis zum Beweise des Gegenteils die Vertragsabsicht, eine selbständige Verpflichtung zu schaffen, gefolgert werden (RG 48, 133; 58, 200; 61, 318; JW 06, 550[18]; Warn 09 Nr 89). Der Nichtangabe eines Schuldgrunds steht die im Verkehre häufige ganz allgemeine Bezugnahme auf einen solchen gleich (RG 71, 113; Warn 1910 Nr 151), die jedoch, wenn der angegebene Schuldgrund das Darlehen ist, ebensowohl auch auf einen Darlehnsvertrag nach § 607 Abs 2 hindeuten kann. Umgekehrt ist, wenn die Verpflichtungserklärung einen bestimmten Schuldgrund in besonderer Gestaltung bezeichnet, im Zweifel ein selbständiger Verpflichtungswille nicht anzunehmen (RG 67, 262). Er kann aber trotz der Angabe des Schuldgrundes aus andern auf die Selbständigkeit der Verpflichtung deutlich hinweisenden Umständen (Orderklausel, Massenausgabe in Form umlaufender Wertpapiere) entnommen werden (RG 74, 339). Zur Auslegung der nicht schon dem Wortlaute nach zweifellos klaren Urkunde können wie bei der Bürgschaftserklärung (vgl. § 766 A 4) auch außerhalb der Urkunde liegende Dinge: vorgängige Verabredungen, Veranlassung und wirtschaftlicher Zweck der Verpflichtung herangezogen werden (RG Warn 1912 Nr 60). Namentlich kann die Darlegung des Zweckes des Schuldversprechens (Erleichterung der Rechtsverfolgung) als erheblicher Beweisgrund für dessen selbständigen Charakter

in Betracht kommen. So, daß der Nachgläubiger (Zessionar) einer Forderung eine Bestätigung dafür haben will, daß er wirklich eine vor Einreden gesicherte Forderung gegen den Schuldner erworben habe (RG 77, 157; 83, 184; Warn 1911 Nr 232). Anderseits ist die Annahme einer selbständigen Verpflichtung nicht schon deshalb abzulehnen, weil ein bestimmter Zweck und ein bestimmter Beweggrund nicht ersichtlich ist (RG Warn 1910 Nr 151). Daß der Erklärende Zweifel hegte, ob er dem andern Teile verpflichtet sei, ist kein Umstand, der gegen die Annahme einer selbständigen Verpflichtung spricht; wie aus Vorbem 3 hervorgeht, ist gerade ein solcher Zweifel die geeignete Grundlage für die Schaffung einer selbständigen Verpflichtung (RG Warn 1910 Nr 276). Daß das Vereinbarungsdarlehen des § 607 Abs 2 die Bedeutung der Schaffung einer selbständigen Verpflichtung haben kann, ist § 607 A 6c dargelegt. Immer steht dem Schuldner aber der Nachweis frei, daß die Verpflichtungserklärung nach der Absicht der Vertragsparteien nur als eine Bestätigung des bestehenden Schuldgrundes die Urkunde als ein Beweismittel für letzteren und nicht als Begründung einer selbständigen Verbindlichkeit gedacht war (RG Gruch 49, 883; Warn 09 Nr 89; 1910 Nr 152; 30. 12. 05 VI 546/05; 29. 10. 07 VI 626/07). Hat der Schuldner im Rechtsstreite diesen Nachweis erbracht, so wird der Gläubiger nunmehr seine Klage auf das ursprüngliche Schuldverhältnis stützen müssen. Eine Klagänderung ist hierin nicht zu erblicken, da immerhin Schuldgrundgeschäft und selbständige Verpflichtung einen den Klaganspruch begründenden Gesamttatbestand bilden; der Gläubiger übernimmt nunmehr die Beweislast für die Entstehung der Forderung (RG 30. 12. 05 VI 546/05; die Entscheidung behandelt auch die prozessuale Frage der Klagänderung; a. M. Degenkolb in JheringsJ 56, 204ff.). Die Übernahme einer Akkreditierung seitens einer Bank kann als selbständiges Schuldversprechen gegenüber dem Akkreditivempfänger angesehen werden (RG LZ 1920, 230[2]). — Eine als selbständige Verpflichtung anderer Art (Wechsel) gewollte, als solche aber wegen Formmangels nicht gültige Verpflichtungserklärung kann nach dem Grundsatze des § 140 als selbständiges Schuldversprechen des § 780 Bestand haben; das gilt aber selbstverständlich nicht von einem erloschenen oder verjährten Wechsel (RG 48, 223). — Daß eine selbständige Verpflichtung ohne Angabe eines weiteren Schuldgrundes als rechtliche Grundlage für eine Hypothek dienen kann, ist selbstverständlich (RG Warn 1914 Nr 252).

4. Wie in § 766 für die Erteilung der Bürgschaftserklärung, ist in § 780 für die **Erteilung des Schuldversprechens die schriftliche Form** vorgeschrieben. Das Schuldversprechen muß demnach (§ 126) in einer von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels gerichtlich oder notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichneten Urkunde erklärt sein, die durch Briefwechsel oder telegraphische Übermittlung nicht ersetzt, wohl aber in einem Briefe oder auf einer Postkarte enthalten sein kann, sofern nur die Erklärung dem § 126 entspricht, der rechtsgeschäftliche Wille unmittelbar aus dem Schriftstück erhellt (RG 57, 258), das auch gleich der Bürgschaftsurkunde die Bezeichnung des Gläubigers enthalten muß (RG 71, 113). Wie bei der Bürgschaft sind auch hier einschränkende Nebenabreden ohne Schriftform wirksam, wenn sie neben der Urkunde bestehen sollen (RG Warn 1910 Nr 277). Erteilt ist das Schuldversprechen noch nicht durch die Unterzeichnung der Urkunde, sondern erst durch die Überreichung an den anwesenden oder die Zusendung an den abwesenden Gläubiger; es wird wirksam mit dem Augenblick, in dem es dem Gläubiger zugeht (§ 130), er darüber die tatsächliche Verfügungsgewalt erlangt (RG JW 09, 719[5]); LZ 1918, 1067[15]) bis dahin kann es unter Abwesenden widerrufen, unter Anwesenden zurückgezogen werden (RG 61, 414; Warn 09 Nr 353). Vgl. § 766 A 2 u. 3. — Die Annahme des Schuldversprechens ist, wie im Falle des § 766, formlos. — Der Schriftform bedarf nicht das auf Grund einer Abrechnung oder im Wege des Vergleichs erteilte (§ 782), sowie das von einem Vollkaufmann als Handelsgeschäft erteilte Schuldversprechen (§§ 350, 351 HGB).

5. Eine **andere Form,** nämlich die gerichtliche oder notarielle, ist vorgesehen, wenn das Schuldversprechen die Übertragung eines Vermögens oder eines Bruchteils eines solchen (§ 311) oder die Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke zum Gegenstande hat. Eine Durchbrechung des Grundsatzes der Selbständigkeit des Schuldversprechens ist es, wenn außerdem die §§ 518 Abs 1 Satz 2 u. 2301, um Umgehungen der Formvorschrift für das Schenkungsversprechen vorzubeugen, für ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis die gerichtliche oder notarielle Form des Schenkungsversprechens dann verlangen, wenn das wirtschaftliche Grundgeschäft des Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses eine Schenkung ist. Nach dem Sinne der Formvorschrift ist anzunehmen, daß das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis der besonderen Form nicht bedarf, wenn diese für das Schenkungsgrundgeschäft gewahrt und letzterem die selbständige Verpflichtung ohne inhaltliche Abänderung hinzugefügt ist; denn dann ist diese selbst nicht „schenkweise erteilt" (§ 518; vgl. RG 71, 289).

6. Das selbständige **Schuldversprechen** erzeugt eine neue Verpflichtung und dieser entsprechend einen neuen Anspruch, den der Gläubiger lediglich auf das Leistungsversprechen des Schuldners gründet (RG JW 1910, 229[5]). Dieser tritt regelmäßig neben den Anspruch aus dem, sei es gleichzeitig begründeten, sei es bereits bestehenden, dem wirtschaftlichen Vorgang

entsprechenden Schuldgrundverhältnisse (RG Warn 1911 Nr 232). Meist wird das Schuldversprechen zur Erleichterung der Rechtsverfolgung und erfüllungshalber für jene andere Schuld erteilt und lediglich ein neuer Schuldtitel für die alte Schuld dem bestehenden an die Seite gesetzt (RG 62, 38). Das Schuldversprechen kann aber auch eine bestehende Schuld gegen Zweifel der Auslegung, gegen Einreden sicherzustellen und anderweit festzustellen oder zu verändern oder endlich umzuschaffen (§ 364 Abs 2) bestimmt sein (RG 71, 184; Warn 1910 Nr 276). Innerhalb der Grenzen, die durch diese seine Bestimmung gezogen sind, steht dem Schuldner außer den allgemeinen, gegen jede Willenserklärung gegebenen Einreden (§§ 104ff., 116ff.), die sich gegen die Gültigkeit des Schuldversprechens selbst richten, und ferner den Einwendungen, die sich aus der Urkunde oder etwaigen Nebenabreden — vgl. A 4 zu § 766 — ergeben, gegenüber der auf das Schuldversprechen gestützten Klage die Einrede zu, daß ein das Schuldversprechen rechtfertigendes Schuldverhältnis überhaupt nicht oder nicht gültig bestehe und der Gläubiger daher durch das Schuldversprechen grundlos bereichert sei (§§ 812ff., insbesondere §§ 812 Abs 2, 821; RG 61, 318; 67, 240; 68, 302). Vgl. über alles dies Vorbem 3. Um das Schuldversprechen aus diesem Gesichtspunkte zu entkräften, muß der Schuldner den wirtschaftlichen Vorgang, dem das Schuldversprechen seine Entstehung verdankte, sowie ferner darlegen, daß dieser ein rechtlich begründetes Schuldverhältnis nicht begründet habe oder dieses später weggefallen sei. Eine Rückforderung aus Bereicherung auf Grund des ursprünglichen Schuldverhältnisses ist ausgeschlossen, wenn diesem nur eine verzögerliche Einrede entgegensteht (§ 813 Abs 2; RG 68, 302). Die Bereicherungseinrede versagt ebenso, wenn das Schuldversprechen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit erteilt war und der Versprechende bei seiner Erteilung wußte, daß die Verbindlichkeit nicht bestand (§ 814; RG JW 1910, 704[3]). Die Beweislast für dieses Wissen trifft den Gläubiger (RG 60, 419). — Über die Anwendung von § 817 s. A 7. Alle Einreden, die dem Schuldner gegen den Versprechensempfänger gegeben sind, stehen ihm auch einem neuen Gläubiger gegenüber zu, auf den der Anspruch aus dem Schuldversprechen übertragen wird (§ 404). — Für die Verjährung des Anspruchs aus dem Schuldversprechen gilt die regelmäßige Verjährungsfrist (§ 195), ebenso für die Klage auf Befreiung von der Verbindlichkeit (Aufhebung des Schuldversprechens und Herausgabe der Urkunde) wegen Bereicherung. Ist in der Urkunde ein Schuldgrundverhältnis bezeichnet und besteht für dieses eine kürzere Verjährungsfrist, so wird diese vielfach nach § 225 als auch für den Anspruch aus dem Schuldversprechen nach der Vertragsabsicht aufrechterhalten angenommen werden können; anderseits kann aus den Umständen hervorgehen, daß die selbständige Verpflichtung gerade den Zweck hatte, der Gefahr der kurzen Verjährung vorzubeugen (RG 75, 4); soweit eine abändernde Vereinbarung nicht erkennbar ist, muß deshalb die ordentliche Verjährung als maßgebend angenommen werden.

7. In den §§ 656 Abs 2 u. 762 Abs 2 wird unabhängig von einer Entkräftung aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der Bereicherung die **Gültigkeit eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses** verneint, wenn diese zum Zwecke der Erfüllung eines Versprechens auf Ehemäklerlohn oder einer Spiel- oder Wettschuld abgegeben wurden. Die entsprechende Bestimmung für die Börsentermingeschäfte in § 66 Abs 3 des BörsG v. 22. 6. 96 ist durch das neue BörsG v. 8./27. 5. 08 beseitigt. Der Ansicht, daß es sich in diesen Bestimmungen um grundsätzliche Vorschriften handle, die deshalb auf alle gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstoßenden Grundgeschäfte (§§ 134, 138) auszudehnen seien, ist nicht beizustimmen. Es handelt sich auch hier um Durchbrechungen des Grundsatzes der Selbständigkeit des Schuldversprechens, die, wie im Falle des § 518 (vgl. A 5), zu dem Zwecke geschaffen sind, Umgehungen der besonderen Ungültigkeitsbestimmungen jener Paragraphen vorzubeugen. Ihrer Ausdehnung steht jener Grundsatz, aber auch die Bestimmung des § 817 entgegen, die gerade diese Fälle zu regeln bestimmt ist und in Satz 2 bei beiderseitigem Verstoße der Vertragsparteien gegen das Gesetz oder die guten Sitten zwar die Rückforderung von Erfüllungsleistungen ausschließt, die Entkräftung eines Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses aber zuläßt. In der Rechtsprechung vertreten RG 63, 179; 64, 146 u. 71, 432 (Bordellkaufgeschäfte) den hier eingenommenen Standpunkt; RG 68, 97 läßt die Frage unentschieden, neigt aber offenbar derselben Ansicht zu; bei wucherischem Grundgeschäfte bekunden RG 57, 95 und JW 09, 696[31] eine abweichende Auffassung, weil § 138 Abs 2 auch ein Rechtsgeschäft, durch das ein wucherischer Vermögensvorteil gewährt wird, für nichtig erklärt. Über den Fall, daß aus der Schuldurkunde selbst die Unterlage eines gesetz- oder sittenwidrigen Geschäfts hervorgeht, vgl. § 781 A 3. RG 98, 176 hat sich über die Frage nicht näher ausgesprochen, da es die unsittliche Grundlage des behandelten Schuldversprechens verneint.

§ 781

Zur Gültigkeit eines Vertrags[1]), durch den das Bestehen eines Schuldverhältnisses[2]) anerkannt wird (Schuldanerkenntnis)[3]), ist schriftliche Er-

teilung⁴) der Anerkennungserklärung erforderlich⁴). Ist für die Begründung des Schuldverhältnisses, dessen Bestehen anerkannt wird, eine andere Form vorgeschrieben, so bedarf der Anerkennungsvertrag dieser Form⁴).

E I 683 II 720; M 2 687—694; P 2 489—511.

1. Über das Merkmal des **Vertrags**, dem für § 781 das einseitige, nicht angenommene Anerkenntnis mit dem Charakter eines Beweismittels für eine bestehende Schuld (RG JW 07, 709[11]) gegenübertritt, ist in der Vorbem 4 vor und A 1 zu § 780 gehandelt.

2. Das **Bestehen eines Schuldverhältnisses**: aus dem Rahmen des § 781 scheiden somit einmal aus Verträge, durch die umgekehrt das Nichtbestehen eines Schuldverhältnisses anerkannt wird (§ 397 Abs 2; RG 19. 2. 09 II 422/08), sodann Verträge, durch die das Bestehen anderer Rechtsverhältnisse, die nicht Schuldverhältnisse sind (Eigentum und dingliche Rechte, Familienrechte), anerkannt wird.

3. Zu ergänzen sind hier die in § 780 hinzugefügten Worte: „in der Weise, daß das Anerkenntnis die Verpflichtung selbständig begründen soll". Denn das Gesetz hat auch in § 781 nur solche **Schuldanerkenntnisverträge** im Auge, durch die unabhängig von dem bestehenden Schuldgrunde eine neue Verpflichtung geschaffen werden soll, nicht diejenigen, die Zweifel über die Rechtsbeständigkeit oder über die Auslegung einer verpflichtenden Willenserklärung beseitigen und dabei die alte Verpflichtung mit dem alten Schuldgrunde bestätigen sollen (RG 61, 318; 68, 302; 70, 410; 72, 377; 75, 4; JW 06, 742[12]; 1911, 804[5]; 1916, 960[5]; 1919, 186[6]; Warn 08 Nr 457; 09 Nr 90; 1911 Nr 232; 1915 Nr 104; 1917 Nr 117; 1919 Nr 115; LZ 1918, 376[8]). Auch das bestätigende Anerkenntnis hat vertraglichen Charakter; es beabsichtigt, soweit die Anerkennung reicht, das Schuldverhältnis dem Streite der Parteien zu entrücken und schließt Einwendungen für die Zukunft aus, die der Schuldner zur Zeit seiner Abgabe kannte; § 812 Abs 2 findet darauf freilich keine Anwendung (RG JW 1916, 960[5]; 1919, 186[6]; LZ 1918, 376[8]). Von ihm verschieden ist das Anerkenntnis als einseitige, nicht rechtsgeschäftliche Erklärung, das nur die Bedeutung eines Beweismittels für Tatsachen hat (RG JW 1919, 186[6]). Vgl. Vorbem 4 vor § 780. Das Schuldanerkenntnis des § 781 unterscheidet sich hiernach, wie schon Vorbem 2 vor § 780 bemerkt wurde, vom Schuldversprechen nur in der äußeren Form: „ich bekenne zu verschulden" anstatt: „ich verspreche zu leisten". Die Bezugnahme auf eine bestehende Verbindlichkeit, die für das Schuldanerkenntnis des § 781 wesentlich ist, bedeutet hiernach nicht die Bezugnahme auf einen Schuldgrund. Die allgemeine Erwähnung des letzteren: „als Darlehen" „aus laufender Geschäftsverbindung" ist aber bei dem Schuldanerkenntnis häufig. Im Gegensatze zu der angegebenen Fassung: „ich bekenne als Darlehen zu verschulden", die auf eine selbständige Verpflichtung hinweist, bedeutet, „ich bekenne, als Darlehen erhalten zu haben" im Zweifel ein den Schuldgrund bestätigendes Anerkenntnis, einen Darlehnsschuldschein (RG Warn 1911 Nr 429). Doch ist selbst mit dem Anerkenntnis, ein bares Darlehen empfangen zu haben, die Annahme eines selbständigen Schuldanerkenntnisses nicht unvereinbar, zumal wenn feststeht, daß ein Darlehen nicht gegeben wurde (RG Warn 1911 Nr 232). Auf die Richtigkeit des etwa angegebenen Schuldgrundes kommt es für die Gültigkeit des Schuldanerkenntnisses als selbständiger Verpflichtung überhaupt nicht an; das Bekenntnis, eine Summe als Darlehen zu schulden, ist Schuldanerkenntnis, auch wenn der Anerkennende gar kein Darlehen empfangen hat (RG 6. 3. 05 IV 452/04). Über die Auslegung der Willenserklärung und die Feststellung der Vertragsabsicht der Parteien gilt das zu § 780 in A 3 Gesagte; für das Schuldanerkenntnis über eine der in einem zweiseitig verpflichtenden Vertrage vereinbarten Leistungen s. Vorbem 2 vor § 780. Das „vertragsmäßige Anerkenntnis" des § 222 Abs 2 ist von einem selbständigen Schuldanerkenntnis gemäß § 781 zu verstehen und bedarf der Schriftform (RG 78 S. 130 u. 163; JW 1910, 280[3]; Warn 1913 Nr 249; 1915 Nr 104; 1919 Nr 25); das Anerkenntnis ist auch dann bindend, wenn es in Unkenntnis der Verjährung abgegeben ist (RG JW 1912, 536[28]; 1915, 393[3]; Warn 1919 Nr 25). — Daß das Schuldanerkenntnis in Worten erklärt wird, die ausdrücklich ein Bekenntnis zu einer Schuld enthalten, ist nicht erforderlich; in jeder als ernstlich gemeint vom Vertragsgegner aufzufassenden (RG JW 03 Beil 21[42]) Erklärung der Bereitwilligkeit, eine als bestehend bezeichnete Schuld zu bezahlen, kann ein Anerkenntnis gefunden werden (RG 71, 102). Auch die Bewilligung, daß ein von dem Erklärenden hinterlegter Betrag an den andern Teil ausgezahlt werde, kann ein Anerkenntnis nach § 781 darstellen (RG 6. 4. 09 VII 273/08). — Für die Wirkungen des formell gültig erteilten Anerkenntnisses gilt zunächst das gleiche, was § 780 A 6 u. 7 über das Schuldversprechen gesagt ist. Der Meinung (Oertmann A 2b zu § 781), daß anders wie bei § 780, auch abgesehen von den Fällen der §§ 656 u. 762, die Nichtigkeit des Grundgeschäfts nach § 134, 138 unmittelbar die Nichtigkeit des Schuldanerkenntnisses zur Folge habe, wenn jenes in der Anerkenntnisurkunde erkennbar bezeichnet sei, steht zwar der selbständige Charakter der Verpflichtung entgegen, die sich gleichgültig gegen den ursprünglichen Schuldgrund verhält, auch

wenn letzterer angegeben ist. Offenbar unsittlichen oder gesetzwidrigen Bestrebungen darf jedoch ein Rechtsschutz nicht zuteil werden. Insoweit ist der Ansicht deshalb zuzustimmen.

4. Über die **Erteilung der Anerkenntniserklärung in schriftlicher Form** vgl. § 780 A 4, über die vorgeschriebene **andere Form** A 5 daselbst. Zu dieser ist zu bemerken, daß, während § 780 von einer andern Form für das Schuldversprechen selbst redet, § 781 die andere Form auf die Begründung des anerkannten Schuldverhältnisses abstellt. Einen sachlichen Unterschied kann dies nicht begründen, wenn festgehalten wird, daß der Gegensatz von Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis nur ein äußerlicher ist, und ersteres ebenso bei bestehender, wie letzteres bei neu begründeter Schuldverbindlichkeit als die Form der selbständigen Verpflichtung gewählt werden kann. Da das Schuldanerkenntnis sich gerade dadurch kennzeichnet, daß es auf eine bestehende Schuld verweist, kann hier die andere Formvorschrift nur auf diese sich beziehen; über die Form des § 313 beim selbständigen Anerkenntnis s. **RG** LZ 1916, 221[5]. Wenn das Schuldanerkenntnis einen bestimmten Schuldgrund bezeichnet, in Wahrheit aber ein anderes Schuldverhältnis seine Unterlage war, das der „andern" Form bedurfte (Schenkung), so ist das Anerkenntnis ungültig; denn es kommt nicht auf die Angabe, sondern auf den wahren Charakter des anerkannten Schuldverhältnisses an.

§ 782

[1]) Wird ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis auf Grund[2]) einer Abrechnung[3]) oder im Wege[2]) des Vergleichs[4]) erteilt, so ist die Beobachtung der in den §§ 780, 781 vorgeschriebenen schriftlichen Form nicht erforderlich[5]).

E II 72; P 2 509, 510.

1. Die Bestimmung des § 782 schafft für zwei Fälle, wo das Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis dem Zwecke einer Feststellung einer Schuldverbindlichkeit mittels einer Abrechnung oder eines Vergleichs dient, zur Erleichterung des Verkehrs eine **Ausnahme von der Formvorschrift** der §§ 780, 781; wie jeder formfreie Vertrag kann auch das Abrechnungsanerkenntnis in schlüssigen Handlungen stillschweigend zustande kommen, so durch Mitteilung der Rechnungsauszüge und widerspruchslose Abzahlungen auf die Abschlüsse (Saldi) **RG** Warn 1911 Nr 76.

2. Die Abrechnung und der Vergleich sind an sich nicht von den Schuldgrundverhältnissen, die sie ordnen, losgelöste, sondern neue Schuldgrundgeschäfte, die bestehende Schuldverhältnisse zur Feststellung bringen oder abändern. Durch sie tritt also (vgl. Vorbem 3 vor § 780 am Schlusse) dem ersten Schuldgrundgeschäfte ein zweites hinzu. Wird auf der Unterlage (**„auf Grund", „im Wege"**) des Gesamttatbestandes dieser beiden Schuldgrundgeschäfte eine selbständige Verpflichtung durch ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis geschaffen, was nach Vorbem 2 vor und A 3 zu § 780 durch Auslegung des Vertragswillens zu ermitteln ist, dann ist der Fall des § 782 gegeben.

3. Unter einer **Abrechnung** im Sinne des § 782 ist jede unter Mitwirkung des Gläubigers und des Schuldners sich vollziehende (**RG** 49, 38 [41]) Feststellung eines Rechnungsergebnisses in bezug auf zwischen ihnen bestehende Schuldverhältnisse zu verstehen. Darunter fällt einmal die Verrechnung im eigentlichen laufenden Rechnungsverhältnis (§ 355 HGB), der die Anerkennung des Saldo als alle gegenseitigen Schuldposten der Verrechnungsperiode beseitigender, seinem Wesen nach selbständiger Verpflichtungsakt mit umschaffender Wirkung (**RG** 10, 53; 56, 20 [23]; JW 05, 186[39]) folgt, dergestalt, daß künftig nur noch die Saldoforderung geltend gemacht werden kann. Darunter fällt ferner die Feststellung eines Rechnungsergebnisses im uneigentlichen Rechnungsverhältnis, bei welchem Schuldforderungen und Zahlungen sich gegenüberstehen. Hierbei kommt zwar der Anerkennung des Rechnungsergebnisses die Bedeutung einer selbständigen Verpflichtung regelmäßig ebenfalls zu, weil diese Wirkung im Sinne der Abrechnungsvereinbarung liegt, die ein Zurückgehen auf die der Abrechnung zugrunde liegenden Schuldbeziehungen entbehrlich machen soll (**RG** 2, 237; 26, 77; 71, 102; JW 94, 281[13]; Warn 08 Nr 501); die Anerkennung schafft hier jedoch regelmäßig nur einen neuen Schuldtitel neben dem ursprünglichen. Endlich fällt unter den Begriff der Abrechnung aber auch jede unter Mitwirkung des Gläubigers und des Schuldners vorgenommene Feststellung einer Reihe von einseitigen Schuldposten auf einen Gesamtbetrag durch deren Zusammenrechnung (**RG** 95, 18; JW 08, 31[6]); ein selbständiger Verpflichtungswille ist hier dann anzunehmen, wenn eine Willenseinigung dahin festzustellen ist, daß das Rechnungsergebnis als neue Schuld betrachtet werden und der Gläubiger befugt sein soll, dieses selbständig zur Grundlage einer Eintragung zu machen; a. M. und beiderseitige Forderungen verlangend **RG** 78, 163, im Sinne des § 782 wohl nicht zutreffend. — Ist eine Abrechnung zwischen den Parteien als endgültige Lösung ihrer Beziehungen vorgenommen worden, so ist im Zweifel anzunehmen, daß sie alle gegenseitigen Forderungen einschließen soll.

4. Über das Wesen und die Voraussetzungen des **Vergleichs** vgl. die Vorbem vor und die A 1—5 zu § 779.

5. Beweislast. Bereicherungseinrede. Der Gläubiger, der seine Klage auf das auf Grund einer Abrechnung oder eines Vergleichs vom Schuldner nach § 782 erklärte formlose Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis stützt, hat darzutun, weshalb diese gegenüber der Formvorschrift der §§ 781, 782 gültig sind, er muß also beweisen, daß ihnen ein Vergleich oder eine Abrechnung zugrunde liegt. Über die dem Schuldner zustehenden Einreden vgl. die Vorbem 3 vor § 780 und die A 6 u. 7 zu § 780 sowie § 781 A 3. Das Zurückgreifen auf das ursprüngliche Schuldverhältnis im Wege der Bereicherungseinrede ist hier nur insoweit gestattet, als nicht die hinzutretenden Geschäfte des Vergleichs oder der Abrechnung als feststellende oder abändernde neue Schuldgrundgeschäfte dieses ausschließen. Für den Vergleich sind die zulässigen Verteidigungen des Schuldners in dem § 779 A 5 u. 6 entwickelt. Bei der Abrechnung kommt zunächst in Frage, ob das auf ihrer Grundlage abgegebene Anerkenntnis umschaffenden oder nur unterstützenden (akzessorischen) Charakter als Nebenschuldtitel im Verhältnisse zu dem ursprünglichen Schuldgrunde hat. In beiden Fällen ist, in den durch § 814 gesteckten Grenzen, dem Schuldner der Nachweis gestattet, daß Schuldposten, die in der Abrechnung einbezogen waren, in Wirklichkeit nicht oder nicht gültig bestanden (**RG** 62, 51; JW 06, 550[18]; 08, 31[6]; LZ 1916, 1556[8]). Im Falle des unterstützenden Anerkenntnisses sind auch sonstige Einreden aus dem Schuldverhältnisse der einzelnen Posten zulässig, soweit nicht ein Verzicht auf sie nach der Sachlage als Zweck des Anerkenntnisses angenommen werden muß. Die Grundsätze des Vergleichs sind hier entsprechend anwendbar. — Über die Berichtigung einer Abrechnung nach erteiltem Anerkenntnis durch verhältnismäßige Verrechnung der Soll- und Habenposten einer laufenden Rechnung nach § 355 HGB, wenn in dem Rechnungsabschlusse ungültige Posten enthalten sind, vgl. **RG** 56, 10 u. JW 05, 186[39]. Der Schuldner muß in solchen Fällen selbstverständlich die einzelnen ungültigen Posten darlegen und darf sich nicht auf die Behauptung beschränken, daß die Abrechnung auch unwirksame Geschäfte umfaßt hat (**RG** 11. 10. 09 VI 557/08).

Einundzwanzigster Titel

Anweisung

1. In höherem Grade, als das Schuldversprechen und das Schuldanerkenntnis, ist die **Anweisung** von den Grundgeschäften, die ihre Veranlassung bilden, losgelöst. Ihr Zweck ist die Erleichterung von Auszahlungen im geschäftlichen Verkehr durch Zahlungsaustausch; ihr Inhalt ist eine von der Person des Anweisenden ausgehende doppelte Ermächtigung: an eine zweite Person, den Anweisungsempfänger, eine Leistung bei einem Dritten im eigenen Namen zu erheben, und an diesen Dritten, den Angewiesenen, jene Leistung, ebenfalls im eigenen Namen, jedoch für Rechnung des Anweisenden, zu erfüllen. Somit ist die Anweisung zwei verschiedenen Grundverhältnissen zu dienen bestimmt, die sich nur in einer der drei Personen berühren, mit denen die Anweisung es zu tun hat: dem Verhältnisse zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger (Gegenwert-[Valuta-]Verhältnis) und demjenigen zwischen dem Anweisenden und dem Angewiesenen (Deckungsverhältnis). Beide Schuldgrundverhältnisse können verschiedenster Art sein: der Anweisungsempfänger kann Gläubiger des Anweisenden sein, der mittels der Anweisung Befriedigung erhalten soll (z. B. der Bauhandwerker, der durch den Baugeldgeber als Angewiesenen Bezahlung wegen seiner Arbeiten erlangen soll); er kann dessen Schuldner werden sollen (Empfang eines Darlehens); er kann sein Beauftragter sein (Einziehungsauftrag in Form der Anweisung). Der Angewiesene kann Schuldner des Anweisenden sein (Anweisung auf Schuld) oder dessen Gläubiger werden sollen (Anweisung auf Kredit — so der Baugeldgeber); er ist daneben regelmäßig Beauftragter des Anweisenden, für dessen Rechnung er handelt. Die Anweisung verhält sich zu allen diesen Rechtsbeziehungen völlig gleichgültig; sie ist nur das Mittel, durch Herbeiführung einer Leistung, vom Angewiesenen an den Anweisungsempfänger, beide Beziehungen auszulösen. Durch diese eine Leistung „ist wirtschaftlich auf unmittelbarem Wege geschehen, was geschehen wäre, wenn der Angewiesene an den Anweisenden und dieser an den Anweisungsempfänger geleistet hätte" (Kohler). Nach den Schuldverhältnissen richtet es sich, ob der Anweisungsempfänger die Leistung behalten soll oder dem Anweisenden herausgeben muß, ob der Angewiesene verpflichtet ist, der Anweisung nachzukommen, und ob ihm ein Rückgriff gegen den Anweisenden gegeben ist. — Zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger entsteht durch die Anweisung keine Rechtsbeziehung; diese wird erst geschaffen mit der Annahme der Anweisung seitens des Angewiesenen (§ 784), die den Charakter einer selbständigen und strengen Verpflichtung gegenüber dem Anweisungsempfänger ähnlich der Wechselverpflichtung trägt.

2. Das BGB regelt nur die Anweisung, deren **Gegenstand** Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen sind, und die in urkundlicher **Form** erteilt wird. Damit sind indessen Anweisungen auf andere Gegenstände und in mündlicher Form nicht schlechthin ausgeschlossen. Sie spielen im Verkehre keine große Rolle, sind jedoch nach dem Grundsatze der Vertragsfreiheit im Gebiete der Schuldverhältnisse gültig und wirksam (M 2, 558). Nur die im BGB geschaffenen besonderen Einrichtungen zur Verkehrserleichterung für die Anweisung: die Annahme (§§ 784, 786) und die Übertragung (§ 792) sind der Anweisung, wie sie das BGB in § 783 umschreibt, vorbehalten. Die Annahme einer mündlichen oder einer auf einen andern Gegenstand gerichteten Anweisung kann nur als selbständige Verpflichtung in den Formen des Schuldversprechens oder Schuldanerkenntnisses nach §§ 780, 781 wirksam gemacht werden, im Handelsverkehr nach § 351 HGB. Im übrigen ist gegen eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des Titels auf jene andern Anweisungen nichts zu erinnern.

3. Besondere **Unterarten der Anweisung** sind a) die kaufmännische Anweisung, die in den §§ 363—365 HGB geregelt ist. Sie muß auf einen Kaufmann als Angewiesenen ausgestellt sein, bedarf ebenfalls der Schriftform und ist im Interesse größerer Verkehrserleichterung durch Indossament übertragbar; b) der Kreditbrief: eine Anweisung auf Zahlung, durch die der Angewiesene ermächtigt wird, für Rechnung des Anweisenden dem Anweisungsempfänger bei Vorzeigung des Briefes Auszahlungen bis zu dem darin angegebenen Höchstbetrage zu machen (**RG** 64, 108). Eine Abart ist der Rundkreditbrief, dessen Anweisung an eine Reihe von Firmen als Angewiesene gerichtet ist; vgl. § 785 A 1; c) der Scheck, der durch das RGes. v. 11. 3. 1908 (RGBl 71) seine besondere gesetzliche Behandlung gefunden hat. Er darf nur an Bankhäuser (Firmen, die gewerbsmäßig Bankgeschäfte betreiben), sowie an öffentliche oder unter staatlicher Aufsicht stehende Anstalten, die sich mit der Annahme von Geld und der Leistung von Zahlungen für fremde Rechnung befassen, als Angewiesene (Bezogene) gerichtet werden (§ 2 ScheckG), muß in besonderer, dem Wechsel ähnlicher Form ausgestellt werden, insbesondere die Bezeichnung als Scheck enthalten (§ 1) und unterscheidet sich von der Anweisung des BGB u. a. vornehmlich dadurch, daß er nur auf Zahlung einer bestimmten Geldsumme lauten darf (§ 1), daß als Anweisungs- (Zahlungs-) Empfänger sowohl eine bestimmte Person wie der Inhaber bezeichnet werden kann (§ 4), daß er im ersteren Falle durch Indossament übertragbar ist (§ 8); daß er nur auf Sicht ausgestellt werden darf (§ 7), und daß er nicht angenommen werden kann (§ 10); vgl. **RG** JW 1914, 683[12]. Er ist endlich von einem Guthaben abhängig, das dem Aussteller (dem Anweisenden) bei dem Bezogenen zustehen muß (§ 3), das jedoch auch durch ein Kreditverhältnis begründet werden kann. Soweit die Bestimmungen des Scheckgesetzes Raum lassen, sind die Vorschriften des BGB über die Anweisung auf den Scheck unmittelbar anzuwenden (so insbesondere § 788); über die mißbräuchliche Benutzung von Scheckformularen durch Dritte vgl. **RG** 81, 254; 92, 50; Warn 1914 Nr 40; d) der Postscheck, der auf eine Postscheckanstalt als Bezogene ausgestellt wird (PostscheckO v 6. 11. 08, RGBl 587, mit Nachtrag v. 20. 3. 10, RGBl 593) und nicht indossierbar ist („Schecks, die mit einem Indossamente versehen sind, werden nicht eingelöst", § 8 IV PostscheckO).

4. Nicht unter den Begriff der Anweisung fallen: a) der den Überweisungen im Giroverkehr der Reichsbank dienende sog. rote Scheck, der sich nur an eine zweite Person (die Reichsbank) wendet mit dem Auftrage, eine Summe von dem Konto des Ausstellers auf das einer dritten Person als Guthaben umzuschreiben (vgl. **RG** 54, 329); b) die Postanweisung (RPostO v. 20. 3. 00, RZBl 53, § 20), die dem roten Scheck rechtlich, soweit das Verhältnis zum Zahlungsempfänger in Frage ist, gleichsteht und ebenfalls nur ein Verhältnis zwischen dem einzahlenden Absender und der Post erzeugt, während der Empfänger lediglich als Adresse, als Ziel der von der Post übernommenen Beförderung für diese in Betracht kommt (vgl. **RG** 41, 102; 60, 24; JW 05, 172[14]).

§ 783

Händigt jemand eine Urkunde[1]), in der er einen anderen anweist[2]), Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen[4]) an einen Dritten zu leisten[3]), dem Dritten aus[5]), so ist dieser ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen im eigenen Namen zu erheben[6]); der Angewiesene ist ermächtigt, für Rechnung des Anweisenden[7]) an den Anweisungsempfänger zu leisten[6]).

E I 605 II 619; M 2 555—559; P 2 380—383; 6 191.

1. Über das Erfordernis der Schriftlichkeit sowie über die Möglichkeit und die Wirkungen einer mündlichen Anweisung vgl. Vorbem 2. Für die **Urkunde** ist der Gebrauch des Wortes Anweisung unwesentlich; erforderlich ist nur, daß aus ihr die Absicht, ein selbständiges Anweisungsverhältnis — s. Vorbem 1 und die folgenden Anmerkungen — zu schaffen, erkenn-

bar hervorgeht (**RG** Warn 1915 Nr 201). Ein wegen Formmangels ungültiger (nicht dagegen ein form ll gültiger, aber erloschener) gezogener Wechsel kann als Anweisung wirksam sein (§ 140; **RG** 48, 223). Über Akkreditivverhältnisse und deren innere Beziehungen vgl. **RG** 88, 134, sowie auch LZ 1920, 230².

2. Die Urkunde muß die **Anweisung an einen andern,** den Angewiesenen, enthalten, eine bestimmte Leistung **an einen Dritten,** den Anweisungsempfänger, zu machen. Die Anweisung verbindet mithin drei Personen in dem Anweisungsgeschäfte. Diese Verbindung dreier bestimmter Personen ist ihr wesentlich, der Anweisende kann nicht sich selbst als Leistungsempfänger bezeichnen, auch nicht die Anweisung an eigene Order stellen, da eine Übertragung durch Indossament nicht stattfindet und die Anweisung an eigene Order daher nur die Bedeutung einer Anweisung auf den Anweisenden selbst haben könnte (**RG** 10. 10. 08 I 245/08). — Auf den Inhaber kann die Anweisung des BGB nicht ausgestellt werden (vgl. **RG**St 52, 97).

3. Die **Leistung,** auf die die Anweisung gestellt ist, kann von einer Bedingung, auch in deren Form von einer Gegenleistung abhängig gemacht werden, so auf Lieferung vertretbarer Sachen gegen Zahlung gehen (**RG** 76, 239). Die Leistung kann auf Sicht, auf den Ablauf einer Frist oder auf einen bestimmten Termin gestellt werden. Die Angabe des Schuldgrundes der Leistung (des Deckungsverhältnisses s. Vorbem 1) in der Anweisung widerspricht den Verkehrszwecken der Anweisung und läßt, da sie im Zweifel nicht auf eine selbständige Leistung, sondern nur auf eine solche nach Maßgabe der bestehenden Schuld gerichtet ist, darauf schließen, daß nur eine Einziehungsvollmacht für den Dritten gewollt ist (**RG** Warn 1915 Nr 201).

4. Die Leistung darf, wenn eine Anweisung nach § 783 zustande kommen soll, ihrem Inhalte nach nur auf die Zahlung von **Geld** oder auf die Hingabe von **Wertpapieren oder andern vertretbaren Sachen** gehen (Lieferscheine **RG** 76, 239). Unter Wertpapieren sind, wie die Verbindung mit Geld und andern vertretbaren Sachen ergibt, nur für den Handelsverkehr als Ware betrachtete und der Zahl nach bestimmte Papiere zu verstehen, die Träger des Wertes sind. — Über die Zulässigkeit und die Wirkungen einer auf andere Gegenstände gerichteten Anweisung s. Vorbem 2.

5. Die Anweisung kommt zustande durch die **Aushändigung der Urkunde an den Anweisungsempfänger,** durch welche dieser die Verfügungsgewalt über die Urkunde und damit auch über die Leistung erhält. Durch den Anweisungsempfänger wird die Anweisungsurkunde dem Angewiesenen zur Annahme (§ 784) und zur Zahlung vorgelegt. Eine Benachrichtigung seitens des Anweisenden an den Angewiesenen über die Erteilung der Anweisung (Avisbrief) ist für die Anweisung nicht wesentlich.

6. Durch die Aushändigung der Urkunde **wird der Anweisungsempfänger ermächtigt, die Leistung bei dem Angewiesenen zu erheben. Der Angewiesene,** dem er die Anweisung vorlegt, **wird ermächtigt, an den Angewiesenen zu leisten.** In dieser doppelten Ermächtigung beruht das Wesen der Anweisung (vgl. Vorbem 1). Ermächtigung ist die Übertragung einer Verfügungsgewalt, jedoch ohne daß der Übertragende die seinige aufgibt, aber auch ohne daß der Ermächtigte eine Verpflichtung übernimmt. Demgemäß kann nach wie vor der Erteilung der Anweisung der Anweisende die ihm gegen den Angewiesenen zustehende Forderung, die die Anweisung veranlaßte, gegen den Angewiesenen, der Anweisungsempfänger die seinige gegen den Anweisenden geltend machen; der Angewiesene aber darf anstatt an den Anweisungsempfänger auch fernerhin an den Anweisenden leisten: erst die Annahme der Anweisung, zu der er aber nicht verpflichtet ist, ändert dies (§ 784). Verpflichtungen für den Anweisungsempfänger, die Leistung zu erheben, für den Angewiesenen, sie zu erfüllen, können dem Anweisenden gegenüber nur durch das zwischen ihnen und diesem bestehende Grundverhältnis bedingt sein. Die Aushändigung der Urkunde begründet daher auch kein Vertragsverhältnis zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger (a. M. Planck A 2c unter Berufung auf § 789, der zu solcher Annahme aber nicht nötigt). Immerhin kann nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr der Gläubiger, der vom Schuldner einen Scheck zahlungshalber angenommen hat, nicht daraus Rechte herleiten, daß durch die Abholung des Geldes beim Scheckbezogenen eine Verzögerung der Leistung entsteht (**RG** 78, 137). Durch die Ermächtigung zur Erhebung der Leistung für den Anweisungsempfänger und zur Leistung selbst für den Angewiesenen wird von beiden Personen ferner eine Willensentschließung, eine tätige Mitwirkung an der Herbeiführung des mit der Anweisung bezweckten Erfolgs gefordert. Wo diese ausgeschaltet ist, kann von einer Anweisung nicht die Rede sein. Deshalb sind bloße Weisungen an eine andere Person, eine Leistung an einen Dritten für Rechnung des Ausstellers zu machen, ohne daß dem Dritten eine Ermächtigung erteilt wird, die Leistung zu erheben (**RG** 43, 167), oder die Einzahlung eines Betrags bei einem Bankhause für Rechnung eines andern (**RG** 45, 235) keine Anweisungen (vgl. Vorbem 4).

7. **Im eigenen Namen,** d. i. nicht als Vertreter und als Bevollmächtigte des Anweisenden, handeln, wenn sie die Anweisung zur Ausführung bringen, sowohl der Anweisungsempfänger wie der Angewiesene. Wo ein guter Glaube in Betracht kommt, ist ihr guter Glaube maß-

gebend, nicht nach § 166 Abs 2 der des Anweisenden. — Wenn die Leistung des Angewiesenen nach § 783 **für Rechnung des Anweisenden** erfolgt, so bedeutet dies einmal, daß dem Anweisungsempfänger gegenüber die Leistung des Angewiesenen als Leistung des Anweisenden angesehen werden soll, sodann daß nur gegen den letzteren ein Anspruch des Angewiesenen, der die Leistung anweisungsgemäß bewirkt hat, auf Erstattung der Aufwendung bestehen kann; ob und wie er wirklich besteht, richtet sich nach dem Grundverhältnisse zwischen ihnen. Vgl. die Anmerkungen zu § 787.

§ 784

Nimmt der Angewiesene die Anweisung an, so ist er dem Anweisungsempfänger gegenüber zur Leistung verpflichtet[1]); er kann ihm nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Annahme betreffen oder sich aus dem Inhalte der Anweisung oder dem Inhalte der Annahme ergeben oder dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen[4]).

Die Annahme erfolgt durch einen schriftliche Vermerk auf der Anweisung[2]). Ist der Vermerk auf die Anweisung vor der Aushändigung an den Anweisungsempfänger gesetzt worden, so wird die Annahme diesem gegenüber erst mit der Aushändigung wirksam[3]).

E I 607 II 620; M 2 559—561; P 2 384.

1. Die in der Form des § 784 von dem Angewiesenen erklärte **Annahme der Anweisung** erzeugt eine mit der Strenge des Wechselrechts ausgestattete selbständige **Verpflichtung des Angewiesenen gegenüber dem Anweisungsempfänger,** die von jedem Zusammenhange mit den Schuldgrundgeschäften, die zwischen dem Anweisenden einerseits und dem Angewiesenen oder dem Anweisungsempfänger anderseits bestehen, losgelöst ist. Sie berührt diese Schuldverhältnisse nicht und hebt sie nicht auf; die Verpflichtung aus der Annahme tritt neben diejenigen aus den Schuldgrundgeschäften; erst die Leistung aus der Anweisung wirkt auf das Bestehen der letzteren ein (§§ 787, 788). Auch die Gültigkeit der Anweisung selbst ist nicht Voraussetzung für die Gültigkeit der Annahme, die nur durch das Vorliegen einer Urkunde, die sich äußerlich als Anweisung darstellt, bedingt ist. Da zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger vor der Annahme der Anweisung eine Rechtsbeziehung gar nicht bestand, ist die Verpflichtung aus der Annahme ganz allein auf diese gestellt. Deshalb macht, wenn der Anweisende vor der Leistung aus der Annahme auch die ihm gegen den Angewiesenen zustehende Schuldgrundforderung, die die Veranlassung zur der Anweisung gegeben hatte, abgetreten hat, die Erhebung der Klage daraus den Anspruch aus der Annahme nicht rechtshängig (RG JW 02, 606[3]). Eine Verpflichtung des Angewiesenen zur Annahme der Anweisung besteht anweisungsmäßig nicht und wird auch durch ein Schuldverhältnis des Angewiesenen zum Anweisenden nicht begründet (§ 787 Abs 2); doch kann sich der Angewiesene zur Annahme der Anweisung sowohl dem Anweisenden (s. darüber § 787 A 1) wie dem Anweisungsempfänger vertraglich verpflichten. Wie die Anweisung selbst kann auch die Annahme unter Beschränkungen (z. B. auf eine geringere Summe) erklärt und von dem Eintritt einer Bedingung abhängig gemacht werden. Die Annahme setzt keine Willenseinigung zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger voraus; sie begründet deshalb auch kein Vertragsverhältnis zwischen ihnen (a. M. Planck A 1c, Gierke Schuldrecht S. 873). Sie ist eine rein einseitige Verpflichtungserklärung. Ihre Wirksamkeit hängt zwar davon ab, daß sie dem Anweisungsempfänger zugeht (§ 130); unter dieser Voraussetzung wird sie aber selbst dann wirksam, wenn sie gegen den Willen des Annehmenden in die Hände des Anweisungsempfängers gelangt ist.

2. Die **Annahme wird erklärt durch einen schriftlichen Vermerk auf der Anweisung,** der die Unterschrift des Angewiesenen enthalten muß. Daß das Wort „angenommen" gebraucht werde, ist nicht erforderlich; nur muß der Wille einer Annahmeerklärung aus dem Vermerk hervorgehen. Dazu kann die bloße Unterschrift genügen, nicht aber mit einem Zusatze, der den Schluß auf eine Annahmeerklärung nicht rechtfertigt, so nicht mit dem Vermerke „Kenntnis genommen", der nicht auf eine Willenserklärung hinweist (RG 25. 11. 11 VI 622/10). Die schriftliche Annahme, getrennt von der Anweisungsurkunde, hat nicht die in § 784 an die Annahme geknüpften Wirkungen; sie kann aber als selbständiges Schuldversprechen nach § 780 Gültigkeit haben. Eine mündliche Annahme endlich kann als Vorvertrag auf Verpflichtung zur Annahmeerklärung (s. A 1) angesehen werden, oder als selbständiges Schuldversprechen nach § 780, wenn dieses einer schriftlichen Form nicht bedarf (§§ 350, 351 HGB).

3. Wie bei dem Wechsel kann auch bei der Anweisung die **Annahme vor der Aushändigung der Anweisung an den Anweisungsempfänger** erfolgen. Mit dieser letzteren ist alsdann

die Annahme dem Anweisungsempfänger zugegangen und wird von diesem Zeitpunkte an wirksam. Vorher ist sie überhaupt ohne Bedeutung, da erst die Aushändigung der Anweisung den dieser wesentlichen Zusammenschluß dreier Personen zum Anweisungsgeschäft erzeugt. Auch die vor der Aushändigung der Anweisung erklärte Annahme enthält nicht eine Erklärung an den Anweisenden und eine Verpflichtung gegenüber diesem; sie richtet sich ausschließlich an den Anweisungsempfänger.

4. Die dem Angewiesenen gegenüber der Leistungsklage aus der Annahme zustehenden **Einwendungen** beschränken sich nach der dem Art 82 WO nachgebildeten Vorschrift des § 784 auf a) die Einwendungen, die sich **gegen die Gültigkeit der Annahme** richten, wie Geschäftsunfähigkeit oder Willensmängel des Annehmenden bei der Annahme, auch Fälschung der Annahme, nicht aber Fälschung der Anweisung, die die Gültigkeit der Annahme nicht berührt (vgl. A 1); b) die Einwendungen, **die sich aus dem Inhalte der Anweisung oder dem Inhalte der Abnahme ergeben;** so aus Bedingungen, Befristungen und sonstigen Beschränkungen und Vorbehalten, die der Anweisung (§ 783 A 3) oder der Annahme (oben A 1) in der für sie maßgebenden Urkunde beigefügt sind; c) die Einwendungen, **die dem Angewiesenen unmittelbar gegen den Anweisungsempfänger zustehen.** Hierher gehören in erster Linie die Einreden der Tilgung, des Erlasses, der Stundung der Annahmeschuld, sowie der Aufrechnung mit einer dem Angewiesenen gegen den Anweisungsempfänger zustehenden Gegenforderung; sodann die Betrugseinrede, wenn die Anweisung gefälscht ist (s. zu a) und der Anweisungsempfänger um die Fälschung wußte. Eine Bereicherungseinrede aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse, wie sie gegen die selbständigen Verpflichtungen nach §§ 780—782 gegeben ist, ist gegen die Annahmeverpflichtung an sich ausgeschlossen. Denn zwischen dem Angewiesenen und dem Anweisungsempfänger besteht ein Schuldgrundverhältnis nicht, und aus den zwischen dem Anweisenden und dem Anweisungsempfänger oder dem Angewiesenen bestehenden können Einwendungen gegen die von ihnen unabhängige Annahmeschuld (vgl. A 1) nicht hergeleitet werden. Eine Ausnahme ist mit v. Thur (IheringsJ 48, 50ff., a. M. Planck A 2a; Gierke a. a. O. S. 874 Anm 70) anzuerkennen, wenn das Valuta- und das Deckungsverhältnis mangelhaft sind oder das letztere mangelhaft ist und das Valutaverhältnis in einer freigebigen Zuwendung oder einem Einziehungsauftrage oder in einem auf seiten des Anweisenden sowohl wie des Anweisungsempfängers unsittlichen oder vom Gesetze mißbilligten Geschäfte besteht (§§ 816, 817, 822).

§ 785

Der Angewiesene ist nur gegen[2]) Aushändigung der Anweisung[1]) zur Leistung[3]) verpflichtet[4]).

E II 621; P 2 384, 385.

1. Die **Aushändigung der Anweisung** soll dem Angewiesenen den urkundlichen Ausweis gegenüber dem Anweisenden verschaffen, daß er anweisungsgemäß verfahren und somit seine Leistung für Rechnung des Anweisenden geschehen ist. Für den Scheck ist eine entsprechende Bestimmung in § 13 ScheckG enthalten. Die Aushändigung kann bei Rundkreditbriefen (Vorbem 2b vor § 783) naturgemäß erst verlangt werden, wenn die letzte Leistung erfolgt; die früheren Teilleistungen werden auf der Urkunde abgeschrieben. Das Recht auf Quittung der Leistung (§ 369) bleibt von § 785 unberührt.

2. **Nur gegen Aushändigung** der Anweisung, also Zug um Zug. Selbstverständlich kann aber der Angewiesene auch noch nach der Leistung die Aushändigung verlangen.

3. **Zur Leistung:** Mag dieser eine Annahme vorausgegangen sein oder nicht.

4. **Verpflichtet:** Leistet der Angewiesene ohne Aushändigung der Anweisung, so wird er dadurch nicht seines Rückgriffs gegen den Anweisenden beraubt; nur seine Stellung ist erschwert (A 1).

§ 786

Der Anspruch des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der Annahme verjährt in drei Jahren[1]).

E II 620; P 2 385—387; 6 192.

1. Die **Verjährungsbestimmung** des § 786 ist dem Art 77 WO nachgebildet, doch ist Art 83 über die Wechselbereicherungsklage nicht übernommen. Vgl. darüber Prot 2, 386. Anders beim Scheck (§ 21 ScheckG). Der Beginn der Verjährung richtet sich nach §§ 198, 202. Der Anspruch aus der Annahme entsteht mit deren Aushändigung, bei späterer Fälligkeit der Leistung mit dieser.

§ 787

Im Falle einer Anweisung auf Schuld[1]) wird der Angewiesene durch die Leistung[2]) in deren Höhe von der Schuld befreit[3]).

Zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung an den Anweisungsempfänger ist der Angewiesene dem Anweisenden gegenüber nicht schon deshalb verpflichtet, weil er Schuldner des Anweisenden ist[1]).

E I 608 II 623; M 2 562; P 2 387.

1. § 787 gibt Bestimmungen über das Deckungsverhältnis des Anweisenden zum Angewiesenen (s. § 783 A 6). **Der Angewiesene ist** nach Abs 2 **dem Anweisenden zur Annahme der Anweisung oder zur Leistung** nach deren Maßgabe **selbst dann nicht verpflichtet, wenn er dessen Schuldner** ist. Er gerät also auch durch die Ablehnung der Anweisung nicht wegen seiner Schuld in Verzug. Hat er geleistet, so hat er einen Ersatzanspruch gegen den Anweisenden lediglich nach Maßgabe des zwischen ihnen bestehenden Verhältnisses, das er darlegen muß (Prot 6, 193), und er wird von seiner Schuld befreit, indem er dagegen mit seinem Ersatzanspruch — aus der Geschäftsbesorgung nach § 683 — aufrechnet (§ 387), nicht aber unmittelbar durch die Leistung. Anders, wenn er sich dem Anweisenden zur Annahme der Anweisung oder Leistung auf diese verpflichtet hat, wenn der Anweisende ihm den Auftrag erteilte, den Betrag seiner Schuld für Rechnung des Anweisenden und Gläubigers an den Anweisungsempfänger zu leisten, und er diesen Auftrag angenommen hat, was auch stillschweigend durch Nichtbeantwortung des den Auftrag enthaltenden Avisbriefs und durch die Annahme der Anweisung selbst geschehen kann. Auftrag und Annahme können auch in einer bestehenden Geschäftsverbindung begründet sein. In diesen Fällen ist die sowohl objektive wie subjektive **Anweisung auf Schuld** gegeben, die Abs 1 im Sinne hat. Die Aufrechnungsvereinbarung ergibt sich hier aus dem Auftrage selbst und deshalb bestimmt Abs 1, daß die Leistung auf die Anweisung zugleich unmittelbar die Erfüllung der Schuld des Angewiesenen bewirkt. Als Schuld gilt hier selbstverständlich auch eine Leistung, die ein Gläubigerverhältnis begründen soll, wie die Darlehnsleistung aus einem Darlehnsversprechen. In der Anweisung braucht der Auftrag, der die Anweisung auf die Schuld im Sinne des § 787 darstellt, nicht ausgedrückt zu sein.

2. a) Unter der **Leistung** sind hier wie anderwärts alle Erfüllungshandlungen zu verstehen, also nicht nur Zahlung, sondern auch Hingabe an Zahlungs Statt, Hinterlegung, Aufrechnung gegen eine Schuld des Anweisungsempfängers an den Angewiesenen (vgl. M 2, 563). b) Durch die Leistung wird der Angewiesene von seiner Schuld gegen den Anweisenden befreit, nicht schon durch die Annahme, die dem Anweisenden gegenüber ohne Bedeutung ist. Der Angewiesene hat sich hierdurch nur einem zweiten Gläubiger wegen der einen Schuld verpflichtet.

3. Die Leistung **befreit** im Falle des § 787 Abs 1 **den Angewiesenen von seiner Schuld** gegen den Anweisenden; die Schuld ist damit getilgt (s. A 1). Aber auch die Annahme gibt dem Angewiesenen schon eine Einrede gegenüber dem Anweisenden, der etwa anweisungswidrig seine Forderung gegen ihn einziehen will. Sie macht die Anweisung nach § 790 unwiderruflich, und der Angewiesene darf sich der Zwangsvollstreckung wegen der ursprünglichen Schuld als gegen Treu und Glauben (§ 242) verstoßend widersetzen, sofern ihm nicht die angenommene Anweisung ausgehändigt wird.

§ 788

[1]) Erteilt der Anweisende die Anweisung zu dem Zwecke, um seinerseits eine Leistung an den Anweisungsempfänger zu bewirken[2]), so wird die Leistung, auch wenn der Angewiesene die Anweisung annimmt, erst mit der Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger bewirkt[3]).

E I 609 II 622; M 2 562, 563; P 2 387.

1. Gegenstand des § 788 ist das Verhältnis des Anweisenden zum Anweisungsempfänger (Gegenwertverhältnis), für das er den Satz aufstellt: **Anweisung ist keine Zahlung.** Im übrigen enthält das Anweisungsrecht, mit Ausnahme noch der Bestimmung des § 789, keine Regelung des beiderseitigen Verhältnisses dieser Personen. Ob der Anweisende dem Anweisungsempfänger gegenüber an die Anweisung gebunden, ob letzterer verpflichtet ist, von der ihm erteilten Ermächtigung Gebrauch zu machen, dem Angewiesenen die Anweisung zur Annahme oder Zahlung vorzulegen, und ob er einen Rückgriff an den Anweisenden hat, wenn der Angewiesene nicht zahlt, bestimmt sich nach dem zwischen ihnen bestehenden Grundverhältnisse und den die Anweisung begleitenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Ver-

einbarungen. Bei der zahlungshalber erfolgten Anweisung ist es regelmäßig als Parteiwille anzusehen, daß der Anweisungsempfänger seine Befriedigung zunächst beim Angewiesenen suchen und erst, wenn dieser Zahlung weigert, sich wieder wegen der ursprünglichen Schuld an den Anweisenden zu halten befugt sein soll (RG 76, 239; 78, 137; JW 01, 867; 02 Beil 166). Der Anweisende ist an die Anweisung gebunden, wenn er sich diesem für ihn selbst oder für einen Dritten zur Ausstellung eines Kreditbriefs verpflichtet hat. Diese Verpflichtung macht ihn verbindlich, für die zugesagte Dauer der Akkreditierung die Anweisung aufrechtzuerhalten und alles zu unterlassen, was deren Erfolg in Frage stellt (RG 64, 108). Leistet der Anweisende aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse nach Aushändigung der Anweisung, so hat der Anweisungsempfänger ihm die letztere zurückzugeben.

2. Der Fall, daß **die Anweisung erteilt wird, um damit eine Leistung des Anweisenden an den Anweisungsempfänger zu bewirken,** liegt nicht nur dann vor, wenn es sich um eine Schuldtilgung handelt, sondern ebenso, wenn die Hingabe eines Darlehens oder einer Schenkung oder auch die Lieferung vertretbarer Sachen (RG 76, 239) der Zweck ist, dem die Anweisung als Zahlungsmittel oder Erfüllungsmittel dient.

3. Erst die **Leistung des Angewiesenen an den Anweisungsempfänger,** nicht schon die Aushändigung der Anweisung, die nur Mittel zum Zweck ist, auch nicht die Annahme der Anweisung durch den Angewiesenen, die lediglich dem Anweisungsempfänger einen Schuldtitel schafft, der zu seiner Befriedigung führen kann, **befreit den Anweisenden** von seiner Verpflichtung gegen den Anweisungsempfänger, wie sie nach § 787 Abs 1 den Angewiesenen von seiner Schuld gegen den Anweisenden befreit. Über die Leistung gilt das in der A 2a zu § 787 Gesagte. § 788 findet auch Anwendung auf den Scheck. Er ist entsprechend anwendbar auch im Überweisungsverkehr der Reichsbank für den roten Scheck (vgl. Vorbem 4a vor § 783) dergestalt, daß die damit an einen Dritten zu leistende Zahlung erst mit der vollzogenen Umschreibung auf das Konto des Zahlungsempfängers als bewirkt anzusehen ist, und zwar ohne daß es einer Mitteilung darüber an die Beteiligten bedarf (RG 54, 329; 5. 3. 04 I 573/03), während der Eingang des Schecks bei der Bankstelle eine Wirkung noch nicht ausübt (RG 30. 6. 08 II 68/08).

§ 789

Verweigert der Angewiesene vor dem Eintritte der Leistungszeit die Annahme der Anweisung oder verweigert er die Leistung[3]), so hat der Anweisungsempfänger dem Anweisenden unverzüglich[2]) Anzeige zu machen[1]). Das gleiche gilt, wenn der Anweisungsempfänger die Anweisung nicht geltend machen kann oder will[1]).

E I 611 II 624; M 2 564, 565; P 2 388.

1. Die Anweisung als solche erzeugt keine Pflichten, auch keine Sorgfaltspflichten des Anweisungsempfängers im Interesse des Anweisenden (vgl. § 788 A 1). Nur eine **Anzeigepflicht** ist ihm für die drei im § 789 hervorgehobenen Fälle auferlegt. Die Versäumung der Anzeige verpflichtet ihn zum Schadensersatz. Für die Wirksamkeit der Erklärung gilt § 130.

2. **Unverzüglich,** d. i. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121).

3. **Verweigert der Angewiesene die Annahme der Anweisung:** vor Fälligkeit der Leistung; **verweigert er die Leistung:** mag eine Annahme vorausgegangen sein oder nicht.

§ 790

Der Anweisende kann die Anweisung dem Angewiesenen gegenüber[2]) widerrufen[1]), solange nicht der Angewiesene sie dem Anweisungsempfänger gegenüber angenommen oder die Leistung bewirkt hat[3]). Dies gilt auch dann, wenn der Anweisende durch den Widerruf einer ihm gegen den Anweisungsempfänger obliegenden Verpflichtung zuwiderhandelt[4])[5]).

E I 612 II 625; M 2 565, 566; P 2 388.

1. Da die Anweisung einerseits den sie veranlassenden Grundgeschäften gegenüber selbständig ist und anderseits für sich allein Verpflichtungen nicht erzeugt, auch nicht für den Anweisenden, so ergibt sich als dem Wesen der Anweisung entsprechend deren **Widerruflichkeit seitens des Anweisenden,** von dem die Ermächtigungen der Anweisung ausgehen. Mit dem **Widerruf,** der empfangsbedürftige Willenserklärung nach § 130 ist, erlischt die Anweisung. Der Widerruf kann anweisungsrechtlich nicht ausgeschlossen werden; ein Verzicht auf das Widerrufsrecht bindet den Anweisenden nicht, selbst wenn er in der Anweisungsurkunde erklärt sein sollte (RG Warn 1918 Nr 9).

2. Der Widerruf geschieht durch eine **Erklärung dem Angewiesenen gegenüber** und ist wirksam, auch wenn dem Anweisungsempfänger eine Benachrichtigung nicht erteilt wird, wie umgekehrt die Erteilung der Anweisung eine Benachrichtigung des Angewiesenen nicht erforderte (§ 783 A 5). Ein Widerruf gegenüber dem Anweisungsempfänger ist anweisungsrechtlich wirkungslos.

3. Die **Annahme der Anweisung** durch den Angewiesenen und die **Bewirkung der Leistung,** die den Gegenstand der Anweisung bildet, können durch einen Widerruf nicht rückgängig gemacht werden. Sie entsprechen dem rechtsgeschäftlichen Willen des Anweisenden, der sie deshalb gegen sich gelten lassen muß. Dies auch dann, wenn die Annahme vor der Fälligkeit der Leistung erfolgt ist; denn die Annahme ist immer anweisungsgemäß, da sie den Angewiesenen zu nichts anderem als zu der Leistung nach Eintritt der Fälligkeit verpflichtet. Macht aber auch die vorzeitige Annahme die Anweisung unwiderruflich, so daß der Anweisende nunmehr auch die auf Grund der Annahme geleistete Zahlung als für seine Rechnung geschehen gelten lassen muß, so muß das gleiche von der vor der Fälligkeit geleisteten Zahlung gelten. Nur wenn in der Anweisung für die Vorlegung an den Angewiesenen behufs Annahme oder Zahlung ein Anfangstermin bestimmt war und Annahme oder Zahlung ohne Annahme vor diesem erfolgte, braucht sie der Anweisende nicht anzuerkennen. Der nach solcher nicht anweisungsmäßigen Annahme oder Zahlung erklärte Widerruf hat demgemäß dieselbe Wirkung wie der vor der Annahme oder Zahlung erfolgte. Die Wirkung des rechtzeitig erklärten Widerrufs ist aber, daß die trotzdem erfolgte Annahme oder Zahlung — unbeschadet natürlich eines etwaigen Anspruchs aus nützlicher Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung — dem Angewiesenen dem Anweisenden gegenüber keinen Rückgriff gibt und den Angewiesenen bei Anweisung auf Schuld nicht gemäß § 787 von seiner Schuld gegen den Anweisenden befreit. Dem Anweisungsempfänger gegenüber ist auch die nach dem Widerruf erfolgte Annahme wirksam, da die Annahme eine gültige Anweisung zu ihrer eigenen Gültigkeit nicht voraussetzt (§ 784 A 1).

4. Das Grundverhältnis des Anweisenden zu dem Anweisungsempfänger kann es mit sich bringen, daß er sich diesem **verpflichtet** hat, **die Anweisung aufrechtzuerhalten.** Das gilt insbesondere regelmäßig bei dem Kreditbriefe für die Dauer der Akkreditierung (RG 64, 108). Den Widerruf macht nach § 790 Satz 2 eine solche Verpflichtung nicht unwirksam; ihre Verletzung begründet nur einen Schadensersatzanspruch des Anweisungsempfängers. Will dieser sich ein unwiderrufliches Einziehungsrecht verschaffen, so bietet hierfür die Einziehungsvollmacht nach § 168 oder die Abtretung der Forderung des Anweisenden gegen den Angewiesenen zur Einziehung den geeigneten Weg (RG 53, 416; Warn 08 Nr 123).

5. **Außer durch Widerruf erlischt die Anweisung:** a) wenn die Leistung an den Anweisungsempfänger aus irgendeinem Grunde unmöglich geworden ist (RG Warn 09 Nr 354); b) durch Rückgabe der Anweisungsurkunde an den Anweisenden vor der Annahme; nach der Annahme, die eine selbständige Forderung des Anweisungsempfängers erzeugt, ist deren Übertragung erforderlich; c) durch Untergang der Anweisungsurkunde vor der Vorlegung an den Angewiesenen behufs Annahme oder Zahlung, weil erst hierdurch die Zahlungsermächtigung dem Angewiesenen zugeht. Ein Untergang, nachdem die Anweisung angenommen worden ist, hat die Wirkung des § 785; der Angewiesene ist ohne Aushändigung der Urkunde nicht zur Zahlung verpflichtet. Eine Kraftloserklärung der untergegangenen Urkunde nach §§ 1003 ff. ZPO findet bei der Anweisung des BGB nicht statt (a. M. Dernburg § 244 III). Anders bei der an Order gestellten kaufmännischen Anweisung nach §§ 363, 365 Abs 2 HGB (§ 1004 ZPO), sowie beim Scheck (§ 27 ScheckG).

§ 791

Die Anweisung erlischt nicht durch den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines der Beteiligten[1])[2]).

E I 613 II 626; M 2 566—569; P 2 389.

1. Im Interesse der Sicherheit des Zahlungsverkehrs, dem die Anweisung dient, bestimmt § 791, daß die **Anweisung durch den Tod oder eine Veränderung in der Geschäftsfähigkeit** (§ 104 A 1) **eines der Beteiligten nicht berührt wird.** Dies gilt von der angenommenen wie von der nicht angenommenen Anweisung. Die Vorschrift ist jedoch nachgiebigen Rechtes und kann durch eine entsprechende Einschränkung in der Anweisung oder im Annahmevermerke außer Kraft gesetzt werden.

2. Die Anweisung erlischt auch nicht durch den **Konkurs eines der Beteiligten.** Für den Konkurs des Anweisenden ist § 23 KO nicht anwendbar, da die Anweisung kein Auftragsverhältnis darstellt; die noch nicht angenommene Anweisung mag der Konkursverwalter widerrufen. Der Angewiesene kann aber die Anweisung nicht mehr mit Wirkung für die Konkursmasse annehmen, wenn er von der Konkurseröffnung Kenntnis erlangt hat

(§ 8 KO in entsprechender Anwendung. Anders v. Thur, IheringsJ 48, 26f., der die §§ 23 KO, 674 BGB entsprechend anwenden will). Im Konkurse des Angewiesenen ist die Anweisung dem Konkursverwalter zur Annahme oder Zahlung vorzulegen, wenn Befriedigung aus der Konkursmasse erstrebt wird. Nimmt der Konkursverwalter an, so geht er eine Masseschuld ein. Der Anspruch aus der bereits erfolgten Annahme ist Konkursforderung. Der Konkurs des Anweisungsempfängers hat wiederum nur die Wirkung, daß das Recht aus der Annahme wie die Befugnis zur Vorlegung der Anweisung behufs Annahme und Zahlung auf den Konkursverwalter übergehen (§§ 6, 7 KO); im Grundverhältnisse zum Anweisenden wird der Angewiesene freilich die Annahme regelmäßig verweigern müssen (a. M. v. Thur a. a. O. S. 24f., der anweisungsrechtlich die Zahlungsermächtigung für den Angewiesenen untergehen läßt). Eine in Unkenntnis der Konkurseröffnung von dem Angewiesenen geleistete Annahme oder Zahlung muß dagegen der Anweisende immer als für seine Rechnung geschehen anerkennen.

§ 792

Der Anweisungsempfänger kann die Anweisung durch Vertrag mit einem Dritten auf diesen übertragen[1]), auch wenn sie noch nicht angenommen worden ist. Die Übertragungserklärung bedarf der schriftlichen Form. Zur Übertragung ist die Aushändigung der Anweisung an den Dritten erforderlich[2]).

Der Anweisende kann die Übertragung ausschließen. Die Ausschließung ist dem Angewiesenen gegenüber nur wirksam, wenn sie aus der Anweisung zu entnehmen ist oder wenn sie von dem Anweisenden dem Angewiesenen mitgeteilt wird, bevor dieser die Anweisung annimmt oder die Leistung bewirkt[3]).

Nimmt der Angewiesene die Anweisung dem Erwerber gegenüber an, so kann er aus einem zwischen ihm und dem Anweisungsempfänger bestehenden Rechtsverhältnis Einwendungen nicht herleiten[4]). Im übrigen finden auf die Übertragung der Anweisung die für die Abtretung einer Forderung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung[1])[5]).

E II 627; M 2 568, 569; P 2 389—391.

1. Die **Übertragbarkeit der Anweisung**, die ihren Wert für den Verkehr erheblich erhöht, indem sie die Möglichkeit schafft, nicht nur zwei, sondern eine größere Reihe von Schuldverhältnissen durch Zahlungsaustausch zur Abwicklung zu bringen (vgl. den Fall RG 76, 239), versteht sich nicht von selbst. Das Recht des Anweisungsempfängers aus der Annahme ist zwar eine Forderung und kann nach §§ 398ff. abgetreten werden; die noch nicht angenommene Anweisung gibt dem Anweisungsempfänger aber nur eine Einziehungsermächtigung, worauf diese Vorschriften nicht angewendet werden können. § 792 hat zur Verkehrserleichterung eine besondere Form der Übertragung der Anweisung eingeführt, die Platz greift, mag die Anweisung bereits angenommen sein oder nicht. Vor der Annahme wird durch diese Übertragung die Einziehungsermächtigung, nach der Annahme zugleich die dem Anweisungsempfänger daraus gegen den Angewiesenen entstandene selbständige Forderung auf den Erwerber übermacht. Weil die Übertragung der Anweisung nach § 792 hiernach eine Forderung im Sinne der §§ 398ff. zwar möglicherweise übertragen kann, aber nicht übertragen muß und nicht an sich überträgt, können die Bestimmungen über die Abtretung einer Forderung (§§ 398—413), wie Abs 3 Satz 2 bestimmt, hierauf nur **entsprechende Anwendung** finden. Anwendbar sind § 402 (Auskunftserteilung des bisherigen Gläubigers an den neuen), § 405 (Abtretung einer Scheinforderung), § 406 (Aufrechnung); über § 404 (Einwendungen gegen den neuen Erwerber) s. A 4. — Die kaufmännische Anweisung (§§ 363ff. HGB) und der Scheck (§ 8 ScheckG) können durch Indossament übertragen werden, nicht aber der Postscheck (§ 8 IV der PostscheckO).

2. Die Übertragung erfordert eine **schriftliche Übertragungserklärung und die Aushändigung der Anweisungsurkunde** an den Erwerber. Die schriftliche Übertragungserklärung wird regelmäßig, muß aber nicht auf der Anweisungsurkunde erfolgen. Die Übertragung der Anweisung ist ein Vertrag gleich dem Vertrage bei der Übertragung einer Forderung (§ 398). Die Übertragung bedarf mithin der Annahme, für die eine Form nicht vorgesehen ist, die vielmehr mit der Entgegennahme der ausgehändigten Urkunde stillschweigend erklärt wird.

3. **Die Übertragung kann von dem Anweisenden zwar ausgeschlossen werden,** doch muß die Ausschließung entweder auf der Anweisungsurkunde in erkennbarer Weise erklärt

sein oder durch empfangsbedürftige (§ 130) Mitteilung des Anweisenden an den Angewiesenen geschehen, wenn sie den Angewiesenen binden soll. Die nur dem Anweisungsempfänger gegenüber erklärte Ausschließung der Übertragung ist für den Angewiesenen ohne Wirkung. Aber auch die Ausschließung durch Benachrichtigung des Angewiesenen ist ohne Wirkung, wenn sie erst nachträglich erfolgt und der Angewiesene, bevor sie ihm zugegangen war, bereits anweisungsgemäß Zahlung geleistet oder sich hierzu durch die Annahme der Anweisung dem Anweisungsempfänger gemäß § 784 selbständig verpflichtet hatte.

4. Wird die **Übertragung nach der Annahme der Anweisung** erklärt, so überträgt sie mit der Einziehungsermächtigung der Anweisung auch die selbständige Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen aus der Annahme; der Angewiesene hat somit gegen den Erwerber in Anwendung des hier zutreffenden § 404 sowohl die Einwendungen, die ihm gegen den neuen Erwerber persönlich zustehen, als auch diejenigen, die gegen dessen Vormänner und den ersten Anweisungsempfänger zur Zeit der Weiterübertragung begründet waren. Dagegen ist nach Abs 3 Satz 1 die Anwendung des § 404 ausgeschlossen, wenn die **Übertragung der Anweisung vor der Annahme** erfolgt ist. Die selbständige Verpflichtung, die die Annahme erzeugt, wird hier erst dem Erwerber gegenüber begründet, dem die Annahme erklärt wird, und die Vorschrift des Abs 3 Satz 1 des § 792 ist deshalb nur eine Entwicklung des Gesetzesgedankens des § 784: Die Einwendungen aus der Person des Anweisungsempfängers müssen, wenn die Annahme nicht diesem, sondern erst einem Nachmann erklärt ist, ebenso ausgeschlossen sein wie im Verhältnis zum Anweisungsempfänger gegenüber, wenn ihm gegenüber die Annahme erfolgte, diejenigen aus der Person des Anweisenden (vgl. § 784 A 1 u. 4).

5. Ein **Rückgriff** wird, wenn die Anweisung nicht eingelöst wird, aus der jedesmaligen Übertragung nur nach Maßgabe des ihr zugrunde liegenden Rechtsgeschäfts gegen den jedesmaligen Vormann erzeugt. Auch die kaufmännische Anweisung kennt nach § 365 HGB nur einen Rückgriff gegen den unmittelbaren Vormann aus dem Schuldgrundverhältnisse, wogegen bei dem Scheck das Indossament den wechselmäßigen Rückgriff gegen alle Vormänner einschließlich des Ausstellers (des Anweisenden) begründet (§§ 15, 18 ScheckG).

Zweiundzwanzigster Titel

Schuldverschreibung auf den Inhaber

1. Die **Schuldverschreibungen auf den Inhaber** sind eine Unterart der Wertpapiere, d. i. derjenigen Urkunden vermögensrechtlichen Inhalts, bei denen der Bestand oder mindestens die Geltendmachung der darin bezeugten Rechte an den Besitz der Urkunde gebunden ist. Die Wertpapiere zerfallen in a) Namenpapiere (Rektapapiere), die auf den Namen eines bestimmten Berechtigten lauten und deren Rechte auf dem gewöhnlichen Wege der Abtretung von einem auf den andern übertragen werden dergestalt, daß gegen die Ansprüche daraus nach § 404 BGB alle Einwendungen erhoben werden können, die gegen einen Rechtsvorgänger entstanden sind. Nur die Geltendmachung, nicht das Recht selbst, ist hier an die Übergabe des Papiers gebunden. Das im Verkehr gebräuchlichste Namenpapier ist der Hypothekenbrief (vgl. §§ 1117, 1154 Abs 1 BGB). b) Orderpapiere, die ebenfalls auf den Namen ausgestellt sind, deren Forderungen aber durch die selbständigere Form des Indossaments in fortlaufender Kette von einem auf den andern übergehen mit der Beschränkung der Einreden auf solche, die aus der Urkunde hervorgehen oder dem Schuldner unmittelbar gegen den letzten Besitzer der Urkunde zustehen (Art 82 WO, § 364 HGB). Das Orderpapier ist wesentlich handelsrechtlichen Inhalts (Wechsel, kaufmännische Verpflichtungsscheine, Konnossemente, Lager- und Ladescheine an Order). c) Inhaberpapiere, in denen der Aussteller die Leistung nicht einem namentlich genannten Berechtigten, sondern allein dem Inhaber des Papiers verspricht, so daß ohne die Urkunde ein Recht auf die Leistung überhaupt nicht besteht. Die Übertragung des Anspruchs aus der Urkunde geschieht hier durch sachenrechtliche Besitzübertragung an dem Papier; das Eigentum an dem Papier trägt das Forderungsrecht. Über Berührung und Unterschiede der Order- und der Inhaberpapiere vgl. RG 78, 194. Die Erscheinungsformen der Inhaberpapiere sind mannigfaltig. Sie dienen teils zur Verbriefung von Ansprüchen auf eine vermögensrechtliche Leistung nach § 241 (Schuldverschreibungen auf den Inhaber), sowie von Anweisungen auf solche Leistungen, insbesondere Schecks (s. darüber Vorbem 3 vor § 783), teils zur Verbriefung von Pfandrechten: Grundschuldbriefe auf den Inhaber (§ 1195), teils zur Verbriefung von körperschaftlichen Mitgliederrechten: Inhaberaktien (§ 179 Abs 2 HGB; RG Warn 1914 Nr 16). Im vorliegenden Titel sind nur über die Schuldverschreibungen auf den Inhaber eine Reihe von Bestimmungen getroffen, die im Zweifel auch auf andere Inhaberpapiere entsprechende Anwendung finden (vgl. Art 2 Abs 1 EG.HGB, RG 59, 374).

2. Die §§ 793ff., denen aus dem Recht der Schuldverhältnisse noch der § 247 Abs 2 für den Zinssatz bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber anzufügen ist, regeln nur das Schuldverhältnis zwischen dem Aussteller und dem Inhaber, nicht auch die **sachenrechtlichen Beziehungen** zwischen mehreren Inhabern oder sonstigen Berechtigten. Hier kommen namentlich für den Erwerb des Eigentums an Inhaberschuldverschreibungen die §§ 929, 932, 935 BGB, sowie die §§ 366, 367 HGB, für die Stellung des Besitzers und früheren Besitzers die §§ 1006, 1007 BGB, für das Verhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer die §§ 1081—1084, für die Bestellung von Hypotheken zur Sicherung von Forderungen aus Inhaberschuldverschreibungen die § 1187—1189, für das Pfandrecht an beweglichen Sachen zur Sicherung solcher Forderungen der § 1270, für das Pfandrecht an Inhaberpapieren als beweglichen Sachen die §§ 1293, 1294, 1296 BGB zur Anwendung. Auf dem Gebiete des Familien- und des Erbrechts haben die Inhaberschuldverschreibungen Erwähnung gefunden in § 1362 Abs 1 mit der Eigentumsvermutung zugunsten des Ehemanns, in §§ 1381, 1646 mit dem zugunsten der Ehefrau und der Kinder wirksamen Eigentumserwerbe des Ehemanns und des Vaters, in §§ 1392, 1393, 1667, 1814, 1815, 1820, 1853, 2116, 2117 mit der zugunsten der Ehefrau, des Kindes oder Mündels, sowie des Nacherben dem Ehemanne, Vater, Vormund und Vorerben obliegenden Hinterlegung und Umschreibung oder Umwandlung. Soweit sonstige Reichsgesetze Bestimmungen auch für die Inhaberschuldverschreibungen enthalten, bleibt ihnen nach Art 32 EG die ihnen zukommende Geltung.

3. **Landesgesetzliche Vorschriften** über Inhaberschuldverschreibungen sind aufrechterhalten in Art 98 EG hinsichtlich der Rückzahlung oder Umwandlung verzinslicher Staatsschulden, für die Inhaberpapiere ausgegeben sind, in Art 99 EG hinsichtlich der öffentlichen Sparkassen, jedoch unter Wahrung der Vorschriften des § 808 und der Vorschriften des BGB über die Anlegung von Mündelgeld, in Art 100 EG, worin die Landesgesetzgebung ermächtigt wird, für Schuldverschreibungen des Staates oder einer ihm angehörenden öffentlichrechtlichen Körperschaft auf den Inhaber Ausnahmen von § 793 Abs 2 durch Vorschreibung einer besonderen Form und von § 804 Abs 1 (Anspruch auf Leistung bei Verlust des Papiers) zu treffen, in Art 101 hinsichtlich der Verpflichtung zur Umschreibung von Inhaberschuldverschreibungen des Staates oder einer öffentlichrechtlichen Körperschaft auf eine bestimmte Person abweichend von § 806 Satz 2, in Art 102 hinsichtlich der Kraftloserklärung und der Zahlungssperre für die in § 807 behandelten Karten und Marken sowie hinsichtlich der Kraftloserklärung der Ausweispapiere des § 808. Übergangsvorschriften enthalten die Artt 174—178 EG.

§ 793

Hat jemand eine Urkunde ausgestellt[2]**, in der er dem Inhaber der Urkunde eine Leistung verspricht (Schuldverschreibung auf den Inhaber)**[1]**, so kann der Inhaber von ihm die Leistung nach Maßgabe des Versprechens verlangen, es sei denn, daß er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist**[3]**. Der Aussteller wird jedoch auch durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit**[4]**.**

Die Gültigkeit der Unterzeichnung kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung von der Beobachtung einer besonderen Form abhängig gemacht werden. Zur Unterzeichnung genügt eine im Wege der mechanischen Vervielfältigung hergestellte Namensunterschrift[5]**.**

E I 685, 687 II 722; M 2 694—698; P 2 527—537, 559—561; 6 209.

1. Über die rechtliche Natur der **Schuldverschreibung auf den Inhaber** ist in Vorbem 1 gehandelt. Die Verpflichtung aus der Schuldverschreibung wird begründet durch das einseitige Leistungsversprechen des Ausstellers. Daß nicht ein Vertrag zwischen dem Aussteller und dem ersten Inhaber, zugleich zugunsten der Nachmänner (Vertragslehre), auch nicht die Ausgabehandlung des Ausstellers (Begebungs- oder Emissionslehre), sondern allein das Leistungsversprechen des Ausstellers in der Urkunde (Schaffungs- oder Kreationslehre) nach dem BGB den Rechtsgrund der Verpflichtung bildet, ergeben deutlich die in den §§ 793 u. 794 enthaltenen Vorschriften (vgl. auch M 2, 695). Selbstverständlich kann aber die verpflichtende Kraft der Urkunde erst wirksam werden, wenn die Inhaberschuldverschreibung aus der Hand des Ausstellers in die eines Dritten und damit in den Verkehr gelangt ist. RG JW 1913, 200[12] läßt unentschieden, ob der Schaffungs- oder der Begebungslehre zu folgen sei (Begebung durch Aushändigung zwecks Verpfändung). — Die Urkunde braucht das Leistungsversprechen an den Inhaber nicht wörtlich zu enthalten, muß aber unzweideutig ergeben, daß der Aussteller lediglich dem Inhaber verpflichtet sein,

also nicht bloß eine einfache Ausweis- oder Beweisurkunde herstellen will. Anderseits braucht die Urkunde, um als Inhaberpapier zu erscheinen, nicht notwendig ein selbständiges Schuldversprechen zu enthalten, wenn dies auch der regelmäßige Fall ist; sie kann vielmehr auch einen Schuldgrund angeben, so daß der Aussteller später die darauf gestützten Einreden, § 796, geltend machen kann. Die Leistung kann eine Geldsumme oder einen sonstigen Gegenstand betreffen. Zur Verbriefung von Geldleistungen dienen namentlich die vom Reiche ausgegebenen unverzinslichen, auf Sicht zahlbaren Reichskassenscheine, RGes. betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen v. 30. 4. 74, insbesondere §§ 1, 5, 6 und v. 5. 6. 06, RGBl 730, sowie die auf Grund des BankG v. 14. 3. 75 von der Reichsbank (§§ 16, 18) oder von andern Banken auf Grund reichsgesetzlicher Ermächtigung ausgegebenen, unverzinslichen, auf Vorzeigung von den Ausgabestellen sofort einzulösenden Banknoten (RG 22, 267), ferner die zur vorübergehenden Verstärkung der Betriebsmittel der Reichshauptkasse mit bestimmter Umlaufszeit ausgegebenen Schatzanweisungen des Reiches, Reichsschuldenordnung vom 19. 3. 00 §§ 1, 7, 8, ingleichen die sonstigen verzinslichen Schuldverschreibungen des Reiches und der Einzelstaaten mit den dazugehörigen Zinsscheinen (RG 74, 339), Reichsschuldenordnung § 21, die mit staatlicher Genehmigung ausgegebenen Inhaberschuldscheine von juristischen Personen oder einzelnen Privatpersonen, insbesondere die von den preußischen Landschaften, d. i. Verbänden der Grundstückseigentümer, oder gemäß dem HypBankG v. 13. 7. 99 von Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Hypothekenbanken) auf Grund der erworbenen Hypotheken und zur Beschaffung der dafür erforderlichen Mittel ausgegebenen verzinslichen Hypothekenpfandbriefe, soweit sie auf den Inhaber lauten (s. §§ 1, 6—9 des angef. Ges.), nebst zugehörigen Zinsscheinen, nicht minder die Gewinnanteil-(Dividenden-)Scheine von Aktiengesellschaften (RG 58, 10 und 77, 333). Die von den Gemeinden während des Krieges ausgegebenen Kleingeldgutscheine sind Inhaberschuldverschreibungen, wenn sie den Vermerk enthalten, daß sie an allen städtischen Kassen jederzeit in Zahlung genommen werden und mit staatlicher Genehmigung (§ 795 Abs 1) in den Verkehr gebracht sind (RGSt 51, 410). Keine Inhaberschuldverschreibungen sind dagegen die Zinsscheine von den Rentenverschreibungen der preußischen Rentenversicherungsgesellschaft in Berlin, welche an das fortdauernde Leben bestimmter Versicherter geknüpft sind (OLG 5, 147), sowie die Anteilscheine der Gesellschaften mit beschränkter Haftpflicht (RGes. v. 20. 4. 92 § 15), die sich nicht als selbständige Wertträger, sondern nur als Beweisurkunden darstellen (RG 53, 109). Keine Schuldverschreibungen auf den Inhaber sind auch die Zinserneuerungsscheine (Talons), da sie eine selbständige Verpflichtung nicht enthalten; sie sind, auch wenn sie auf den Inhaber lauten, nur Ausweispapiere (RG 74, 339; vgl. zu § 808). Lotterielose haben in der Regel den Charakter von Schuldverschreibungen auf den Inhaber (RG JW 1912, 861[19]). — Unter den auf andere als Geldleistungen gerichteten Inhaberschuldverschreibungen sind hervorzuheben die Lagerscheine, welche nicht bloß auf Order (HGB § 363 Abs 2, § 424), sondern auch auf den Inhaber gestellt werden können (RG 59, 374), sowie die in § 807 angeführten Karten und Marken. Der Zusatz einer Schuldverschreibung, insbesondere eines Lager- oder Ladescheins „für Inhaber oder an Order" macht, wenn keine bestimmte Person darin als Gläubiger benannt ist, deren Order maßgebend sein soll, das Inhaberpapier nicht zum Orderpapier (RG 78, 149).

2. Der **Aussteller** der Inhaberschuldverschreibung kann das Reich, ein einzelner Bundesstaat, eine öffentlichrechtliche Körperschaft, ein mit Körperschaftsrechten ausgestatteter Verein oder auch eine einzelne Person sein. An und für sich ist die Ausstellung einem jeden gestattet („hat jemand eine Urkunde ausgestellt"); Beschränkungen aber bestehen für im Inland ausgestellte Inhaberschuldverschreibungen, in welchen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, die nach § 795 an die staatliche Genehmigung geknüpft sind, für Inhaberpapiere mit Prämien, welche innerhalb des Deutschen Reiches nur auf Grund eines Reichsgesetzes und nur zum Zwecke der Anleihe des Reiches oder eines Bundesstaats ausgegeben werden dürfen (RGes., betr. die Inhaberpapiere mit Prämien, v. 8. 6. 71), für Banknoten, deren Ausgabe gleichfalls nur auf Grund einer durch Reichsgesetz erlangten Befugnis erfolgen darf (BankG v. 14. 3. 75 § 1). Daneben können öffentlichrechtliche Beschränkungen aus polizeilichen, verwaltungsrechtlichen oder finanzpolitischen Erwägungen bestehen, z. B. bei Lotterien (§ 763).

3. Gläubiger ist der Eigentümer der Schuldverschreibung, indem sein Forderungsrecht sich in der Urkunde, einer beweglichen Sache, als Trägerin dieses Rechtes, verkörpert und mit dieser gemäß §§ 929, 932, 935 Abs 2 übertragen wird (RG 58, 10). Zur Ausübung des Gläubigerrechts ist an sich schon der **Inhaber** befugt (RG 18. 6. 06 I 480/05), der hierbei zunächst lediglich die Urkunde vorzulegen braucht, zu dieser Vorlegung aber in allen Fällen der Ausübung (Anforderung, Mahnung, Empfangnahme der Leistung, Widerspruch gegen die Ausgabe neuer Zinsscheine im Falle des § 805) verpflichtet ist. Der Inhaber ist jedoch zur Ausübung des Forderungsrechts nur dann befugt, wenn seine Inhabung eine

berechtigte, auf das Eigentum oder ein anderes Recht, insbesondere ein Pfandrecht oder ein Verfügungsrecht an der Urkunde, wie das des Konkursverwalters oder des Ehemanns sich stützende ist; er ist nicht befugt, wenn er zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt ist, ein Umstand, der einredeweise („es sei denn") vom Schuldner darzutun ist. Dieser Fall der Nichtberechtigung liegt namentlich dann vor, wenn der Inhaber bei Erwerb der Urkunde (oder bei Annahme derselben zum Pfande) sich nicht in gutem Glauben befand, wenn ihm insbesondere zu dieser Zeit bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt war, daß die Sache nicht dem Veräußerer (oder Verpfänder) gehörte (vgl. AHGB Artt 306, 307; StGB § 259; BGB § 932; RG 6, 22; 28, 109; 41, 207. S. auch § 794 A 2, § 796 A 4). Der Inhaber ist auch dann nicht der Berechtigte, wenn er zwar den Besitz der Urkunde in einwandfreier Weise erlangt hat, aber auf Grund eines Rechtsverhältnisses (z. B. als Verwahrer), aus dem er die Befugnis zur Veräußerung oder Verpfändung nicht entnehmen kann. Die Eigentumsvermutung des § 1006 kommt dem Besitzer eines Inhaberpapiers zugute (RG JW 1913, 30[18]). Anderseits berechtigt auch das bloße Eigentum ohne den Besitz des Papiers nicht; die Inhaberschaft ist erste und unerläßliche Voraussetzung des Rechtes aus dem Papier (RG Warn 1914 Nr 16).

4. Der Aussteller ist der Schuldner aus dem Inhaberpapier und hat die versprochene Leistung nach Maßgabe seines Versprechens an den Inhaber zu bewirken. Ist der Inhaber nicht Eigentümer der Urkunde oder sonst zur Ausübung des Gläubigerrechts nicht befugt, so kann der Aussteller die Leistung verweigern. Der Aussteller ist jedoch zur Prüfung der Verfügungsberechtigung des Inhabers nicht verpflichtet, wird vielmehr auch **durch die Leistung an einen nicht zur Verfügung berechtigten Inhaber befreit.** Streitig ist, ob dies auch gilt, wenn dem Aussteller bei der Leistung die Nichtberechtigung des Inhabers bekannt war. Den Wortlaut des § 793 Abs 1 Satz 2 und auch die Auslassungen der Materialien zu dem entsprechenden § 687 des E I (M 2, 697; Prot 2, 536) hat die herrschende Lehre für sich, wonach der Aussteller auch in solchem Falle von seiner Verpflichtung aus der Urkunde befreit wird und sich nur gemäß §§ 823, 826 dem berechtigten Eigentümer des Papiers gegenüber schadensersatzpflichtig macht, wenn er durch die wissentliche Leistung an den Nichtberechtigten sich der Begünstigung einer gegen den Eigentümer verübten strafbaren Handlung, z. B. durch Einlösung eines gestohlenen Inhaberpapiers, schuldig macht oder sonst in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise dem Eigentümer vorsätzlich Schaden zufügt (so Staudinger A V 4, Planck A 3, sowie die 1. Aufl. dieses Werkes). Allein richtigerweise wird aus dem Gesichtspunkte, daß offenbarer Unredlichkeit ein Rechtsschutz nicht zuteil werden darf, die Befreiung des Ausstellers von der Verpflichtung in diesem Falle zu verneinen sein. Denn Gläubiger ist nur der berechtigte Inhaber, und das Recht des Ausstellers, auch an den Nichtberechtigten ohne Prüfung der Berechtigung zu leisten, greift nicht durch, wo es sich gar nicht um die Unterlassung einer Prüfung, sondern um die Unterdrückung besseren Wissens handelt. Die Erleichterung der Leistung für den Aussteller, die das Gesetz geschaffen hat, deckt keine offenbare Unredlichkeit (so Oertmann A 4, Staub, Exkurs zu § 365 HGB A 2 u. a.). Mit dieser Frage im Zusammenhange, aber doch auch wieder von ihr verschieden ist die weitere Streitfrage, ob der Aussteller auch durch die Leistung an einen geschäftsunfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Inhaber befreit wird. Die Frage ist an sich zu bejahen und mit Planck A VIe und Staudinger a. a. O. (a. M. Oertmann A 5) anzunehmen, daß nach dem Willen des Gesetzgebers der Aussteller, der von der Prüfung des Verfügungsrechts des Inhabers befreit ist, aus denselben Gründen auch von der Prüfung der Verfügungsfähigkeit entbunden sein soll. Entsprechend der hier vertretenen Lösung der ersten Streitfrage wird der Aussteller jedoch nicht als befreit anzusehen sein, wenn er von der Geschäftsunfähigkeit des Inhabers Kenntnis hatte und seine Leistung an diesen sich als Unredlichkeit, als offenbarer Verstoß wider Treu und Glauben darstellt.

5. Die Inhaberschuldverschreibung muß, um gültig zu sein, den für die Herstellung von Urkunden bestehenden Erfordernissen entsprechen, insbesondere mit der **Namensunterschrift des Ausstellers** versehen sein. Hierzu genügt in Abweichung von § 126 nach Abs 2 auch eine mechanische (faksimilierte) Vervielfältigung der Namensunterschrift, nicht aber der bloße Unterdruck der Firma oder der Körperschaft. Anderseits kann durch eine in die Urkunde aufgenommene Bestimmung noch die Beobachtung einer weiteren Form, insbesondere eine Ausfertigung erfordert werden. Diese ist z. B. bei den Inhaberschuldverschreibungen des Reiches durch eigenhändige Unterschrift des Vermerks „Ausgefertigt" seitens des damit beauftragten Beamten, bei Zinsscheinen und Erneuerungsscheinen durch Aufdruck eines den Reichsadler enthaltenden Trockenstempels zu bewirken (Reichsschuldenordnung § 4), wobei es, abweichend von § 793. der Aufnahme dieser Bestimmung in die Urkunde nicht bedarf. Eine gleiche Regelung kann nach EG Art 100 Nr 1 durch landesgesetzliche Vorschrift auch für die Inhaberschuldverschreibungen eines Bundesstaats oder einer ihm angehörenden Körperschaft des öffentlichen Rechtes erfolgen.

§ 794

Der Aussteller wird aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber auch dann verpflichtet, wenn sie ihm gestohlen worden oder verloren gegangen oder wenn sie sonst ohne seinen Willen in den Verkehr gelangt ist[1]).

Auf die Wirksamkeit einer Schuldverschreibung auf den Inhaber ist es ohne Einfluß, wenn die Urkunde ausgegeben wird, nachdem der Aussteller gestorben oder geschäftsunfähig geworden ist[2]).

E I 686 II 723; M 2 697; P 2 537.

1. Auch bei den **dem Aussteller gestohlenen oder verlorengegangenen oder sonst abhanden gekommenen Inhaberschuldverschreibungen** bleibt die durch das einseitige Leistungsversprechen begründete Verpflichtung desselben an sich bestehen, jedoch nur dem redlichen Erwerber gegenüber, während der unredliche Inhaber nach §§ 793, 932, 935, HGB § 366 keine Rechte daraus herleiten kann. S. unten § 796.

2. **Tod oder Geschäftsunfähigkeit** des Ausstellers sind einflußlos, wenn die vorher ausgestellte Urkunde nach einem derartigen Ereignis auf irgendeine Weise in den Verkehr gelangt ist.

§ 795

Im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, dürfen nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden[1]).

Die Genehmigung wird durch die Zentralbehörde des Bundesstaats erteilt, in dessen Gebiete der Aussteller seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hat. Die Erteilung der Genehmigung und die Bestimmungen, unter denen sie erfolgt, sollen durch den Deutschen Reichsanzeiger bekanntgemacht werden.

Eine ohne staatliche Genehmigung in den Verkehr gelangte Schuldverschreibung ist nichtig; der Aussteller hat dem Inhaber den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen[2]).

Diese Vorschriften finden keine Anwendung auf Schuldverschreibungen, die von dem Reiche oder einem Bundesstaat ausgegeben werden.

E I 701 Abs 1—3 II 724; M 2 718—721; P 2 555—558; 6 41.

1. **Staatliche Genehmigung** ist für die auf Zahlung einer **bestimmten Geldsumme** gerichteten inländischen Schuldverschreibungen, welche im Inlande in den Verkehr gebracht werden sollen, vorgeschrieben, damit schwindelhafte Banknotenausgaben und Störungen des Staatskredits durch unbefugte Ausgabe von Privatschuldverschreibungen vermieden werden. Dies gilt auch von Grundschuldbriefen auf den Inhaber (**RG** 59, 381), aber nicht von ausländischen oder von inländischen auf Zahlung einer unbestimmten Geldsumme oder auf eine andere Leistung als Geld gerichteten Inhaberpapieren, insbesondere nicht von Gewinnanteil- und Lagerscheinen, ferner nicht von den Inhaberschecks, solange sie nicht angenommen sind, den Legitimations- und Orderpapieren und den zu letzteren gehörigen Zinsscheinen. Zinsscheine auf den Inhaber sind, soweit sie zu Inhaberschuldverschreibungen ausgegeben werden, durch die für diese erteilte staatliche Genehmigung mitgedeckt; anders, wenn sie zu den auf den Namen lautenden Geldschuldverschreibungen ausgegeben werden (**RG** 74, 339; a. M. wenigstens für Zinsscheine von Orderpapieren aber Oertmann A 1). Nur für das **Inverkehrbringen** nicht auch schon für die Ausstellung ist die staatliche Genehmigung erforderlich. Über die Ausnahme bei Schuldverschreibungen des Reiches oder der Bundesstaaten s. Abs 4. Über die Kleingeldgutscheine der Stadtgemeinden vgl. unter § 793 A 1.

2. Die Schuldverschreibung ist **nichtig** und der Aussteller hat dem Inhaber den **Schaden zu ersetzen,** der diesem durch die Ausgabe des nichtigen Papiers insofern verursacht worden ist, als er beim Erwerb auf dessen Gültigkeit vertraute, also in der Regel nicht den Nennwert des Papiers, sondern den vom Inhaber dafür gegebenen Betrag. Diese Schadenspflicht kann nach § 254 gemindert oder aufgehoben werden, wenn der Inhaber beim Erwerbe den Mangel der staatlichen Genehmigung gekannt hat. — Streitig ist, ob diese Schadenspflicht auch dann eintritt, wenn die Schuldverschreibung nicht von dem Aussteller oder einem Beauftragten desselben, sondern ohne dessen Willen von einem Dritten, in den Verkehr gebracht worden ist. Diese Frage wird zu verneinen sein. Denn wenn es in § 795 Abs 3

heißt: „Der Aussteller hat dem Inhaber den durch die Ausgabe verursachten Schaden zu ersetzen", so ist darunter nach dem Wortlaut und nach den für die Schadensersatzpflicht geltenden Voraussätzen derjenige Schaden zu verstehen, den der Aussteller durch die von ihm bewirkte Ausgabe verursacht hat. Hierfür spricht weiter auch der im EG Art 34 IV eingestellte § 145a StGB, wonach derjenige mit einer Geldstrafe belegt werden soll, der eine Inhaberschuldverschreibung der angegebenen Art ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt. Es ist nicht anzunehmen, daß die Schadenspflicht des Ausstellers von andern Voraussetzungen abhängig gemacht sein sollte als seine Strafbarkeit, die durch das Inverkehrbringen seitens des Ausstellers mit bedingt ist. Hiermit stimmt endlich auch die Bemerkung in den Motiven zu § 795 Bd. 2 S. 720 überein: „Die erste Voraussetzung der Schadensersatzpflicht ist, daß der Aussteller das Papier ausgegeben hat. Daß das Papier in den Verkehr gelangt ist . . . . gilt nicht als genügend."

§ 796

[1]) Der Aussteller kann dem Inhaber der Schuldverschreibung nur solche Einwendungen entgegensetzen, welche die Gültigkeit der Ausstellung betreffen[2]) oder sich aus der Urkunde ergeben[3]) oder dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen[4]).

E I 689 II 725; M 2 699—701; P 2 540, 541.

1. **Einwendungen des Ausstellers.** Infolge des für die Inhaberschuldverschreibungen geltenden Grundsatzes, daß jedem Inhaber des Papiers ein selbständiger, von dem Rechte des Vormanns unabhängiger Anspruch aus demselben zusteht, ist auch die Zahl der dem Aussteller gegen den Inhaber gegebenen Einreden im Anschluß an WO Art 82 und AHGB Art 303, sowie im Einklang mit HGB § 364 nur eine beschränkte.

2. Zugelassen sind zunächst die **Einwendungen gegen die Gültigkeit der Ausstellung.** Diese können darauf gestützt werden, daß die Urkunde überhaupt nicht vom Aussteller herrühre oder gefälscht sei, daß die Herstellung eine unvollständige sei, insbesondere der Ausfertigungsvermerk fehle, oder auch darauf, daß der Aussteller bei der Ausstellung geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt gewesen sei, §§ 104ff., oder die Urkunde in erkennbarer Weise nur zum Scherze ohne ernstliche Absicht gefertigt habe. Streitig ist, ob der Aussteller dem jeweiligen Inhaber auch eine Einrede wegen eines bei der Ausstellung wirksam gewesenen Irrtums, Betrugs oder Zwanges (§§ 119, 123) entgegensetzen könne. Mit Dernburg (II 1 § 150 IIa) ist diese Frage im wesentlichen zu verneinen. Denn die Ausstellung wird nach § 142 durch die angeführten Willensmängel nicht ohne weiteres, sondern erst dann ungültig, wenn sie von dem Aussteller angefochten worden ist. Die Anfechtung aber ist nach § 123 Abs 2, § 143 Abs 4 nur demjenigen gegenüber zulässig, welcher die ausgestellte Urkunde unmittelbar vom Aussteller erhalten oder durch die Ausstellung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt hat. Letztere Voraussetzung trifft bei dem späteren Erwerber der Urkunde nicht zu. Anders, wenn der Inhaber zugleich der erste Erwerber der Urkunde ist oder von der gegen seinen Vormann erfolgten Anfechtung Kenntnis erhalten hat (s. hierüber unten A 4).

3. Einreden, **welche sich aus der Urkunde ergeben,** können auf die darin enthaltenen Zeitbestimmungen, Bedingungen und Vorbehalte gestützt und namentlich auch aus einem darin ausgesprochenen Schuldgrunde (s. o. § 793) hergeleitet werden.

4. Als Einreden, **welche dem Aussteller unmittelbar gegen den Inhaber zustehen,** sind zunächst diejenigen aufzuführen, welche aus den persönlichen Rechtsbeziehungen des Ausstellers zum Inhaber entnommen werden, wie diejenigen der Stundung, Zahlung, Aufrechnung. Hierher gehören auch die dem Aussteller gegen den Inhaber, wenn solcher die Urkunde unmittelbar von ihm erworben hat, zustehenden Einreden des Irrtums, Zwanges und Betrugs (s. o. A 2). Zulässig ist ferner nach § 793 Abs 1 der Einwand des Ausstellers, daß der Inhaber zur Verfügung über die Urkunde nicht berechtigt sei, dieselbe insbesondere nicht in gutem Glauben an das Recht seines Veräußerers erworben, vielmehr den ihr anhaftenden Mangel (daß sie insbesondere dem berechtigten Eigentümer gestohlen oder verlorengegangen oder abhandengekommen sei) gekannt oder grob fahrlässig nicht gekannt habe, §§ 932, 935. Als grob fahrlässig gilt aber auch derjenige Inhaber, welcher beim Erwerbe des Papiers die Prüfung bezüglich des rechtmäßigen Besitzes seines Vormanns unterlassen hat, obschon ihn besondere Umstände, wie Angebot des Papiers ohne Erneuerungs- und Zinsscheine oder Angebot durch einen unbekannten oder in unreifem Alter stehenden Menschen, zu einer derartigen Prüfung veranlassen mußten. Wegen des Ausschlusses des guten Glaubens bei einem Kaufmanne, der Bankier- und Geldwechslergeschäfte betreibt und in diesem Betriebe Inhaberpapiere zu Eigentum oder Pfand annimmt, s. HGB § 367. Unwirksam aber ist die Kenntnis des Inhabers von dem beim Aussteller erfolgten Diebstahl

oder Verlust und die darauf gestützte Einrede des Ausstellers, wenn hierüber der Rechtsvorgänger des Inhabers oder ein Vormann in gutem Glauben gewesen und hiermit das Recht des Ausstellers erloschen war (RG 37, 69). Im übrigen stehen dem Aussteller Einreden aus der Person eines Vormanns des Erwerbers, die mit dem Erwerb der Urkunde nicht zusammenhängen, nicht zu (M 2, 701), dies auch dann nicht, wenn der Inhaber beim Erwerb der Urkunde die der Einrede zugrunde liegenden Tatsachen gekannt haben sollte. Streitig ist, inwieweit der Aussteller aus dem Verhältnis des Inhabers zum Vormann die Einrede der Arglist herleiten kann. Der Aussteller wird hierzu nach der herrschenden Ansicht zunächst dann befugt sein, wenn der Inhaber beim Erwerb der Urkunde die dem Aussteller gegen den Vormann zustehende Einrede (z. B. des teilweisen Erlasses der im Papier verbrieften Schuld) kannte und die Urkunde gerade zu dem Zwecke, dem Aussteller diese Einrede abzuschneiden oder ihm sonst Schaden zuzufügen, an sich gebracht hat. Denn hierdurch macht sich der Inhaber eines arglistigen Verhaltens unmittelbar gegen den Aussteller schuldig. Erhält dagegen der Inhaber erst nach dem Erwerb der Urkunde von einer solchen Einrede Kenntnis, so ist er dadurch an sich an der Geltendmachung des Rechtes aus der Urkunde nicht behindert und den gegen den Vormann begründeten Einwendungen des Ausstellers nicht ausgesetzt, es sei denn, daß er diese Geltendmachung nur, um dem Aussteller Schaden zuzufügen oder nur zum Schein im eigenen Namen, in Wirklichkeit aber als vorgeschobene Person für den Vormann, unternehmen würde (§§ 226, 826; RG 4, 101; 11, 9).

§ 797

Der Aussteller ist nur gegen Aushändigung der Schuldverschreibung zur Leistung verpflichtet[1]). Mit der Aushändigung erwirbt er das Eigentum an der Urkunde, auch wenn der Inhaber zur Verfügung über sie nicht berechtigt ist[2]).

E I 688 II 726; M 2 698; P 2 540; 6 209.

1. **Die Leistung des Ausstellers** hat, da es sich dabei regelmäßig um eine Holschuld handelt, an dem Orte zu erfolgen, wo dieser zur Zeit der Ausstellung seinen Wohnsitz oder seine gewerbliche Niederlassung hatte, und zwar zu der Zeit, die in der Urkunde angegeben ist, beim Mangel einer solchen Angabe alsbald bei Vorlegung der Urkunde, in jedem Falle aber nur (Zug um Zug) gegen Aushändigung derselben, abgesehen von ihrer Unbeibringlichkeit in den Fällen der §§ 799, 804. Bei Teilzahlungen ist der Aussteller zu einem entsprechenden Vermerk auf der Urkunde berechtigt (vgl. WO Art 39). Gibt der Aussteller die Urkunde nach erfolgter Einlösung unter Fortdauer seines Verpflichtungswillens weiter, so lebt auch seine Verpflichtung aus derselben wieder auf (RG 18, 6).

2. **Der Übergang des Eigentums auf den Aussteller** ist von der Verfügungsberechtigung des Inhabers darüber nicht abhängig. Ob er auch dann eintritt, wenn der Aussteller die Nichtberechtigung des Inhabers kennt, ist streitig; dafür Planck a. a. O. zu § 797, sowie die 1. Aufl. dieses Werkes. Dagegen Staudinger § 797 Bem 2b und Oertmann a. a. O. § 797 Bem 2, beide unter Berufung auf §§ 932, 935. Letzteren ist beizutreten. Die angezogenen §§ 932, 935 sind wenigstens entsprechend auch hier anwendbar. Vgl. im übrigen § 793 A 3 u. 4.

§ 798

Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber infolge einer Beschädigung oder einer Verunstaltung zum Umlaufe nicht mehr geeignet, so kann der Inhaber, sofern ihr wesentlicher Inhalt und ihre Unterscheidungsmerkmale noch mit Sicherheit erkennbar sind, von dem Aussteller die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber gegen Aushändigung der beschädigten oder verunstalteten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen[1]).

E I 699 II 727; M 2 713; P 2 554.

1. **Die Ausstellung neuer Schuldverschreibungen an Stelle von beschädigten oder verunstalteten** setzt voraus, daß die Urkunde nicht gänzlich vernichtet, sondern in ihrer Eigenart (Individualität) noch erkennbar ist. Weitere Voraussetzungen hierfür sind nicht erfordert (vgl. auch HGB § 229). Abweichende Vorschriften: a) für Reichskassenscheine in § 6 Abs 2 des Ges. v. 30. 4. 74, betr. die Ausgabe von Reichskassenscheinen, wonach für beschädigte oder unbrauchbar gewordene Exemplare Ersatz zu leisten ist, wenn das vorgelegte Stück zu einem echten Reichskassenschein gehört und mehr als die Hälfte eines solchen beträgt, während in anderen Fällen die ausnahmsweise Ersatzleistung dem pflichtmäßigen Ermessen der Reichs-

schuldenverwaltung überlassen bleibt; b) für **Banknoten** in § 4 Abs 2 des BankG v. 14. 3. 75, wonach für beschädigte Noten Ersatz zu leisten ist, sofern der Inhaber entweder einen Teil der Urkunde vorlegt, welcher größer ist als die Hälfte, oder den Nachweis führt, daß der Rest der Note, von welcher er einen geringeren Teil präsentiert, vernichtet sei — wogegen im übrigen für vernichtete oder verlorene Noten kein Ersatz geleistet wird. — Die Bestimmungen dieses Paragraphen gelten **nicht** für **Zinsscheine und Gewinnanteilscheine**, dagegen nach Art 174 EG auch für die **vor** dem Inkrafttreten des BGB ausgegebenen Inhaberschuldverschreibungen.

§ 799

[1]) Eine abhanden gekommene oder vernichtete Schuldverschreibung auf den Inhaber kann, wenn nicht in der Urkunde das Gegenteil bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden[2]). Ausgenommen sind Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine sowie die auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen[3]).

Der Aussteller ist verpflichtet, dem bisherigen Inhaber auf Verlangen die zur Erwirkung des Aufgebots oder der Zahlungssperre erforderliche Auskunft zu erteilen und die erforderlichen Zeugnisse auszustellen. Die Kosten der Zeugnisse hat der bisherige Inhaber zu tragen und vorzuschießen[4]) [5]).

E I 692 II 728 Abs 1; M 2 705, 706; P 2 546, 547; 6 385.

1. **Rechtsbehelfe des Inhabers bei Verlust oder Vernichtung,** nicht bloß Beschädigung oder Verunstaltung von Inhaberschuldverschreibungen sind: a) der Antrag auf Bekanntmachung im Reichsanzeiger durch eine öffentliche Behörde oder den Aussteller (HGB § 367), b) der Antrag auf Einleitung des Aufgebotsverfahrens zum Zwecke der Kraftloserklärung und auf Zahlungssperre.

2. Die **Kraftloserklärung** ist zulässig im Falle des Verlustes oder der Vernichtung bei Inhaberschuldverschreibungen, sofern in ihnen nicht das Gegenteil bestimmt ist, sowie bei den in § 808 erwähnten Legitimationspapieren mit dem unten zu erwähnenden Vorbehalte zugunsten der Landesgesetzgebung, ingleichen auch bei Schuldverschreibungen und Schatzanweisungen des Deutschen Reiches (Reichsschuldenordnung v. 19. 3. 00 §§ 17—19), bei Anteilscheinen der Reichsbank (s. VO v. 3. 9 00, betr. Abänderung des Statuts der Reichsbank, § 8), nicht minder bei Grundschuld- und Rentenschuldbriefen (§§ 1195, 1199). Das gleiche Verfahren findet auch statt bei (Inhaber-)Aktien- und Interimsscheinen (HGB § 228), bei Wechseln (WO Art 73), bei den im HGB § 363 aufgeführten, an Order ausgestellten kaufmännischen Anweisungen und Verpflichtungsscheinen. Eine Bestimmung des Gegenteils in der Urkunde, also einen Ausschluß der Kraftloserklärung durch Aufgebot, enthält der Vermerk auf einem Lotterielose, daß der Gewinnanspruch in einer bestimmten Frist nach der Ziehung unter Vorzeigung des Loses geltend gemacht werden müsse, nicht (RG JW 1912, 861[19]).

3. **Ausgeschlossen** ist die Kraftloserklärung bei den Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen, sowie bei den, den Banknoten gleichgestellten, auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen (jedoch mit dem unten zu erwähnenden Vorbehalt zugunsten der Landesgesetzgebung); bei den in § 807 aufgeführten Urkunden (Karten, Marken u. dgl.), bei den Reichskassenscheinen, § 6 des RGes. v. 30. 4. 74, sowie bei den Banknoten, § 4 des BankG v. 14. 3. 75. Bei den sonstigen Wertpapieren kann an die Stelle der Kraftloserklärung nach § 371 das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des Gläubigers treten, daß die Schuld erloschen sei.

4. **Das Verfahren bei der Kraftloserklärung** ist in der ZPO §§ 946ff. und namentlich §§ 1003—1017 geregelt. Vgl. hierzu in betreff der Schuldverschreibungen und Schatzanweisungen des Deutschen Reiches die Zusätze in §§ 16—18 der Reichsschuldenordnung v. 14. 3. 00, sowie in betreff der Anteilscheine der Reichsbank die Vorschrift in § 8 der angef. VO v. 3. 9. 00.

5. **Übergangsbestimmungen.** a) § 799 (nebst § 800) gilt auch für Kraftloserklärung und Zahlungssperre der vor dem Inkrafttreten des BGB ausgestellten Inhaberschuldverschreibungen (EG § 174), insbesondere auch der Inhaberschuldverschreibungen, Zinsscheine und Schatzanweisungen des Reiches (Reichsschuldenordnung § 21); dagegen gelten fort die bisherigen Gesetze über Kraftloserklärung und Zahlungssperre für die vor dem gedachten Zeitpunkt ausgestellten, auf Sicht zahlbaren unverzinslichen Schuldverschreibungen, Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine (EG Art 174). b) Erledigung eines beim Inkrafttreten des BGB anhängigen Verfahrens wegen Kraftloserklärung oder Zahlungssperre in betreff einer Inhaberschuldverschreibung oder einer in § 808 angeführten Legitimationsurkunde nach

den bisherigen Gesetzen und Fortgeltung der letzteren bezüglich der Wirkung des Verfahrens und der endlichen Entscheidung (EG Art 178). c) Unzulässigkeit der ferneren Außerkurssetzung von Inhaberschuldverschreibungen nach dem Inkrafttreten des BGB und Wirkungslosigkeit der vorher erfolgten Außerkurssetzung (EG Art 176). **Vorbehalte zugunsten der Landesgesetze** über die Kraftloserklärung und Zahlungssperre in Ansehung der in § 807 erwähnten, reichsgesetzlich der Kraftloserklärung nicht unterliegenden Urkunden, ingleichen zugunsten landesgesetzlicher Bestimmung eines andern als des Aufgebotsverfahrens für die Kraftloserklärung der in § 808 erwähnten Urkunden s. im EG Art 102.

§ 800

Ist eine Schuldverschreibung auf den Inhaber für kraftlos erklärt, so kann derjenige, welcher das Ausschlußurteil erwirkt hat, von dem Aussteller, unbeschadet der Befugnis, den Anspruch aus der Urkunde geltend zu machen, die Erteilung einer neuen Schuldverschreibung auf den Inhaber an Stelle der für kraftlos erklärten verlangen. Die Kosten hat er zu tragen und vorzuschießen[1]).

E I 695 II 728 Abs 2; M 2 708, 709; P 2 548.

1. **Wirkungen des rechtskräftigen Ausschlußurteils:** a) Befugnis des Antragstellers zur Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde (vgl. ZPO § 1018; WO Art 73). b) Anspruch auf Erteilung einer neuen Schuldurkunde an Stelle der für kraftlos erklärten, welcher Anspruch namentlich dann von Bedeutung ist, wenn das Recht aus der Urkunde bei der Kraftloserklärung noch nicht fällig ist. Dagegen hat der Antragsteller regelmäßig nicht die Befugnis, vor Erlaß des Ausschlußurteils die im Laufe des Verfahrens fällig werdenden Leistungen aus der Urkunde gegen Sicherheitsleistung einzufordern, was vielmehr nur vom Wechsel gilt (WO Art 73).

Im Falle der Anfechtung und Aufhebung des Ausschlußurteils sind Leistungen, die der Aussteller auf Grund des letzteren ohne Kenntnis von der Aufhebung gemacht hat, Dritten, insbesondere dem Anfechtungskläger gegenüber, wirksam (M 2, 709).

§ 801

Der Anspruch aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber erlischt mit dem Ablaufe von dreißig Jahren nach dem Eintritte der für die Leistung bestimmten Zeit, wenn nicht die Urkunde vor dem Ablaufe der dreißig Jahre dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt wird[1]). Erfolgt die Vorlegung, so verjährt der Anspruch in zwei Jahren von dem Ende der Vorlegungsfrist an[2]). Der Vorlegung steht die gerichtliche Geltendmachung des Anspruchs aus der Urkunde gleich.

Bei Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen beträgt die Vorlegungsfrist vier Jahre. Die Frist beginnt mit dem Schlusse des Jahres, in welchem die für die Leistung bestimmte Zeit eintritt.

Die Dauer und der Beginn der Vorlegungsfrist können von dem Aussteller in der Urkunde anders bestimmt werden[3]).

E I 691 II 729; M 2 703—705; P 2 542 ff.

1. Infolge Nichtvorlegung der Urkunde bis zum Ablauf von dreißig Jahren nach dem Eintritt der für die Leistung bestimmten Zeit **erlischt** der Anspruch aus der Schuldverschreibung. Ist eine solche Zeit in der Urkunde nicht bestimmt, so läuft die dreißigjährige Ausschlußfrist von der, nötigenfalls vom Gläubiger zu erweisenden Zeit der Ausstellung der Urkunde ab, da mit diesem Zeitpunkt im Zweifel die Leistungspflicht des Ausstellers beginnt, vgl. §§ 271, 793. A. M. (anstatt der dreißigjährigen Vorlegungs- und zweijährigen Verjährungsfrist die gewöhnliche Verjährung nach § 195) Planck zu § 801 2b und Staudinger zu § 801 III, jedoch ohne genügenden Grund, da gerade die gewöhnliche Verjährungsfrist, als für die Inhaberschuldverschreibung ungeeignet, vermieden werden soll und die gegenteilige Annahme überdies in der Regel zur Unverjährbarkeit des Anspruchs führen würde. Bei Lotterielosen wird die Fälligkeit der Gewinne durch die kalendermäßig festgesetzte Ziehung und durch das Erscheinen der Gewinnliste erkennbar bestimmt. Die Frist zur Abholung der Gewinne stellt zugleich die Vorlegungsfrist nach § 801 Abs 3 dar (RG JW 1912, 861[19]).

2. Für die **zweijährige Verjährungsfrist**, die vom Ende der Vorlegungsfrist, nicht vom Tage der Vorlegung ab, zu berechnen ist, gelten die für die regelmäßige Verjährung bestehenden Vorschriften.

3. Die **Abänderung der Vorlegungsfrist** ist zulässig, wenn sie in der Urkunde geschieht. S. für Lotterielose A 1. Sie kann für kürzer oder länger als dreißig Jahre bestimmt, jedoch nicht ganz beseitigt werden. Im Streitfalle ist der Fristablauf vom Aussteller, die Vorlegung der Urkunde vom Inhaber zu erweisen. — **Übergangsbestimmungen** für die vor dem Inkrafttreten des BGB ausgestellten Inhaberschuldverschreibungen s. im EG Art 174 Abs 2, wonach sich für Ansprüche aus denselben die Verjährung, unbeschadet der Vorschriften des § 802, nach den früheren Gesetzen bestimmt.

§ 802

Der Beginn und der Lauf der Vorlegungsfrist, sowie der Verjährung werden durch die Zahlungssperre zugunsten des Antragstellers gehemmt[1]). Die Hemmung beginnt mit der Stellung des Antrags auf Zahlungssperre; sie endigt mit der Erledigung des Aufgebotsverfahrens und, falls die Zahlungssperre vor der Einleitung des Verfahrens verfügt worden ist, auch dann, wenn seit der Beseitigung des der Einleitung entgegenstehenden Hindernisses sechs Monate verstrichen sind und nicht vorher die Einleitung beantragt worden ist. Auf diese Frist finden die Vorschriften der §§ 203, 206, 207 entsprechende Anwendung.

E I 694 II 730; M 2 707, 708; P 2 548; 6 386.

1. Die **Zahlungssperre**, welche zugunsten des Antragstellers den Beginn und Lauf der Vorlegungsfrist, sowie der Verjährung hemmt, besteht in dem auf Antrag an den Aussteller, sowie an die in dem Papier bezeichneten Zahlungsstellen zu erlassenden Verbot, an den Inhaber des Papiers eine Leistung zu bewirken, insbesondere neue Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine oder einen Erneuerungsschein auszugeben (ZPO § 1019). Die Zahlungssperre erfolgt entweder in Verbindung mit dem Aufgebotsverfahren und endigt alsdann mit dessen Erledigung oder sie kann, wenn die sofortige Einleitung des Aufgebotsverfahrens nach ZPO § 1015 Satz 2 nicht zulässig ist, beim Vorhandensein der übrigen Erfordernisse schon vor Einleitung des Aufgebotsverfahrens verfügt werden und endigt alsdann, wenn seit der Beseitigung des der Einleitung entgegenstehenden Hindernisses sechs Monate verstrichen sind und nicht vorher die Einleitung beantragt worden ist (ZPO §§ 1019, 1020). — Wegen des bei der Zahlungssperre einzuhaltenden Verfahrens s. im übrigen ZPO §§ 1019—1022. Vgl. auch EG Art 174 Abs 1 u. oben § 801 A 3 a. E.

§ 803

Werden für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber Zinsscheine ausgegeben, so bleiben die Scheine, sofern sie nicht eine gegenteilige Bestimmung enthalten, in Kraft, auch wenn die Hauptforderung erlischt oder die Verpflichtung zur Verzinsung aufgehoben oder geändert wird[1]).

Werden solche Zinsscheine bei der Einlösung der Hauptschuldverschreibung nicht zurückgegeben, so ist der Aussteller berechtigt, den Betrag zurückzubehalten, den er nach Abs 1 für die Scheine zu zahlen verpflichtet ist[2])[3]).

E I 690 II 731; M 2 701—703; P 2 541, 542.

1. **Zinsscheine**, welche für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber ausgegeben werden, bilden selbständige, von dem Fortbestand und der Wirksamkeit der Schuldverschreibung unabhängige Inhaberpapiere (RG 74, 339). Sie begründen, wenn darin nichts Abweichendes bestimmt ist, für sich allein den Zinsanspruch dergestalt, daß derselbe von dem Inhaber der Hauptschuldurkunde lediglich auf Grund dieser nicht erhoben werden kann (RG 4, 142; 14, 154). Nur dann bedarf es bei der Einforderung der Zinsen der Vorlegung des Zinsscheins nicht, wenn der Aussteller widerrechtlich die ihm obliegende Ausfolgung neuer Zinsscheine verweigert hat; denn alsdann steht seiner auf die Nichtvorlegung der Zinsscheine gestützten Einrede die Gegeneinrede der Arglist entgegen (RG 31, 147). Neben der selbständigen Natur des Scheines kommt indessen der Umstand, daß er auf Zinsen von einer Hauptschuld lautet, wenigstens insofern in Betracht, als der darauf gestützte Anspruch dem Verbot des Zinseszinses §§ 248, 289, sowie der vierjährigen Verjährung nach § 197 unterliegt (RG 5, 257; 14, 154; 31, 147).

Andere Grundsätze als für die Zinsscheine gelten für die **Renten- und Gewinnanteil- (Dividenden-) Scheine**, sowie für die **Erneuerungsscheine** (Talons). Der Anspruch aus dem Dividendenscheine ist kein von vornherein bestimmter, sondern durch die Festsetzung eines bestimmten Gewinnanteils seitens der zuständigen Gesellschaftsorgane bedingt und an den Fortbestand der Stammurkunde dergestalt gebunden, daß er zugleich mit dem Recht aus derselben erlischt (HGB § 228 Abs 2; RG 15, 97; 22, 113). Der Gewinnanteilschein ist demnach nur ein Inhaberpapier im weiteren Sinne (RG 77, 333). § 803 kann für ihn nicht gelten wegen der Unbestimmtheit des Anspruchs. Der Erneuerungsschein ist überhaupt kein selbständiges Inhaberpapier, sondern nur ein zur Stammurkunde gehöriges Ausweispapier, durch welches die beschwerende und gefährdende Vorlegung der Urkunde bei Erhebung neuer Zinsscheine erspart werden soll. Mit der Hinfälligkeit der Haupturkunde wird daher der Erneuerungsschein ebenfalls kraftlos (RG 23, 269; 31, 147; 74, 339).

2. **Dieses Zurückbehaltungsrecht des Ausstellers** wird vom Gläubiger durch Nachlieferung der Zinsscheine beseitigt und auch nach § 273 Abs 3 durch Sicherheitsleistung abgewendet werden können.

3. **Übergangsbestimmungen** für Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, welche nach dem Inkrafttreten des BGB für ein vor dieser Zeit ausgestelltes Inhaberpapier ausgegeben werden, s. im EG Art 175. Vgl. jedoch bezüglich der fortdauernden Anwendbarkeit des § 804 das EG Art 174.

§ 804

Ist ein Zins-, Renten- oder Gewinnanteilschein abhanden gekommen oder vernichtet und hat der bisherige Inhaber den Verlust dem Aussteller vor dem Ablaufe der Vorlegungsfrist angezeigt, so kann der bisherige Inhaber nach dem Ablaufe der Frist die Leistung von dem Aussteller verlangen[1]). Der Anspruch ist ausgeschlossen, wenn der abhanden gekommene Schein dem Aussteller zur Einlösung vorgelegt oder der Anspruch aus dem Scheine gerichtlich geltend gemacht worden ist, es sei denn, daß die Vorlegung oder die gerichtliche Geltendmachung nach dem Ablaufe der Frist erfolgt ist. Der Anspruch verjährt in vier Jahren[2]).

In dem Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheine kann der im Abs 1 bestimmte Anspruch ausgeschlossen werden[3])[4]).

E I 697 II 732; M 2 709—712; P 2 548—550.

1. Bei **abhandengekommenen oder vernichteten Zins-, Renten- oder Gewinnanteilscheinen** tritt an die Stelle des Aufgebotsverfahrens die Anzeige vom Verlust an den Aussteller, die von dem bisherigen Inhaber, und zwar vor dem Ablauf der vierjährigen Vorlegungsfrist zu erstatten ist. Wird bis zu diesem Zeitpunkte der verlorene Schein von anderer Seite nicht vorgelegt, so kann der bisherige Inhaber die Leistung von dem Aussteller verlangen, da der Anspruch eines etwaigen andern Inhabers mit dem Ablauf der Vorlegungsfrist erloschen ist. Erfolgt dagegen von anderer Seite die rechtzeitige Vorlegung an den Aussteller, so ist dieser zur Leistung an den Vorlegenden und zur Verweigerung der Leistung an den Verlustträger berechtigt; letzterer kann sich alsdann durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung schützen. Im Streitfalle hat der Verlustträger seinen Verlust und die Anzeige desselben zu erweisen, während dem Aussteller die Beweislast dafür, daß die Vorlegung oder gerichtliche Geltendmachung von anderer Seite erfolgt sei und in solchem Falle dem Verlustträger die Beweislast dafür obliegt, daß diese Maßnahme erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist erfolgt sei.

2. **Die vierjährige Verjährungsfrist** beginnt mit dem Ablauf der Vorlegungsfrist, mit welcher der Anspruch des Verlustträgers auf Einlösung des verlorenen Scheines entsteht (§ 198). So namentlich die M 2, 712. A. M. Planck § 804 A 3 unter Bezugnahme auf § 201, welcher jedoch um deswillen außer Anwendung bleiben muß, weil hier an die Stelle des ursprünglichen Zinsenanspruchs ein eigenartiger, auf § 804 beruhender Anspruch getreten ist.

3. **Der Ausschluß des Anspruchs** ist im Zinsschein selbst zu erklären. Bei Zinsscheinen von Schuldverschreibungen oder Schatzanweisungen des Reiches ist der Anspruch ausgeschlossen, ohne daß es der ausdrücklichen Bestimmung der Ausschließung im Scheine bedarf (Reichsschuldenordnung § 16 Abs 2). Vgl. jedoch auch § 16 Abs 3. Fortdauer landesgesetzlicher Vorschriften mit gleichem Inhalt, wie der angef. § 16 Abs 2 nach EG Art 100 Ziff 2.

4. Vorbehalt für die **Landesgesetzgebung** in Art 100 EG; **Übergangsvorschriften** s. im EG Art 174 Abs 1 Satz 1; Art 175.

§ 805

Neue Zins- oder Rentenscheine für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber dürfen an den Inhaber der zum Empfange der Scheine ermächtigenden Urkunde (Erneuerungsschein) nicht ausgegeben werden, wenn der Inhaber der Schuldverschreibung der Ausgabe widersprochen hat[1]. Die Scheine sind in diesem Falle dem Inhaber der Schuldverschreibung auszuhändigen, wenn er die Schuldverschreibung vorlegt.

E I 698 II 733; M 2 712; P 2 552 ff.; 6 143.

1. Auf Grund des **Erneuerungsscheins** (Talons) kann dessen Inhaber vom Aussteller die Aushändigung neuer Zins- oder Rentenscheine verlangen. Daneben ist aber auch der Inhaber der Schuldverschreibung, als deren Zubehör der Erneuerungsschein anzusehen ist, zur Anforderung der neuen Scheine befugt und kann der Aushändigung an den Inhaber des Erneuerungsscheins unter Vorlegung der Hauptrurkunde dem Aussteller gegenüber widersprechen. In diesem Falle hat der Inhaber der Schuldverschreibung den Vortritt; ihm und nicht dem Inhaber des Erneuerungsscheins sind die neuen Zinsscheine auszuhändigen. § 805 ist übrigens keine zwingende Vorschrift und bezieht sich nicht auf Gewinnanteilscheine. Rücksichtlich der Gewinnanteilscheine zu Aktien oder Interimsscheinen enthält aber das HGB § 230 eine mit § 805 übereinstimmende Vorschrift. Vgl. für Zinserneuerungsscheine **RG** 74, 339, für Gewinnanteilscheine **RG** 77, 333.

§ 806

Die Umschreibung einer auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten kann nur durch den Aussteller erfolgen[1]. Der Aussteller ist zur Umschreibung nicht verpflichtet[2].

E I 700 II 734; M 2 713—717; P 2 555.

1. **Die Umschreibung auf den Namen eines bestimmten Berechtigten,** welche an die Stelle der nicht mehr zulässigen Außerkurssetzung getreten ist, kann nur durch den Aussteller und auf dem Papiere selbst erfolgen (vgl. **RG** 40, 134). Von der Umschreibung ab kann das Papier, wenn es auch noch Wertpapier bleibt, nicht mehr nach den für bewegliche Sachen bestehenden Vorschriften der §§ 932, 935, sondern nur noch nach den für Namenpapiere geltenden Grundsätzen übertragen, auch nicht mehr gemäß § 799 für kraftlos erklärt werden. Bei Reichsanleihen kann die Umschreibung auf Antrag des Inhabers durch Umwandlung in Buchschulden des Reiches auf den Namen eines bestimmten Berechtigten bewirkt werden (RGes. v. 6. 5. 10 zur Änderung des Ges., betr. das Reichsschuldbuch, v. 31. 5. 91 §§ 1, 3, 4, 5, 5a), s. auch das PrGes. v. 20. 7. 83. — **Übergangsbestimmung** im EG Art 174 Abs 1, wonach § 806 Satz 1 auch für die vor dem Inkrafttreten des BGB ausgestellten Schuldverschreibungen auf den Inhaber gilt.
2. **Ausnahmen hiervon kraft landesgesetzlicher Vorschrift** nach EG Art 101.

§ 807

Werden Karten, Marken oder ähnliche Urkunden, in denen ein Gläubiger nicht bezeichnet ist, von dem Aussteller unter Umständen ausgegeben, aus welchen sich ergibt, daß er dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will[1], so finden die Vorschriften des § 793 Abs 1 und der §§ 794, 796, 797 entsprechende Anwendung[2].

E I 702 II 735; M 2 721, 722; P 2 561, 562.

1. **Die im Verkehr vorkommenden Karten, Marken oder ähnlichen Urkunden** mit unvollkommener Angabe des Rechtsverhältnisses, insbesondere ohne Bezeichnung des Gläubigers und ohne Namensunterschrift des Ausstellers, können verschiedenen Zwecken dienen, sich insbesondere als Ersatzmittel für Geld, wie z. B. Briefmarken, als Beweis- oder einfache Ausweispapiere, wie Garderobemarken, Gepäck- oder Aufbewahrungsscheine, aber auch, wenn nach den Umständen, unter denen die Ausgabe erfolgt, der Aussteller dem Inhaber zu einer Leistung verpflichtet sein will, als selbständige Inhaberpapiere darstellen, auf welche die für Inhaberschuldverschreibungen geltenden Vorschriften wenigstens teilweise Anwendung finden. Auch die von den Stadtgemeinden im Kriege ausgegebenen Kleingeldgutscheine gehören hierher, wenn sie nicht den Erfordernissen der Inhaberschuldverschreibungen entsprechen (**RGSt** 51, 410 u. 52, 97; vgl. § 793 A 1).

2. Zu diesen **unvollkommenen Inhaberpapieren** sind z. B. Eintritts- und Fahrkarten verschiedener Art, ebenso auch Bade-, Bier- und Speisemarken zu rechnen, sofern ihnen nicht durch die Art ihrer Ausgabe oder durch einen besonderen Vermerk auf der Karte selbst diese Eigenschaft entzogen und nur diejenige einer Quittung oder eines Zahlungsausweises beigelegt ist, wie dies vielfach bei Theaterbilletts und Straßenbahnkarten vorkommt. Diese Papiere, zu deren Wirksamkeit gehört, daß mit der Ausgabe von Stücken dieser Art begonnen ist (Prot 2, 562), unterliegen den für bewegliche Sachen geltenden Grundsätzen des gutgläubigen Erwerbs und die Forderung auf die Leistung daraus wird durch Übergabe des Papiers übertragen (RG 12. 12. 10 IV 240/10). Sie unterstehen namentlich den für Inhaberschuldverschreibungen bestehenden Vorschriften des § 793 Abs 1 (Verpflichtung des Ausstellers durch seine einseitige Erklärung) und der §§ 794 (Verpflichtung auch aus gestohlenen oder verlorengegangenen Marken u. dgl.), 796 (beschränkte Zahl der zulässigen Einreden), 797 (Leistung des Ausstellers nur gegen Aushändigung des Papiers, mit Erwerb des Eigentums an demselben). Sie unterliegen dagegen nicht den Vorschriften über die Notwendigkeit staatlicher Genehmigung, § 795, über Ersatzurkunden im Falle der Beschädigung und über Kraftloserklärung und Zahlungssperre verlorener Urkunden, §§ 798, 799, 800, 802, über Vorlegungsfristen §§ 801, 804, Umschreibung auf den Namen § 806. S. jedoch den Vorbehalt landesgesetzlicher Vorschriften über Kraftloserklärung und Zahlungssperre im EG Art 102 Abs 1.

§ 808

Wird eine Urkunde, in welcher der Gläubiger benannt ist, mit der Bestimmung ausgegeben, daß die in der Urkunde versprochene Leistung an jeden Inhaber bewirkt werden kann[1]), so wird der Schuldner durch die Leistung an den Inhaber der Urkunde befreit[2]). Der Inhaber ist nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen[3]).

Der Schuldner ist nur gegen Aushändigung der Urkunde zur Leistung verpflichtet. Ist die Urkunde abhanden gekommen oder vernichtet, so kann sie, wenn nicht ein anderes bestimmt ist, im Wege des Aufgebotsverfahrens für kraftlos erklärt werden. Die im § 802 für die Verjährung gegebenen Vorschriften finden Anwendung[4]).

E I 703 II 736; M 2 722, 723; P 2 562—566.

1. Den Bestimmungen über die echten Inhaberpapiere sind hier Vorschriften über die **sog. hinkenden Inhaberpapiere oder Ausweispapiere** beigefügt. Diese Papiere, zu denen insbesondere Leihhausscheine, Sparkassenbücher, Versicherungsscheine, Hinterlegungsscheine gehören, sind dadurch gekennzeichnet, daß sie a) zunächst auf den Namen eines bestimmten Gläubigers lauten, außerdem aber — wesentlich im Interesse des Ausstellers — b) mit der — in der Urkunde oder in anderer Weise dem Benannten gegenüber — zu treffenden Bestimmung ausgegeben werden, wonach der Aussteller, wie beim echten Inhaberpapier, auch an jeden Inhaber leisten kann.

2. Demgemäß wird der Aussteller **durch Leistung an den Inhaber,** dessen Sachberechtigung er nicht näher zu prüfen braucht, **befreit.** Nach der § 793 A 4 für die echten Inhaberpapiere vertretenen Auffassung, die um so mehr für die uneigentlichen des § 808 gelten muß, wird jedoch der Aussteller, der die Nichtberechtigung des Inhabers nicht bloß kennen könnte oder kennen müßte, sondern wirklich kennt und unredlicherweise gegen Treu und Glauben einem Nichtberechtigten leistet, von seiner Verpflichtung nicht befreit (RG 86, 86; 89, 401).

3. Daß nur der Aussteller an den Inhaber leisten darf, **nicht aber der Inhaber die Leistung verlangen kann,** unterscheidet dieses „hinkende" vom echten Inhaberpapier. Die Urkunde ist also hier nicht selbständige Trägerin des Forderungsrechts und die Übertragung, Verpfändung und Pfändung des letzteren ist nicht nach den für bewegliche Sachen, sondern nach den für Forderungen geltenden Grundsätzen zu bewirken (RG JW 1910, 329[2]). Zu diesem Zwecke sind also die Urkunden an sich bedeutungslos, wenn sie auch im übrigen als Ausweis- oder Beweispapiere der Eigentumsklage unterliegen können. Das Eigentum an dem Papier folgt hier gemäß § 952 dem Gläubigerrecht der Forderung und für die Eigentumsvermutung des § 1006 ist kein Raum. Vgl. hierzu für die Sparkassenbücher RG 10, 40; 11, 239; 68, 277; 73, 220; 89, 401; JW 1910, 329[2]; 1913, 30[18]; Warn 1910 Nr 99; 1912 Nr 197; 1916 Nr 75). Über das Gläubigerrecht der Sparkassenforderung vgl. § 607 A 3. Wird ein Sparkassenbuch unter Übergabe des Buches durch mündlichen Vertrag abgetreten, so kann, falls die Sparkasse auf Anregung des Abtretenden sich unter Hinweis auf § 410 weigert, an den Empfänger (Zessionar) zu zahlen, dieser die Verurteilung des Abtretenden verlangen, einzuwilligen, daß sein auf das Sparkassenbuch bei der Sparkasse eingezahltes Guthaben an

den Kläger ausgezahlt werde (RG JW 09, 413[8]; Warn 1916 Nr 74). Über die Lebensversicherungspolicen vgl. RG 22, 215; 29, 207; 51, 83; 66, 158; 94, 26).

4. Außer der Bestimmung, daß der Aussteller auch an den Inhaber, gegen Aushändigung der Urkunde, leisten kann, kommen von den sämtlichen in betreff der echten Inhaberpapiere bestehenden Vorschriften für die in § 808 aufgeführten Legitimationspapiere beim Mangel anderweiter Bestimmung nur noch diejenigen über **die Kraftloserklärung und Zahlungssperre,** sowie über die hemmende Wirksamkeit der letzteren auf die Verjährung zur Geltung, wiewohl unter Vorbehalt der landesgesetzlichen Vorschriften über Kraftloserklärung und Zahlungssperre gemäß EG Art 102 Abs 1. Im übrigen befreit die Kraftloserklärung den Inhaber nur von der Notwendigkeit der Vorlegung der Urkunde, nicht auch von dem, auf Erfordern des Ausstellers zu erbringenden Nachweis seines Gläubigerrechts. — Wegen des Versicherungsscheins auf den Inhaber s. die besondere Vorschrift in § 4 des Ges. über den Versicherungsvertrag v. 30. 5. 08. Hiernach treten bei einem solchen Versicherungsscheine die in § 808 bestimmten Wirkungen ein; in dem Falle jedoch, wenn nach dem Vertrage der Versicherer nur gegen Rückgabe des Versicherungsscheins zu leisten hat, der Versicherungsnehmer aber dessen Verlust behauptet, genügt statt der Rückgabe das öffentlich beglaubigte Anerkenntnis des Versicherten, daß die Schuld erloschen sei — sofern nicht der Versicherungsschein der Kraftloserklärung unterliegt.

Vgl. noch den Vorbehalt zugunsten landesgesetzlicher Bestimmungen über die öffentlichen Sparkassen im EG Art 99, sowie die Übergangsbestimmungen über Kraftloserklärung im EG Artt 177, 178.

Dreiundzwanzigster Titel

Vorlegung von Sachen

1. Die §§ 809—811 BGB gestatten in möglichst bestimmt gesteckten Grenzen zur Erleichterung der Rechtsverwirklichung einen Eingriff in das Privatinteressengebiet Dritter, von denen danach die **Vorlegung von Sachen,** die sich in ihrer Verfügungsgewalt befinden, zum Zwecke der Besichtigung und Einsichtnahme gefordert werden kann. Die Bestimmungen sind insbesondere für den Bereich des Zivilprozesses von Wichtigkeit. § 371 ZPO gibt eine Norm für die Antretung eines Beweises durch Augenschein. Ob aber die Gegenpartei oder ein Dritter, wenn sie im Besitze der in Augenschein zu nehmenden Sache sind, zu deren Vorlegung angehalten werden können, regelt sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Für den Urkundenbeweis bestimmen die §§ 422 u. 429 ZPO, daß der Gegner oder ein Dritter zur Vorlegung der Urkunde nur verpflichtet ist, wenn der Beweisführer nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Herausgabe oder die Vorlegung der Urkunde verlangen kann. Diese Vorschriften sind, soweit die Vorlegung von Sachen und Urkunden in Frage kommt — die Herausgabepflicht ist in verstreuten Bestimmungen geordnet, im BGB namentlich in den §§ 371, 402, 410, 444, 445, 1145, 1267 —, allgemein in den §§ 809—811 enthalten. Besondere Vorschriften, die die Pflicht der Vorlegung von Sachen und Urkunden je nach dem einzelnen Rechtsverhältnisse betreffen, finden sich daneben noch an verschiedenen Stellen, z. B. in den §§ 79, 259, 260, 716, 867, 896, 1005, 1145.

2. Soweit die **Vorlegung von Sachen und Urkunden außerhalb eines Prozesses** verlangt wird, kann dies nur im Wege einer gegen den Besitzer anzustrengenden Klage geschehen. Auch im Prozesse gilt dasselbe in zwei Fällen: wenn es sich um die Vorlegung von Sachen handelt, die nicht Urkunden sind (vgl. Gaupp-Stein Vorbem III vor § 370 ZPO), und wenn ein Dritter, der nicht der Prozeßgegner ist, die vorzulegende Urkunde besitzt (§ 429 ZPO). Die Vorlegung von Urkunden durch den Prozeßgegner regelt dagegen das in den §§ 424 ff. ZPO angeordnete Verfahren, in welchem die Vorlegung dem Prozeßgegner durch einen Gerichtsbeschluß aufgegeben wird.

§ 809

[1]) Wer gegen den Besitzer[3]) einer Sache[2]) einen Anspruch in Ansehung der Sache hat[4]) oder sich Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein solcher Anspruch zusteht[5]), kann, wenn die Besichtigung der Sache aus diesem Grunde für ihn von Interesse ist[6]), verlangen, daß der Besitzer[3]) ihm die Sache[2]) zur Besichtigung vorlegt oder die Besichtigung gestattet[7]).

E I 774 II 695; M 2 889—891; P 2 770.

1. Unter der **Vorlegung einer Sache** ist die Handlung zu verstehen, wodurch dem andern der Gegenstand tatsächlich zur Hand oder doch vor Augen gestellt und seiner sinnlichen Wahrnehmung unmittelbar zugänglich gemacht wird (RG 56, 63). Die **Gestattung der Besichtigung**

unterscheidet sich hiervon dadurch, daß der andere jene Handlung selbst vornimmt, der Besitzer hierzu nur seine Einwilligung gibt. Über die Ausführung der Vorlegung und Besichtigung s. die Anmerkungen zu § 811.

2. **Sache** im Sinne des § 809 ist die Sache des § 90, ein körperlicher Gegenstand, und zwar jeder körperliche Gegenstand, die bewegliche wie die unbewegliche Sache, auf welche letztere sich namentlich die „Gestattung der Besichtigung" bezieht. Der Körper eines lebenden Menschen ist keine Sache; die Person kann unter Berufung auf § 809 nicht gezwungen werden, sich einer körperlichen Besichtigung zu unterziehen (**RG** JW 03, 26[21]; SeuffA 53 Nr 127). Eine Sache ist dagegen der Leichnam eines Menschen (**RG** 54, 117; 16, 151). Die Vorlegung von Urkunden ist in § 810 zum Teile besonders geregelt, kann aber auch für § 809 in Betracht kommen, wenn der zweite Fall des Rechtes auf Vorlegung (A 5) gegeben ist.

3. **Gegen den Besitzer**: Besitzer ist hier richtiger Ansicht nach (a. M. Staudinger A I 2c u. a.) zunächst nur der unmittelbare Besitzer (§ 854), der allein zu einer Vorlegung imstande ist. Häufig wird gerade der mittelbare Besitzer derjenige sein, der von dem unmittelbaren die Vorlegung verlangt. Bei einer juristischen Person sind nicht die Personen des Vorstandes, sondern die durch sie vertretene Körperschaft unmittelbarer Besitzer (**RG** 83, 248). Der mittelbare Besitzer (§ 868) kann als Vorlegungsgegner in Frage kommen, und zwar allein, wenn der unmittelbare Besitzer zum Besitze der Sache jenem gegenüber nicht berechtigt, sondern nur verpflichtet ist (der Verwahrer).

4. § 809 gibt das Recht auf Vorlegung einer Sache in zwei Fällen. Der erste ist, daß dem Vorlegungsucher **ein Anspruch in Ansehung der Sache gegen den Besitzer** zusteht. Anspruch ist das Recht, von einem andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen (§ 194). Ob das Recht, das dem Anspruche zugrunde liegt, dinglicher oder persönlicher Natur, ob der Anspruch ein bedingter oder unbedingter ist, ist gleichgültig. Auch ein Vorkaufs- oder Wiederkaufsrecht ist jedenfalls im Sinne des nicht allzu eng aufzufassenden § 809 als ein (bedingter) Anspruch anzusehen (a. M. Dierschke, Vorlegung von Sachen S. 43). Der Anspruch muß nun a) gegen den Besitzer der Sache zustehen; ein Anspruch gegen einen Dritten, der nicht der Besitzer ist, begründet das Recht, von dem letzteren die Vorlegung zu verlangen, nicht. Der Anspruch muß dem Vorlegungsucher b) in Ansehung der Sache zustehen; dazu ist nicht erforderlich, daß die Sache selbst Gegenstand des Anspruchs ist, nur eine rechtliche Beziehung auf die Sache muß ihm zukommen (Besichtigung eines Nachbargrundstücks, von dem störende Einwirkungen auf das eigene des Vorlegungsuchers ausgehen).

5. Der zweite Fall eines Rechtes auf Vorlegung einer Sache nach § 809 ist, daß der Vorlegungsucher sich **Gewißheit verschaffen will, ob ihm ein Anspruch** gegen den Besitzer in Ansehung der Sache **zusteht.** So wenn es sich um Feststellung der Identität der im Besitze des Vorlegungsgegners befindlichen Sache mit einer dem Vorlegungsucher verlorengegangenen (verlaufene Haustiere) handelt, oder wenn die Erben eines Schriftstellers sich vergewissern wollen, ob ihnen aus dem Gesichtspunkte des Urheberrechts der Anspruch zusteht, dem dritten Besitzer von Briefschaften des Erblassers deren Benutzung und Veröffentlichung zu untersagen (**RG** 69, 401). Die Möglichkeit, daß ein Anspruch in Ansehung der Sache besteht, genügt hier. Aber die Voraussetzungen des Anspruchs müssen soweit bereits vorhanden sein, daß nur noch die Besichtigung des richtigen Gegenstandes hinzukommen muß, um den Anspruch „gewiß" zu machen. Häufig wird in diesem zweiten Falle des § 809 das Vorlegungsverlangen auf mehrere gleichartige Gegenstände oder einen ganzen Inbegriff von Sachen gerichtet sein. Auch eine Urkunde kann Gegenstand der Vorlegung aus diesem Grunde sein (s. A 1).

6. Die Besichtigung muß für den Vorlegungsucher aus einem der in den A 4 u. 5 behandelten Gründe **von Interesse** sein. Ein rechtliches Interesse ist hier nicht verlangt, auch nicht ein Vermögensinteresse, aber ein durch den Anspruch des Vorlegungsuchers oder seinen Wunsch, über einen solchen sich Gewißheit zu verschaffen, begründetes besonderes und ernstliches Interesse an der Besichtigung. Unter Umständen kann dieses aus der Natur des Anspruchs ohne weiteres hervorgehen (Besichtigung von Sachen, in bezug auf die dem Vorlegungsucher Rechte wahlweise zustehen).

7. Den Besitz der Sache durch den Beklagten, den eigenen Anspruch in Ansehung der Sache oder die feststehenden Merkmale des Anspruchs, über den er sich Gewißheit verschaffen will, wie das Besichtigungsinteresse muß der Vorlegungsucher **beweisen**; eine bloße Glaubhaftmachung genügt nicht (a. M. Staudinger A V).

§ 810

Wer ein rechtliches Interesse daran hat[2]), eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde[1]) einzusehen[2]), kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen[2]), wenn die Urkunde in seinem Interesse errichtet[3]) oder in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsver-

hältnis beurkundet ist[4]) oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler[3]) gepflogen worden sind[5])[6]).

E I 775 II 696; M 2 891, 892; P 2 771—775.

1. § 810 behandelt das Recht auf **Vorlegung einer im Besitz eines Dritten befindlichen Urkunde.** Über den Begriff der Vorlegung s. § 809 A 1, über den Besitz ebenda A 3. Urkunde ist an sich jede sinnliche Verkörperung einer Gedankenäußerung in dauernden Zeichen. Für § 810 kommt jedoch allein die schriftliche Urkunde in Betracht, wie aus den weiter aufgestellten Erfordernissen hervorgeht, und zwar diejenige schriftliche Urkunde, die Aussagen über Rechtsgeschäfte oder Rechtsverhältnisse enthält. Die Vorlegung anderer Urkunden kann nur nach § 809 verlangt werden.

2. Für das Recht auf Vorlegung einer Urkunde zum Zwecke der **Einsicht,** d. i. der unmittelbaren Kenntnisnahme von ihrem Inhalt, ist in § 810 zunächst ein **rechtliches Interesse** an der Einsicht erfordert. Ein ernstliches Interesse schlechthin, wie nach § 809, genügt nicht; die Einsicht der Urkunde muß geeignet sein, den Vorlegungsucher in der Verfolgung oder Verteidigung eines Rechtes zu fördern. Ein vermögensrechtliches Interesse ist nicht notwendig, das Interesse darf vielmehr selbst im öffentlichen Recht begründet sein. Ein rechtliches Interesse an der Einsicht einer Urkunde ist für den Vorlegungsucher nicht vorhanden, wenn dieser den Inhalt der Urkunde bereits genau kennt, aber auch nicht, wenn die Vorlegung ihm erst dazu dienen soll, Unterlagen für eine Rechtsverfolgung gegen den Besitzer der Urkunde zu sammeln (**RG** Warn 1912 Nr 304; 1913 Nr 317; Gruch 49, 832).

3. Das rechtliche Interesse des Vorlegungsuchers an der Einsicht der Urkunde vorausgesetzt, gibt § 810 diesem ein Recht auf Vorlegung in drei Fällen, in die der Begriff der Gemeinschaftlichkeit der Urkunde, der in § 387 Nr 2 der ZPO v. 30. 1. 77 aufgestellt war, auseinandergelegt worden ist. Das BGB hat hiermit nicht eine Einengung des bisherigen Vorlegungsrechts, sondern nur eine bestimmtere Umgrenzung beabsichtigt, die einer vorsichtigen entsprechenden Anwendung der Bestimmung nicht im Wege steht (Prot 2, 775). Die gemeinsame Grundlage der drei Fälle ist das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, an dem der Vorlegungsucher beteiligt ist; ein Anspruch, wie in § 809, ist dagegen nicht erfordert. Der erste der drei Fälle ist, daß die **Urkunde im Interesse des Vorlegungsuchers errichtet** ist. Der Zweck der Errichtung, nicht der Inhalt der Urkunde, ist also maßgebend; sie muß gefertigt sein, um dem Vorlegungsucher als Beweismittel zu dienen (**RG** 69, 401); doch ist nicht erforderlich, daß sie ausschließlich dem Interesse des Vorlegungsuchers zu dienen bestimmt ist (vgl. **RG** 50, 334). Ein Beispiel für diesen ersten Fall des § 810 ist die über einen Vertrag zugunsten Dritter (Lebensversicherung) errichtete Urkunde. Die Handakten des Rechtsanwalts sind nicht im Interesse des Machtgebers errichtete Urkunden (**RG** Warn 1912 Nr 304).

4. Der zweite Fall des Vorlegungsrechts des § 810, daß **in der Urkunde ein zwischen dem Vorlegungsucher und einem andern bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet** ist, ist im Gegensatze zu dem ersten auf eine objektive Beziehung des Urkundeninhalts zu einem Rechtsverhältnisse, an dem der Vorlegungsucher beteiligt ist, abgestellt; eine subjektive Beziehung der Errichtung der Urkunde zu dem Rechtsverhältnisse braucht nicht obzuwalten (**RG** 89, 1, Miterben). Das letztere muß ferner nicht ein zwischen dem Vorlegungsucher und dem Besitzer der Urkunde, also dem Vorlegungsgegner, bestehendes sein, wenngleich dies die Regel bilden wird; es kann auch mit einem Dritten bestehen. Der Urkunde muß also zwar ein Charakter der Gemeinschaftlichkeit zukommen, aber nur einer solchen zwischen dem Vorlegungsucher und irgendwem; der Vorlegungsucher muß die eine Partei des beurkundeten Rechtsverhältnisses sein. Daß das ganze Rechtsverhältnis in der Urkunde beurkundet sei, ist auch hier nicht notwendig; es genügt, daß ihre Beurkundung eine objektive und unmittelbare Beziehung zu dem Rechtsverhältnisse hat (Recht des Bürgen auf Vorlegung einer Urkunde, die eine Zahlung auf die Hauptschuld betrifft; **RG** 56, 109). Auch das ist nicht schlechthin erforderlich, daß das Rechtsverhältnis noch besteht und daß es rechtswirksam ist, sofern nur die Urkunde eine rechtsgeschäftliche Feststellung bezweckte und in ersterem Falle das Rechtsverhältnis noch Wirkungen in der Gegenwart äußert. Unter diesen Voraussetzungen gehören hierher alle Vertragsurkunden, Schuldscheine, Quittungen, Protokolle über Generalversammlungen von Vereinen, insbesondere aber auch die Handelsbücher eines Vollkaufmanns, die die von ihm gemachten Geschäfte zu beurkunden, in gewissem Sinne zu öffentlichem Glauben festzustellen bestimmt sind, wogegen die von einem Minderkaufmanne geführten Bücher nur den Wert privater Aufzeichnungen haben, denen der Beurkundungscharakter abgeht (**RG** 23. 10. 03 II 496/03). Das Recht auf Vorlegung der Geschäftsbücher einer Aktiengesellschaft ist zugesprochen worden einem früheren Vorstandsmitgliede der letzteren, das von ihr wegen Verletzung aktienrechtlicher Pflichten in Anspruch genommen war, weil die Bücher die urkundliche

Unterlage für die Darlegung der ganzen Geschäftsführung des Vorstandes bilden (**RG** Warn 08 Nr 465), das Recht auf Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsherrn dem Handlungsagenten (§§ 84ff. HGB; **RG** 87, 10), das Recht auf Vorlegung der Geschäftsbücher des Ehemanns der gütergemeinschaftlichen Ehefrau, weil sie über den gemeinschaftlichen Erwerb Auskunft geben (**RG** 50, 334), das Recht auf Vorlegung erbschaftlicher Verwaltungsbücher den Miterben (**RG** 89, 1). Keinen urkundlichen Charakter haben die Bücher, in denen ein Fabrikant über die Prüfung fertiger Ware auf ihre Güte und Brauchbarkeit zu inneren Betriebszwecken Eintragungen macht (**RG** 4. 1. 07 VII 174/06). Beurkundungswert haben die Handakten eines Rechtsanwalts für die Zwecke der Kostenerstattung, ferner gerichtliche Entscheidungen für das Rechtsverhältnis der Parteien, das Dienstregister des Gerichtsvollziehers für den Empfang eines Auftrags (**RG**St 7, 252). Bei Akten öffentlicher Behörden kommt es darauf an, ob sie lediglich dem inneren Dienste der Behörden oder den öffentlichen Interessen der Staats- oder Kommunalverwaltung dienen oder ob sie zugleich auch Urkundszwecke für private Rechtsverhältnisse haben (Akten der Gerichte, Standesämter, Auseinandersetzungsbehörden, vgl. **RG** SeuffA 49 Nr 214).

5. Unter den dritten Fall der Urkundenvorlegungspflicht, daß die Urkunde **Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen dem Vorlegungsucher und einem andern oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind,** gehört vornehmlich der geschäftliche Schriftwechsel eines Mäklers (vgl. hinsichtlich der Handelsmäkler § 102 HGB), aber auch jeder andere Briefwechsel über Rechtsgeschäfte, an denen der Vorlegungsucher als Partei beteiligt ist. Über Ausweisurkunden auf Grund des Stellenvermittlergesetzes v. 2. 6. 10 vgl. **RG**St 48, 55.

6. Über den Fall, daß die Vorlegung einer Urkunde verlangt wird, um sich durch deren Einsichtnahme Gewißheit über einen Anspruch in Ansehung ihrer zu verschaffen, vgl. § 809 A 1 u. 5. Wegen der Beweispflicht des Vorlegungsuchers gilt das zu § 809 A 7 Gesagte.

§ 811

[1]) **Die Vorlegung hat in den Fällen der §§ 809, 810 an dem Orte zu erfolgen, an welchem sich die vorzulegende Sache befindet. Jeder Teil kann die Vorlegung an einem anderen Orte verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt**[2]).

Die Gefahr und die Kosten hat derjenige zu tragen, welcher die Vorlegung verlangt. Der Besitzer kann die Vorlegung verweigern, bis ihm der andere Teil die Kosten vorschießt und wegen der Gefahr Sicherheit leistet[3]).

E I 776 II 697; M 2 893; P 2 776—779.

1. § 811 gibt Einzelregeln über Ort, Gefahr und Kosten der Vorlegung. Über die **Erfüllung der Vorlegungspflicht** des Besitzers und die **Ausübung des Besichtigungs- und Einsichtnahmerechts** des Vorlegungsuchers enthält sich das BGB weiterer Bestimmungen. Der Vorlegungspflichtige hat jedenfalls die vom Vorlegungsucher genau zu bezeichnende Sache oder Urkunde hervorzusuchen und zur Besichtigung oder Einsichtnahme bereitzuhalten. Ob eine Sache oder Urkunde nur dem Vorlegungsucher persönlich oder auch einem von ihm Bevollmächtigten vorzulegen ist, ist Frage des einzelnen Falles und richtet sich nach der Vertraulichkeit des Inhalts sowie nach dem den Personen zukommenden Vertrauen. Der Regel nach darf bei der Besichtigung eines Gegenstandes oder der Einsichtnahme in eine Urkunde der Vorlegungsucher nach der Verkehrsanschauung Sachverständige zuziehen. Eine Prüfung oder Untersuchung, die den Bestand der Sache oder Urkunde verändert, und eine Benutzung der Sache braucht der Vorlegungspflichtige keinesfalls zu dulden (**RG** 69, 401); unter besonders nachzuweisenden Umständen ist er auch für berechtigt zu erachten, gewisse Teile von vorzulegenden Schriftstücken der Kenntnis des Vorlegungsuchers vorzuenthalten (**RG** a. a. O.). Regelmäßig ist eine Urkunde jedoch ganz vorzulegen. Die Entnahme von Abschriften der vorgelegten Urkunden kann der Besitzer im allgemeinen nicht verwehren, da ohne sie meist die Einsichtnahme ohne Wert ist. Selbst Abschriften zu geben ist er einerseits nicht verpflichtet, anderseits genügt er mit der bloßen Erteilung einer Abschrift auch der Vorlegungspflicht nicht. Die Zwangsvollstreckung aus einem auf Vorlegung einer Sache oder Urkunde ergangenen Urteile richtet sich nach § 888 ZPO. Verzug in der Vorlegung begründet für den Berechtigten einen Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 276, 287. Ein vorsätzliches Vorenthalten kann den Tatbestand des § 826 erfüllen, der Regel nach aber ebenfalls erst von der Geltendmachung des Vorlegungsanspruchs an.

2. Unter dem **Orte, wo sich die vorzulegende Sache befindet,** ist, wie in § 269, der geographische Ortsbezirk zu verstehen, der durch landesgesetzliche Gebietseinteilung bestimmt wird; einen reichsrechtlichen Begriff der Ortseinheit gibt es nicht (**RG** 67, 190). An welcher

besonderen Stelle dieses Ortes die Vorlegung zu erfolgen hat, ist nicht vorgeschrieben und bestimmt sich gemäß § 242 nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (Prot 2, 778); sie braucht nicht gerade in den Wohn- oder Geschäftsräumen des Verpflichteten zu geschehen. **Aus wichtigen Gründen** kann jeder Teil die **Vorlegung an einem andern Orte** verlangen; die wichtigen Gründe können in der Beschaffenheit der Sache oder in persönlichen Verhältnissen bestehen. Im Prozesse erfolgt die Vorlegung, auch wo sie nicht von dem Prozeßgegner zu bewirken ist, vor dem Prozeßgerichte.

3. **Die Gefahr und die Kosten der Vorlegung** hat nach § 811 A 2 in jedem Falle der Vorlegungsucher zu tragen, in dessen Interesse die Vorlegung, die immer einen Eingriff in das Privatrechtsgebiet eines andern enthält, erfolgt. Kostenvorschuß und Sicherheitsleistung, deren berechtigtes Verlangen dem Vorlegungsgegner das Recht der Verweigerung der Vorlegung bis zu ihrer Leistung gewährt, können selbstverständlich nur gefordert werden, wenn überhaupt Kosten der Vorlegung oder Gefahren der Beschädigung oder des Verlustes der Sache oder Urkunde zu erwarten stehen. Auf andere Gefahren und Kosten (so durch Gebrauchsentziehung der Sache für den Besitzer während der Dauer der Vorlegung) bezieht sich § 811 nicht.

Vierundzwanzigster Titel

Ungerechtfertigte Bereicherung

1. Vielfach vollziehen sich unter dem Schutze der Rechtsordnung Vermögensverschiebungen, die im Verhältnis bestimmter Beteiligten untereinander der Rechtfertigung entbehren. Rücksichten der Einfachheit und leichten Handhabbarkeit des Rechts nötigen die Gesetzgebung dazu, gewisse Teilerfolge einseitig in den Vordergrund zu stellen und die der Gerechtigkeit entsprechende Ausgleichung den Betroffenen zu überlassen. Das Mittel der Ausgleichung ist der schuldrechtliche Anspruch, den das Gesetz dann verleiht, **wenn jemand auf Kosten eines andern ohne rechtlichen Grund bereichert ist.** Es handelt sich um einen einheitlichen Bereicherungsanspruch, der die römische condictio sine causa sowie deren Unterfälle umfaßt. Der anspruchbegründende Tatbestand ist geregelt in § 812, wo in Satz 1 die einzelnen Konditionsfälle unter einem gemeinschaftlichen Begriff zusammengefaßt, in Satz 2 die cond. ob causam finitam und ob causam datorum besonders hervorgehoben werden. Daneben sind Vorschriften über die cond. indebiti enthalten in §§ 813, 814, über die cond. ob causam datorum in § 815, über die Kondiktion wegen unberechtigter Verfügung in § 816 sowie über die cond. ob turpem causam in § 817. Die §§ 818—820 betreffen den Umfang der Herausgabepflicht; § 821 regelt die Einrede der ungerechtfertigten Bereicherung; § 822 dehnt die Verpflichtung auf denjenigen aus, dem der Empfänger das Erlangte unentgeltlich zugewendet hat. — Anwendungsfälle des Grundsatzes finden sich über das ganze BGB verstreut (vgl. § 323 Abs 3, § 516 Abs 2, §§ 527, 528, 531 Abs 2, § 684, § 951 Abs 1, § 977, § 988, § 993 Abs 1, § 1539, § 2196, § 2287, § 2329). Auch in der bürgerlich-rechtlichen Sondergesetzgebung kommen zahlreiche Beispiele des Bereicherungsanspruchs vor, zum Teil mit abweichenden Vorschriften im einzelnen. Von allgemeinerer Bedeutung sind die erschwerten Voraussetzungen für den Anspruch bei Eingriffen in gewerbliche Immaterialgüterrechte (s. § 812 A 2 unter c). Stark abweichend geregelt ist auch der Wechsel- und Scheckbereicherungsanspruch (WO Artt 83, 98 Nr 10; ScheckG § 21), wonach Verjährung und Präjudizierung des Wechsels oder Schecks die Bereicherung nicht rechtfertigen (vgl. dazu § 812 A 6 unter 2c), unmittelbare Vermögensverschiebung unter den Parteien nicht vorzuliegen braucht (vgl. § 812 A 3), dagegen Subsidiarität strenges Erfordernis ist (vgl. § 812 A 7) usw.

2. **Bereicherungsansprüche im Gebiet des öffentlichen Rechtes.** a) Unberührt bleiben nach EG Art 104 die landesgesetzlichen Vorschriften über Rückforderung zu Unrecht erhobener öffentlicher Abgaben. Vorfrage ist, ob der Schutz gegen übermäßige Abgabenbelastung durch Klage bei Gericht gewährt wird. Die heutige Gesetzgebung hat diese Aufgabe für die wichtigsten Fälle in andere Hände gelegt (vgl. RAbgO v. 13. 12. 19 § 227); auch bisher schon war häufig die Zuständigkeit vor Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichten angeordnet. Überall aber, wo der Rechtsweg durch gesetzliche Vorschrift ausgeschlossen ist, kann er nicht dadurch doch wieder eröffnet werden, daß sich der Rückfordernde auf ungerechtfertigte Bereicherung des Gegners beruft (vgl. RG 25, 302; 32, 347; 60, 353; 67, 402; 70, 398; 76, 123; 78, 418; 93, 206; 94, 160). Anders wenn das Gesetz, wie nach älterem Recht vor allem bei den Stempelabgaben und der Erbschaftssteuer, den Rechtsweg zuläßt (vgl. RStempG v. 3. 7. 13 § 110, preuß. StempStG v. 30. 6. 09 § 26, ErbschStG v. 3. 6. 06 § 57). Zwar wurde von der Rechtslehre auch früher schon die Ansicht vertreten, daß der Anspruch auf Erstattung zu Unrecht gezahlter öffentlicher Abgaben, ohne Rücksicht auf die Form des Schutzes, seinem Wesen nach ein öffentlich-rechtlicher Anspruch sei. Das war jedoch nicht der Standpunkt des Reichsgerichts, das darin eine cond. indebiti erblickte (vgl.

besonders RG 76, 275). Soweit nicht gesetzlich Abweichungen vorgeschrieben waren — so namentlich Ausschlußfristen statt der Verjährungsfrist, vgl. RG 76, 270, ferner das vom RStempStG a. a. O. (nicht vom preuß. StempStG und vom ErbschStG) aufgestellte Erfordernis eines Vorbehalts bei der Zahlung (vgl. dazu RG 79, 140) —, wandte es die §§ 812ff. an. Daher z. B. die Erwägungen in RG 56, 356 über das Eingreifen des § 818 Abs 3 und die Person des Bereicherten bei Zahlung von Krankenkassenbeiträgen an die unrichtige Kasse. Doch ließ das Reichsgericht nicht außer acht, daß Abgaben, die zur allgemeinen Staatskasse fließen, dem Blicke entschwinden, so daß das Schicksal der gezahlten Einzelbeträge nicht mehr festgestellt werden kann (RG 72, 153). Es gewährte deshalb nach solchen Zahlungen keinen Anspruch auf Herausgabe gezogener Zinsen (§ 818 Abs 1), sondern billigte gemäß Abs 4 des § 818 in der Regel nur Prozeßzinsen zu (vgl. RG 54, 27; 72, 152; RG Recht 1911 Nr 2326). Vor der Rechtshängigkeit sollte die Zinspflicht nach § 819 Abs 1 mit der Kenntnis von der Grundlosigkeit des Habens entstehen, z. B. bei der Erbschaftssteuer mit dem Zeitpunkt, in welchem dem Erbschaftssteueramt die Rechtskraft eines Urteils unter den Parteien über die Hinfälligkeit der besteuerten Zuwendung bekannt wurde (RG JW 1915, 1198[8]). Wo aber ein späteres Gesetz die auf Grund eines früheren geleistete Zahlung mit rückwirkender Kraft für Zahlung einer Nichtschuld erklärte, wie dies durch RZuwachsStG v. 14. 2. 11 § 68 geschah, wurde weder § 818 Abs 4 noch § 819 Abs 1 für maßgebend erachtet, vielmehr sollte hier der Eintritt des Verzugs den Zinsenlauf bestimmen (RG Recht 1913 Nr 2866). b) Anspruch des Fiskus auf Rückerstattung zu Unrecht gezahlter Gehaltszulagen oder sonstiger Gebührnisse. Nach RG 83, 161 finden die §§ 812ff. „unmittelbare oder doch, sofern der Anspruch, weil dem öffentlich-rechtlichen Beamtenverhältnis entspringend, als ein öffentlich-rechtlicher anzusehen sein sollte, entsprechende Anwendung". Die Folgerung ist, daß der Erstattungsanspruch, sofern nicht etwas anderes vorgeschrieben ist, mit dem Wegfall der Bereicherung erlischt (vgl. RG 83, 159; 85, 196; 90, 316; JW 1911, 323[15]; RG 19. 3. 12 III 369/11; auch RG 62, 248). Eine stillschweigende Vorschrift, daß der Wegfall der Bereicherung unerheblich sein soll, nehmen RG 81, 340; Warn 1916 Nr 286; RG 1. 7. 13 III 124/13 dann an, wenn bei einem im allgemeinen unpfändbaren und der Aufrechnung entzogenen Anspruch auf Zahlung von Geldern, die erfahrungsmäßig alsbald verbraucht werden, bestimmt wird, daß grundlos geleistete frühere Raten gegen eine geschuldete spätere aufgerechnet werden dürfen (vgl. MannschVersorgG v. 31. 5. 06 § 40 und RVersichO v. 19. 7. 11 § 622). — Nicht hierher gehört c) der Anspruch, womit der Staat sowie die Verbände und Anstalten, die nach öffentlichem Recht zur Gewährung von Unterhalt verpflichtet sind, gemäß den durch Art 103 EG aufrechterhaltenen Landesgesetzen Erstattung von dem Unterstützten fordern. Es handelt sich dabei nicht um den Fall der cond. indebiti, wenn der Unterhalt in der irrigen Annahme der Hilfsbedürftigkeit gewährt wurde (RG 72, 336); vielmehr ist an einen späteren Vermögenserwerb des Unterstützten und an Vorschriften gedacht, kraft deren die Unterstützung nur vorschußweise geleistet wird (RG 75, 84; 76, 70).

§ 812

Wer[1]) durch die Leistung eines andern oder in sonstiger Weise auf dessen Kosten[2—5]) etwas ohne rechtlichen Grund[6]) erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet[7]). Diese Verpflichtung besteht auch dann, wenn der rechtliche Grund später wegfällt[8]) oder der mit einer Leistung nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg nicht eintritt[9]).

[10])Als Leistung gilt auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses[11]).

E I 737 Abs 1, 3, 742, 745 Abs 1, 748, 290 Abs 4, 684 Abs 1, 2 II 797; M 2 829—835, 842, 843, 846, 851—854, 115, 116, 693, 694; P 2 682—693, 696—699, 708; 6 199.

1. **Wer etwas erlangt.** Die allgemeine Fassung wird durch die Titelüberschrift und durch § 818 näher dahin bestimmt, daß eine Bereicherung vorliegen muß; dazu genügt aber jeder Vermögensvorteil. a) In erster Linie handelt es sich um den Erwerb von Rechten und die Befreiung von solchen. Die Erlangung von Eigentum, dinglichen Rechten, Forderungen, die Freistellung von einer Schuld, die Beseitigung von Pfandrechten, Dienstbarkeiten oder Eigentumsbeschränkungen sind die Hauptfälle. Auch Anwartschaftsrechte kommen in Betracht; z. B. kann jemand durch den Verzicht eines andern auf eine Wirtschaftskonzession in der eigenen Vermögenslage gefördert werden (RG Gruch 51, 972); ebenso durch Erlangung eines Vorrechts, wenn etwa ein zurücktretender Hypothekengläubiger ihm den Vorrang einräumt (RG 61, 42; JW 05, 434[14]; RG Recht 1917 Nr 604). Befreiung von einer Schuld führt zur Kondiktion bei grundlosem Erlaß der Schuld durch den Gläubiger (RG JW 1911, 488[11]) oder wenn ein Dritter in der irrigen Meinung, dem Schuldner hierzu verpflichtet zu sein, die

Schuld gezahlt hat (RG JW 03 Beil 8[19]; 1912, 690[16]); dazu kommt in gewissen Fällen einer sog. unechten Gesamtschuld die Zahlung durch denjenigen Schuldner, dem sie im inneren Verhältnis nicht zur Last fällt, z. B. durch den Unterhaltsverpflichteten in den Fällen des § 843 (RG JW 09, 137[15]; 1910, 389[6]; 1920, 639[4]; Warn 09 Nr 86) oder durch den Baulastpflichtigen in RG 82, 215; JW 1915, 325[3]. Der Verzicht auf ein Pfandrecht bewirkt einen bei Grundlosigkeit der Zuwendung kondizierbaren Vermögensvorteil für den Verpfänder und damit eine Bereicherung im Sinne des § 818 (RG JW 1912, 459[6]), wenn auch nicht im Sinne des § 516 (vgl. dort A 4); entsprechend verhält es sich auf seiten des Gläubigers mit der Pfandbestellung oder Bürgschaftsübernahme. Wegen der abstrakten Versprechen vgl. A 10, wegen des vertragsmäßigen Anerkenntnisses des Bestehens oder Nichtbestehens einer Schuld A 11. Einen Vermögensvorteil bedeutet aber auch b) die Erlangung vorteilhafter Rechtsstellungen, z. B. des Rechtsscheins, den eine unrichtige Legitimation durch Eintragung im Grundbuch oder Staatsschuldbuch oder durch Erbschein verleiht (RG 51, 422; JW 1917, 34[2]). Auch der Besitz, mag man ihn auch nicht als Recht gelten lassen, ist ein solcher Vorteil (RG Recht 1918 Nr 230); Beispiele für die cond. possessionis: Rückforderung von Sachen, die der geschäftsunfähige Kläger aus der Hand gab, damit sie der Empfänger in bestimmter Weise verwendete (RG 98, 131); Rückforderung von Depotscheinen, die der Beklagte auf Grund eines nichtigen Vertrags als Sicherheit empfing (OLG 14, 32). c) Der Vorteil, der im Gebrauch oder Verbrauch fremder Sachen oder Arbeitskräfte liegt, enthält eine Bereicherung, wenn dem Benutzer dadurch eine Aufwendung erspart wird. Das trifft schon dann zu, wenn dieser bei ordnungsmäßigem Vorgehen für die Benutzung eine Entschädigung hätte zahlen müssen; er kann nicht einwenden, daß er sich, falls ihm die Benutzung verweigert wäre, anderweit beholfen haben würde (RG 97, 310; SeuffA 73 Nr 51). Daher verpflichtet vertragsloses Bewohnen fremder Räume auch außerhalb der Grenzen des § 557 zur Zahlung einer Vergütung in Höhe des ersparten Mietzinses, ohne daß es darauf ankäme, ob der Eigentümer die Räume anderweit hätte vermieten können (OLG 13, 388; 36, 58 Anm.; a. M. RG JW 03 Beil 101[227]; RG LZ 1917, 921). Grundlose Bereicherung ist schließlich d) die Nichtentstehung einer Verpflichtung oder Last, die ohne Dazwischentreten einer innerlich unberechtigten Hinderung entstanden wäre. So wenn ein Genosse zu Unrecht in der Liste gelöscht und hinterher Konkurs über die Genossenschaft eröffnet wird; nach GenG §§ 70 Abs 2, 105 Abs 1 wird dadurch die Entstehung seiner vor diesem Konkurse (vgl. RG 85, 209; 99, 139) nicht vorhandenen Nachschußpflicht verhindert.

2. Auf dessen Kosten. Dem Gewinn auf der einen Seite muß ein Verlust auf der andern gegenüberstehen. a) Seinem Wesen nach ist der Verlust Vermögensverlust. Die II. Kommission wählte aber die Worte „auf dessen Kosten" statt „aus dessen Vermögen", um auszudrücken, „daß das Objekt der Bereicherung, ohne bereits in das Vermögen des Kondiktionsberechtigten übergegangen zu sein, seinen Vermögensstand nur zu berühren brauche" (Prot 2, 685). In der Tat ist nicht erforderlich, daß, was der eine erlangt, schon der vollen rechtlichen Herrschaft des andern unterworfen war. Ein Anspruch des Benachteiligten auf den erlangten Gegenstand genügt. Hat der Verkäufer eines Grundstücks die Auflassung auf Anweisung des Käufers an einen Dritten vorgenommen, dem der Käufer eine Schenkung machen wollte, so ist bei Nichtigkeit der Schenkung der Dritte auf Kosten des Käufers bereichert (RG Recht 1913 Nr 1451; vgl. A 4). Es genügt aber auch, wenn dem Benachteiligten nur eine rechtliche Anwartschaft oder eine tatsächlich sichere Erwerbsaussicht zustand. In dieser Hinsicht verhält es sich ebenso wie nach § 252 im Schadensersatzrecht; auf Kosten eines andern ist auch der Gewinn erlangt, der ihm entgeht. Daher liegt zwar keine Schenkung (§ 517), wohl aber Bereicherung vor, wenn jemand zum Vorteil eines andern auf ein angefallenes, noch nicht endgültig erworbenes Recht verzichtet oder eine Erbschaft oder ein Vermächtnis ausschlägt. b) Der Verlust des Klägers braucht sich mit dem Gewinn des Beklagten gegenständlich nicht zu decken. Die Fälle, in denen dies nicht zutrifft, sind überaus häufig; vgl. z. B. die Bereicherung des Schuldners durch Zahlung der Schuld, die Bereicherung des Benutzers einer fremden Sache durch Ersparung von Aufwendungen, die Bereicherung dessen, der über einen fremden Gegenstand wirksam verfügt, durch den Erwerb des Entgelts. c) Nicht notwendig ist auch, daß der Verlust des Klägers, wenn er sich gegenständlich mit dem Gewinne des Beklagten deckt, dem Umfang nach mit ihm zusammenfällt. Der Gewinn kann kleiner, er kann auch größer sein als der Verlust. Auch dieser Gedanke wurde in der II. Kommission zur Empfehlung der Fassung „auf Kosten" geltend gemacht (vgl. Prot 2, 685). Als Fälle, in denen der Beklagte mehr gewinnt, als der Kläger verliert, wurden genannt der Erwerb des juristischen Besitzes, wenn der andere nur die Inhabung hatte, der Erwerb des Eigentums durch Ersitzung oder nach §§ 892, 932, während er Nichteigentümer war. Ein Hauptbeispiel aber, das nicht genannt wurde, liefert das Erfinder- und Urheberrecht. Wer ein fremdes Patent oder Gebrauchsmuster verletzt, haftet dem Berechtigten auf Herausgabe des

Gewinns, auch wenn der Berechtigte selber mit seinen Einrichtungen und Mitteln den Gewinn nur zum Teil hätte erzielen können (RG 43, 59; 50, 114; 84, 377; 95, 220), und das gleiche gilt bei Verletzung des literarischen oder künstlerischen Urheberrechts (RG 35, 70). Der Gesichtspunkt der unechten Geschäftsführung (§ 687 Abs 2) deckt nicht den Fall der Fahrlässigkeit und kann deshalb zur Begründung des Satzes nicht herangezogen werden. Eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen über Herausgabe von Nutzungen (§§ 292, 987, 990) haben RG 62, 25 und 62, 321 als unpassend abgelehnt. Aber auch die Schadensersatzkonstruktion, die das Reichsgericht vertritt, genügt nicht, da sie dem § 249 widerspricht. Der zum Ersatz verpflichtende Umstand besteht immer nur in dem gesetzlich verbotenen Eingriff in das fremde Recht, nicht auch, wie RG 35, 70 meint, in der Aneignung des Gewinns. Auch aus § 852 Abs 2 läßt sich nicht entnehmen, daß der Eingriffserwerb stets vom Schadensersatz umfaßt würde. Dagegen wird der Satz erklärt, wenn man annimmt, daß die Rechtsverletzung außer dem Schadensersatzanspruch einen Bereicherungsanspruch erzeugt, und daß für diesen zwar ein Schaden der einen Partei, nicht aber ein dem Gewinn der andern gleichkommender Schaden wesentlich ist. Bei den gewerblichen Immaterialgüterrechten freilich sträubt sich das Reichsgericht gegen die Anerkennung des Bereicherungsanspruchs, weil eine Haftung aus unverschuldeten Eingriffen arg. PatG § 35, GebrMustG § 9 vom Gesetze nicht gewollt sei (RG 15, 132). Indes wenn man sich auf diesen Standpunkt stellt, folgt daraus doch nur, daß hier auch die Bereicherungshaftung, ebenso wie die Schadensersatzpflicht, Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit des Täters voraussetzt. Es ist das dann eine Abweichung von dem gewöhnlichen Recht der Kondiktion, die sich aus dem Zweck jener Vorschriften, die Bewegungsfreiheit der Industrie zu schützen, ergeben mag, aber nicht zur Verneinung der Natur des Anspruchs als Bereicherungsanspruchs nötigt (vgl. auch RG 43, 60; Warn 08 Nr 658; JW 1914, 406[8]). Eingriffe in das Schrift- und Kunstwerkrecht verpflichten zur Herausgabe der Bereicherung auch ohne Verschulden (RG 90, 137).

3. Da die Bereicherung des einen auf Kosten des andern geschehen sein muß, wird ein **ursächlicher Zusammenhang zwischen Gewinn und Verlust** verlangt. Und zwar muß der Zusammenhang ein direkter sein, es muß eine Vermögensverschiebung unmittelbar zwischen den Parteien stattgefunden haben. Nicht als ob durch die Verschiebung nicht auch das Vermögen Dritter berührt sein dürfte, wohl aber muß ein einheitlicher Vorgang auf der einen Seite den Gewinn, auf der andern den Verlust bewirkt haben. Daß das Gesetz auf diesem Standpunkt steht, beweisen die offenbar als Ausnahmen gedachten Bestimmungen des § 816 Abs 1 Satz 2 und des § 822 (vgl. RG 66, 80; 92, 83; 99, 166). Wegen der Regelung der Parteirollen bei der indirekten Vermögenszuwendung vgl. A 4. Hat ferner der Kläger auf Grund eines mit einer Zwischenperson geschlossenen gültigen Vertrags an diese geleistet und ist der Gegenstand erst durch die Zuwendung der Zwischenperson an den Beklagten gelangt, so kann der Beklagte, falls er überhaupt ohne Rechtsgrund bereichert ist, doch niemals auf Kosten des Klägers bereichert sein. Nicht ins Gewicht fällt, ob die Zwischenperson vermögenslos ist und ob sie den Gegenstand dem Beklagten unentgeltlich zugewandt hat. Die Erfüllung der zu Recht bestehenden Verbindlichkeit des Klägers hat, da sich Leistung und Schuldbefreiung die Wage halten, keine Minderung seines Vermögens zur Folge; § 822 aber läßt nur die Erstreckung eines schon gegen den Erstempfänger begründeten Bereicherungsanspruchs zu und gestattet keine Inanspruchnahme eines Zweiten, wenn der Erste auf Grund gültiger Kausa empfing. Vgl. z. B. RG JW 03 Beil 24[40]; 08, 432[6]; RG Recht 08 Nr 1962. Die Rechtslage wird auch dadurch keine andere, daß die Zwischenperson, ohne im Namen des Beklagten zu handeln, dessen Erwerb bewußt vermittelt, mit andern Worten indirekter Stellvertreter ist. Die Tatbestände der gemeinrechtlichen actio de in rem verso und der preußischrechtlichen Verwendungsklage decken sich nicht mit § 812; vgl. RG JW 05, 80[19]; 08, 432[6]; Gruch 51, 967; OLG 2, 505; anders Recht 1912 Nr 1779 (Klage eines Bauunternehmers, der auf Bestellung des Ehemanns Steine in das Haus der Frau eingebaut hatte, das er für Eigentum des Mannes hielt; hier hätte die Frau nur verurteilt werden dürfen, wenn der Vertrag mit dem Manne wirksam angefochten wäre). Ja selbst wenn die Vermittlertätigkeit der Zwischenperson dem Kläger geflissentlich verheimlicht wurde und der Dritte an dem Geschäfte wirtschaftlich allein interessiert war, rechtfertigt es dieser Umstand nicht, daß der Kläger neben oder statt der Vertragsklage gegen den Strohmann einen Bereicherungsanspruch gegen den Hintermann erhebt, vgl. RG 24. 11. 10 II 239/10 (A war Geschäftsinhaber, aber völlig abhängig vom Beklagten, der die für das Geschäft zu beziehenden Waren bestimmte, bezahlte und sicherungshalber zu Eigentum erwarb; Klage eines Lieferanten des A abgewiesen). Auch sonst darf es keine Mehrheit von Vorgängen oder Umständen sein, woraus Vorteil und Nachteil erwachsen sind. Der Ersteher eines Grundstücks oder Schiffes schuldet einem Dritten, der vor der Zwangsversteigerung notwendige oder nützliche Verwendungen darauf gemacht hat, keinen Ersatz (RG 97, 65; vgl. auch OLG 19, 179). Der Nach-

hypothekar, der infolge irrtümlicher Löschung der vorgehenden, vom Grundstückseigentümer bezahlten Hypothek aufrückt, ist zwar ohne Rechtsgrund bereichert (vgl. A 6 unter 2b), aber nur auf Kosten des Eigentümers, nicht auf Kosten dessen, der diesem gegen das Versprechen der Abtretung der Vorhypothek das zur Auszahlung nötige Geld geliehen hat (RG 73, 173). Der bei der Liquidation einer Gesellschaft m. b. H. oder eines Vereins nicht berücksichtigte Gläubiger hat keinen Anspruch gegen den Anfallberechtigten, dem der Überschuß ausgeschüttet wurde, denn der Anfallberechtigte ist auf Kosten der Gesellschaft oder des Vereins bereichert, die nur scheinbar zu bestehen aufgehört haben (RG 92, 82). Was ein Verkäufer dem Spediteur an Versendungskosten zuviel gezahlt hat, kann nur er selbst kondizieren, nicht der Käufer, mag letzterer auch die vollen Unkosten dem Verkäufer erstattet haben, so daß ihm der Unterschied gutgebracht werden muß (RG LZ 1913, 218[22]). In einem Falle unter der Herrschaft des Krankenversicherungsgesetzes waren Gemeindebeamte irrtümlich als versicherungspflichtig behandelt worden; die Gemeinde als Arbeitgeberin hatte die auf die Beamten entfallenden Beiträge an die Krankenkasse gezahlt und ihnen am Diensteinkommen gekürzt; hier konnte nur die Gemeinde, die vermeintliche Schuldnerin der Kasse, kondizieren, die Beamten auch dann nicht, wenn ihre Forderung gegen die Gemeinde inzwischen verjährt war (RG 66, 77). In andern Fällen scheint die unmittelbare Vermögensverschiebung auf den ersten Blick zu fehlen, während sie in Wirklichkeit vorhanden ist. Ist der Verkäufer eines Grundstücks ärglistig getäuscht worden, so haftet ihm nach § 852 Abs 2 auf die Bereicherung auch der Dritte, der bei der Täuschung mitwirkte und von dem Erwerber auf dem Grundstück Hypothek bestellt erhielt; durch die unerlaubte Handlung ist eine unmittelbare Beziehung zwischen ihm und dem Verkäufer entstanden (RG DJZ 1913, 530). Aus demselben Grunde können, wenn ein zahlungsunfähiger Schuldner sein Vermögen in sittenwidriger Weise auf einen Gläubiger übertragen und das Abkommen geheimgehalten hat, um den Schein wirtschaftlicher Selbständigkeit vorzuspiegeln, die übrigen Gläubiger den Vermögensübernehmer, der an der unerlaubten Handlung teilnahm, nicht nur nach § 826, sondern auch wegen ungerechtfertigter Bereicherung belangen (a. M. RG Recht 1917 Nr 632). Wenn ferner der Kläger einem Geschäftsunfähigen Geld leiht und dieser es zum Nutzen des Beklagten verwendet, so findet die Vermögensverschiebung, da mit dem Geschäftsunfähigen kein gültiger Vertrag zustande kommt, unmittelbar zwischen den späteren Prozeßparteien statt (RG Warn 1917 Nr 116; Gruch 47, 940; OLG 34, 95). Ebenso verhält es sich, wenn durch die Leistung des Klägers an den Beklagten ein Vertrag erfüllt werden sollte, den ein vollmachtloser Vertreter des Beklagten mit dem Kläger geschlossen hatte; die Haftung des falsus procurator (§ 179) ändert hieran nichts (RG JW 1919, 715[1]; RG 20. 6. 06 I 60/06). Hat der Eigentümer sein für die Schuld eines Dritten verpfändetes Grundstück unter Anrechnung der Hypothek auf den Kaufpreis einem Käufer aufgelassen und bezahlt dann der Dritte selber seine Schuld, so ist der Käufer auf Kosten des Verkäufers bereichert, denn dem Verkäufer entgeht dadurch der Ersatzanspruch, den er nach § 670 gegen den Dritten gehabt haben würde (RG Recht 1918 Nr 853).

4. Durch Leistung eines andern. Wer äußerlich genommen die Leistung vollzieht, ist nicht notwendig der Leistende im Rechtssinn, d. h. derjenige, der die Vermögenszuwendung vornimmt, so wenig wie die Empfangsperson im körperlichen Sinne rechtlich der Empfänger der Leistung, d. h. der darin liegenden Zuwendung zu sein braucht. Zahlt der gesetzliche Vertreter oder der Bevollmächtigte im Namen des Vertretenen, was dieser nicht schuldet, so steht die Kondiktion dem Vertretenen zu; wird eine Nichtschuld an den Vormund (RG 81, 261) oder an den Prokuristen des vermeintlichen Gläubigers gezahlt (RG 79, 285), so richtet sich die Kondiktion gegen den Vertretenen. Aber auch außerhalb des vertretungsweisen Handelns kommt ein Auseinanderfallen von Leistung und Zuwendung vor. Es sind das die Fälle der indirekten Zuwendung, d. h. die Fälle, in denen X auf Anweisung des A oder, weil er es dem A versprochen hat, an B leistet. Hier sollen durch die eine Leistung zwei Zuwendungen bewirkt werden, eine Zuwendung (im Deckungsverhältnis) von X an A und eine andere (im Valutaverhältnis) von A an B. Ist eine der beiden Zuwendungen fehlerhaft, so entsteht die Kondiktion grundsätzlich zwischen den Personen, die an ihr beteiligt sind, mithin je nachdem zwischen X und A oder zwischen A und B, während X gegen B nicht kondizieren kann. Wer an den Gläubiger eines andern in dem Irrtum zahlt, diesem dazu verpflichtet zu sein, kondiziert gegen den Schuldner (§ 813 A 6), wie überhaupt, wenn das Deckungsverhältnis nicht in Ordnung ist, der Ausgleich zwischen Angewiesenem und Anweisendem, Beauftragtem und Auftraggeber stattfindet (RG 87, 36; 98, 237; Warn 1911 Nr 114; SeuffA 69 Nr 103). Dabei ist gleichgültig, ob der Angewiesene gewußt hat, welche Zwecke der Anweisende mit der Anweisung verfolgte und ob er bei der Zahlung auf diese Zwecke Bezug genommen hat oder nicht; für ihn ist der Dritte bloße Zahlstelle (vgl. RG 87, 39; JW 1914 S. 79[11] und 643[5]; RG Recht 1915 Nr 1996). Das gilt auch beim Vertrage zugunsten Dritter, sofern der Dritte nur ermächtigt ist, die Zahlung in Empfang zu nehmen. Da z. B. der Adressat einer Postsendung keinen Auslieferungs-

anspruch an die Postanstalt hat, kann die Post den auf eine nicht eingezahlte Postanweisung in Unkenntnis dieses Umstandes ausgezahlten Betrag nur von dem Absender, der dadurch eine Zuwendung empfing, zurückfordern, RG 60, 24. (Anders wenn der Dritte nach dem Vertrage einen Anspruch auf die Leistung erwerben sollte. X, der dem B nach § 334 seine Einwendungen aus dem Vertrage mit A hätte entgegensetzen können, kondiziert, wenn er dies aus Irrtum unterlassen hat, gegen B; zweifelnd RG JW 1915, 652[4]). Entsprechend gestaltet sich die Sachlage bei Fehlerhaftigkeit des Valutaverhältnisses, z. B. wenn der zahlende X zur Erfüllung einer vermeintlichen Schuld des A an B geleistet hat. Ist dies auf Anweisung oder im Auftrage des A geschehen oder hat A die Zahlung genehmigt, so daß er dem X ersatzpflichtig ist, so hat er selbst, nicht X, die Kondiktion gegen B. A. M. RG 60, 287 (im Ergebnis zutreffend, da X vor der Zahlung die Schuld übernommen hatte), vgl. auch RG JW 1910, 752[11] und RG Warn 1917 Nr 116 (trotz der Erklärung, für Rechnung A.s zu leisten, soll X noch einen besondern Zweck der Zahlung angeben und dadurch in ein besonderes Rechtsverhältnis zu B treten können). Dagegen findet eine direkte Ausgleichung zwischen Leistendem und Empfänger statt, wenn beide Kausalverhältnisse fehlerhaft sind; hier erfolgt die Zuwendung unmittelbar zwischen ihnen selbst. So auch RG 86, 347 (X hatte ein Grundstück an den geisteskranken A verkauft und an B, dem A es weiterverkauft hatte, auf A.s Weisung aufgelassen: Kondiktion des X gegen B). Dasselbe Ergebnis läßt sich dann, wenn das Deckungsverhältnis fehlerhaft ist und zugleich im Valutaverhältnis eine unentgeltliche Zuwendung stattgefunden hat, mittels entsprechender Anwendung der §§ 816, 822 begründen (vgl. § 784 A 4c).

5. In sonstiger Weise. Dahin gehört a) die Vermögensverschiebung, die auf Grund einer sei es unerlaubten, sei es erlaubten Handlung des Bereicherten stattfindet, wenn er z. B. die Sache des Klägers in Besitz nimmt, sie mit seinen Sachen verbindet, vermischt, verarbeitet (vgl. §§ 946ff., 951) oder einen sonstigen Eingriff in fremde Rechte durch rechtsgeschäftliche Verfügung (§ 816) oder durch Gebrauch oder Verbrauch verübt. Wegen des Eingriffs in Immaterialgüterrechte vgl. A 2 unter c; durch Benutzung einer nicht geschützten Erfindung entsteht kein Bereicherungsanspruch, da sich damit eine Vermögensverschiebung nicht vollzieht (vgl. RG 77, 81; RG Recht 1917 Nr 1255). Ferner gehört hierher b) die Bereicherung durch die Handlung eines Dritten. So die Bereicherung durch eine Verbindung oder Vermischung, die ein Dritter vornimmt; die Bereicherung durch unentgeltliche Zuwendung seitens des Erstbereicherten im Falle des § 822 (vgl. auch OLG 18, 49). Der Dritte kann auch ein Beamter sein, was besonders in der Zwangsvollstreckung praktisch wird. Zurücksetzungen bei der Verteilung des Versteigerungserlöses begründen für den Benachteiligten die Kondiktion, und zwar trotz ZPO § 878 Abs 2 auch ohne daß er dem Teilungsplane widersprochen hätte, RG 39, 379; 42, 247; 58, 156; 64, 196 u. ö. (anders wenn er die in ZVG § 37 Nr 4 vorgeschriebene Aufforderung zur Anmeldung seiner Rechte unbeachtet gelassen hat, da dies die Höhe des Meistgebotes beeinflußt, RG 76, 379). Auch der Konkursgläubiger, der ungeachtet seiner Anmeldung bei den Verteilungen übergangen wurde, darf sich nach Beendigung des Konkurses gegen die Zuvielempfänger wenden (RG 23, 61; a. M. RG SeuffA 41 Nr 272; OLG 11, 366). Daraus allein freilich, daß das Vollstreckungsverfahren an wesentlichen Mängeln leidet, erwächst kein Bereicherungsanspruch. Der im geringsten Gebot mit Unrecht nicht berücksichtigte Hypothekengläubiger hat keinen solchen gegen den rechtmäßig berücksichtigten nachstehenden Gläubiger (RG 59, 276). Namentlich kann auch der Schuldner nicht deshalb kondizieren, weil sich der Gläubiger durch Pfändung unpfändbarer Sachen oder Forderungen Befriedigung verschafft hat (ZPO §§ 811, 850; vgl. dazu RG SeuffA 70 Nr 206; OLG 10, 378) oder weil die Vollstreckung ohne vorherige Zustellung des Schuldtitels (ZPO § 750) oder ohne Beobachtung der Vorschriften der ZPO §§ 751, 752 vor sich ging (a. M. RG 25, 368). Selbst das Fehlen des Titels genügt nicht zur Begründung der Kondiktion, wenn der materielle Anspruch bestand (a. M. RG 56, 70, im Ergebnis zutreffend, denn ohne prozeßrechtlich wirksame Bestätigung des Zwangsvergleichs haftet der Zwangsvergleichsbürge nicht). Endlich c) kann sich die Bereicherung durch Naturvorgänge, z. B. Anschwemmen von Land, oder durch rechtlich als Zufall erscheinende Handlungen vollziehen, vgl. RG 51, 80 (Aussaat von Kartoffeln durch einen Geisteskranken).

6. Ohne rechtlichen Grund. Die Frage, wann die Bereicherung ungerechtfertigt ist, wird durch das Gesetz nur für einzelne Fälle beantwortet. Im übrigen hat sie ihre Lösung aus dem Grundgedanken der Bereicherungsklage heraus zu finden: gegenüber Rechtswirkungen, die das Gesetz zur Erleichterung, Vereinfachung, Beschleunigung des Verkehrs oder aus andern Ursachen nur formaler Natur zuläßt, soll den Anforderungen der Gerechtigkeit zum Durchbruch verholfen werden. Zwei Hauptgruppen von Fällen sind auseinanderzuhalten, einmal die Zuwendungsgeschäfte, in denen die Bereicherung auf einer bewußten Leistung des Benachteiligten (Übertragung von Eigentum, Bestellung oder Übertragung anderer Rechte, Leistung von Diensten, Befreiung von Verpflichtungen usw.) be-

ruht, und sodann die Fälle einer Vermögensverschiebung ohne den Willen des Benachteiligten. 1. Zuwendungsgeschäfte. Hier kann die Bereicherung ungerechtfertigt sein, wenn a) die Leistung keiner gültigen Kausalvereinbarung (Zweckvereinbarung) dient. Zu einer solchen genügt jeder Zweck, der nach dem Willen der Beteiligten für das Rechtsgeschäft maßgebend war (vgl. RG JW 1917, 103[5]; Warn 1910 Nr 17). Beruft sich der Beklagte auf einen bestimmten Zweck der Leistung, so wird der dem Kläger obliegende Beweis des Fehlens des Rechtsgrundes regelmäßig dadurch erbracht, daß der Kläger den angeführten Zweck widerlegt (RG Warn 1917 Nr 221). Für die Fälle, wenn der vereinbarte Zweck gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt, gibt § 817 besondere Vorschriften. Die Vereinbarung über den Zweck kann auch deshalb fehlen, weil die Parteien nicht übereinstimmten. Z. B. die eine nimmt Schenkung, die andere Darlehn an; der Käufer erblickt in der Betätigung des Dritten, der ihm die Ware zusendet, ein Handeln für Rechnung des Verkäufers, während der Dritte selbst Verkäufer zu sein meint, RG 98, 64; ebenso RG JW 09, 274[7], wo der Empfänger die Zahlung auf seine Forderung an den Prokuristen der zahlenden Gesellschaft bezog und diese sich für die Schuldnerin hielt; vgl. den Fall RG 87, 41, wo eine als Dienstkaution zu bestellende Hypothek einem Dritten nur als Pfandhalter abgetreten werden sollte, der Dritte aber glaubte, einer seiner Schuldner, der zugleich Gläubiger des Abtretenden war, erfülle damit seine Schuld. b) Die Bereicherung ist ferner ungerechtfertigt, wenn der vereinbarte Zweck der Zuwendung nicht verwirklicht wird. Hauptfälle: es wird geleistet zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, die nicht besteht (cond. indebiti, vgl. zu §§ 813, 814) oder zur Erreichung eines künftigen Erfolges, der nicht eintritt (cond. ob causam datorum, vgl. A 9 und zu § 815). c) Dasselbe gilt, wenn der Zweck zunächst erreicht, aber nachträglich wieder weggefallen ist (cond. ob causam finitam, vgl. A 8). 2. Bereicherung ohne den Willen des Benachteiligten. Zu nennen sind a) die Fälle, wenn die Vermögensverschiebung durch einen unberechtigten Eingriff des Bereicherten oder eines Dritten in das Vermögen des Benachteiligten herbeigeführt wird. So namentlich bei rechtsgeschäftlicher Verfügung über fremde Sachen und Rechte (Kondiktion wegen unberechtigter Verfügung, vgl. § 816), aber auch bei Eingriffen tatsächlicher Natur (Verzehren fremder Sachen, Düngen des Grundstücks mit fremdem Dünger, RG SeuffA 60 Nr 168). Über Eingriffe im Wege der Zwangsvollstreckung vgl. A 5, § 816 A 3. Ein durch unerlaubte Handlung erlangter Vermögensvorteil ist immer zugleich ohne rechtlichen Grund erlangt (vgl. § 852 Abs 2, RG Recht 1910 Nr 57). b) Auch eine nicht gewollte Handlung des Benachteiligten selbst kann einen Anspruch auf die Bereicherung begründen, z. B. wenn ein bloßes Vergreifen vorlag. Hat ein Hypothekengläubiger seine Hypothek irrtümlich löschen lassen, in der Meinung, die freiwerdende Rangstelle einem Dritten zuwenden zu können, so hat er (nicht der Dritte, der infolge davon an späterer Stelle eingetragen ist, vgl. A 3) die Kondiktion gegen den aufrückenden Nachhypothekar. Anders RG 69, 245; 88, 287, die in der Rangordnung (§ 879) eine Rechtfertigung für die Vermögensverschiebung sehen und die zugunsten der Kondiktion sprechenden Erwägungen für bloße Billigkeitsrücksichten erklären. c) Beruht die Bereicherung auf einer kraft Gesetzes eintretenden Rechtsänderung, so muß, soweit eine besondere Bestimmung fehlt, nach Sinn und Zweck der einzelnen Vorschrift beurteilt werden, ob die Rechtswirkung nur aus formalen Gründen angeordnet ist oder ob sie dem Gesetzgeber als Forderung materieller Gerechtigkeit erscheint. Im ersten Falle ist die Ausgleichung durch den Bereicherungsanspruch am Platze, im zweiten nicht. In § 951 (Verbindung, Vermischung, Verarbeitung), § 977 (Funderwerb), §§ 996, 999 (Verwendungen des Besitzers und seines Vorgängers) sind Bereicherungsansprüche ausdrücklich anerkannt; umgekehrt geht aus den Ausnahmesätzen der §§ 988, 993 hervor, daß der gutgläubige Besitzer, der die Früchte nach § 955 zu Eigentum erwirbt, die dadurch bewirkte Bereicherung regelmäßig nicht herauszugeben braucht (vgl. RG JW 1912, 690[16]). Nimmt man an, daß nach dem Willen der WO das Recht des Wechselgläubigers aus dem Wechsel auch dann erlöschen soll, wenn ein ihn legitimierendes Giro aus Versehen oder von einem Unbefugten durchstrichen wird, so darf man ihm auch keine Kondiktion zugestehen (RG JW 1915, 1123[7]). Ebenso kann der Rechtsverlust, der durch Vollendung der Verjährung oder durch Ablauf einer Ausschlußfrist eintritt, nicht mit Hilfe eines Bereicherungsanspruchs wettgemacht werden, denn es ist der Zweck dieser Einrichtungen, nach Umfluß eines gewissen Zeitraums Ruhe zu schaffen (vgl. RG 70, 352; Warn 1920 Nr 151). Von der Ersitzung gilt insofern das gleiche, als der Ersitzende nicht dem früheren Eigentümer als solchem haftet; doch ist er der Kondiktion unterworfen, wenn auch ohne den den sofortigen Eigentumserwerb hindernden Mangel eine Bereicherungs- oder sonstige Rückgabepflicht für ihn bestanden haben würde. d) Kann auch ein rechtskräftiges Urteil rechtsgrundlos bereichern? Die Frage muß verneint werden. Allerdings wird durch ein fehlgehendes Urteil der Rechtszustand geändert. Da aber das rechtskräftig Zu- oder Aberkannte nicht mehr in Frage gestellt werden darf, kann darin keine Bereicherung, geschweige denn eine

grundlose gefunden werden, so daß eine Kondiktion ausgeschlossen ist (vgl. RG 1, 95; 36, 205; 39, 142; 46, 77; 69, 279; JW 1913, 437[15]; 1915, 1123[7]; Gruch 63, 614). Lediglich in dem Falle, wenn das Urteil vom Sieger durch eine unerlaubte Handlung erwirkt wurde, ist neben der actio doli (Vorbem 8 vor § 104, § 826 A 5d) auch eine Kondiktion gegeben (vgl. unter a; anders nach früherem Recht RG 46, 78). Natürlich sind als Kondiktionsgründe nur diejenigen Tatsachen ausgeschlossen, die vor dem für die Rechtskraft maßgebenden Zeitpunkt liegen. Nachträgliche Tatsachen, d. h. solche, die nach dem Schlusse der letzten Verhandlung oder nach Ablauf der Einspruchsfrist eingetreten sind (vgl. ZPO § 767 Abs 2), können ohne Verstoß gegen die Rechtskraft zur Stütze einer Rückforderung benutzt werden. Daher kann das zufolge dem Urteil Gezahlte kondiziert werden, wenn nachträglich die Gegenleistung des Nachleistungsbefugten unmöglich wird oder eine Resolutivbedingung eintritt oder der Schadensersatzberechtigte anderweiten Ausgleich erhält (RG Recht 1913 Nr 1631) oder ein neues Gesetz die Pflicht, einer Person wie dem früheren Kläger Unterhalt zu gewähren, beseitigt (RG 46, 66; vgl. dazu aber RG 48, 4). Nur ist dabei zu beachten, daß ein vor dem entscheidenden Zeitpunkt begründetes Gestaltungsrecht auch bei späterer Ausübung nicht als nachträgliche Tatsache behandelt werden darf (Aufrechnung RG 64, 228, JW 02, 531[8], 1917, 106[8], Warn 1910 Nr 76, RG SeuffA 63 Nr 76, RG SächsArchR 1915, 264; Anfechtung RG JW 1913, 103[18]; Rücktritt). Auf der andern Seite läßt sich in einem besondern Falle ein solches Urteil unter Zurückgreifen auf ein früheres Ereignis unschädlich machen. Ist jemand zur Zahlung verurteilt, obwohl er bereits gezahlt hatte — sei es, daß die Einrede der Zahlung nicht vorgebracht oder nicht für bewiesen erachtet wurde —, so kann er zwar das auf Grund des Urteils zum zweitenmal Gezahlte nicht als Leistung einer Nichtschuld zurückverlangen (unrichtig OLG Düsseldorf JW 1916, 686). Wohl aber kann er nunmehr die erste Zahlung kondizieren, da ihr Zweck, die Schuld zu tilgen, infolge des Urteils weggefallen ist. Die Rechtskraft des Urteils wird hiermit nicht angetastet, denn rechtskräftig festgestellt ist nur das Bestehen der eingeklagten Forderung, nicht der Grund, warum das Gericht sie als bestehend ansah. Rechnet aber der Verurteilte gegen die Judikatforderung mit der cond. ob causam finitam auf (was zulässig ist, da diese Kondiktion erst mit der Rechtskraft entsteht) und erwirkt er eine einstweilige Anordnung nach ZPO § 769, so ist seine Lage annähernd die gleiche wie vor dem Urteil.

7. Die **Verpflichtung** dessen, der etwas grundlos erlangt hat, wird hier kurz dahin gekennzeichnet, daß sie auf Herausgabe des Erlangten gerichtet ist. Inhalt und Umfang dieser Herausgabepflicht werden näher bestimmt durch §§ 818—820. Die in § 818 Abs 3 grundsätzlich vorgeschriebene Beschränkung auf die Bereicherung rechtfertigt den Ausdruck Bereicherungsanspruch. — Wegen des Leistungsortes der Verpflichtung vgl. § 818 A 8 a. E. — Ist der anspruchbegründende Tatbestand bei einer Mehrheit von Personen eingetreten, so haftet jede auf das, was sie erlangt hat (RG Recht 1919 Nr 249). So auch dann, wenn bei einem gegenseitigen Vertrage auf der einen Seite mehrere stehen. Der Umstand, daß die mehreren im Fall der Gültigkeit des Vertrags für die Leistung nach § 427 im Zweifel als Gesamtschuldner hätten aufkommen müssen, hat, wenn der Vertrag nichtig ist, keine gesamtschuldner'sche Haftung auf Herausgabe der Bereicherung zur Folge. Das wird von RG JW 09, 274[8]; Warn 1914 Nr 114; RG Recht 1911 Nr 48 für den Fall der anfänglichen Nichtigkeit anerkannt; es gilt aber auch dann, wenn der Vertrag durch Anfechtung nichtig geworden ist (a. M. RG 67, 260). Bestimmte der Vertrag, daß die mehreren Gläubiger Gesamtgläubiger sein sollten, so daß der Schuldner nach Belieben an jeden von ihnen leisten durfte (§ 428), so haftet als Kondiktionspflichtiger nur derjenige, dem tatsächlich geleistet wurde (RG Warn 1911 Nr 24). — Der Bereicherungsanspruch verjährt (abgesehen von Sonderfällen, vgl. z. B. §§ 977, 2287: 3 Jahre, §§ 1301, 1302: 2 Jahre) in der gewöhnlichen 30jährigen Frist des § 195, mag auch die Bereicherung durch Tilgung einer Schuld des Beklagten erfolgen, für die eine kürzere Verjährungsfrist vorgeschrieben ist. Nicht entgegensteht, daß die kurze Verjährung von Ansprüchen für Lieferung von Waren oder Ausführung von Arbeiten nach § 196 ohne Unterschied Platz greift, ob der Anspruch auf Vertrag, Geschäftsführung oder Bereicherung gestützt wird (vgl. § 196 A 1 a. A.). Hier erzeugt die bereichernde Zuwendung erst zugleich den Anspruch aus den Leistungen, dessen kurze Verjährung eine vertragsmäßige Grundlage nicht voraussetzt, wogegen in dem obenerwähnten Fall die Zuwendung eine Verpflichtung des Bereicherten schon vorfindet (vgl. RG 86, 96). — Subsidiär ist der Bereicherungsanspruch nicht. Hat der Berechtigte einen anderweiten Anspruch gegen einen Dritten, so kann er gleichwohl gegen den Bereicherten klagen (RG 48, 139; JW 1919, 715[1]; RG 20. 6. 06 I 60/06). Auch dann, wenn ihm gegen diesen selber mehrere Ansprüche zustehen, läßt sich ein Vorzug des andern Anspruchs vor dem Bereicherungsanspruch nicht begründen. Natürlich kann die Frage der Subsidiarität nur aufgeworfen werden, wenn der Tatbestand außer dem andern Anspruch einen Bereicherungsanspruch auch wirklich erzeugt (z. B. Anspruch aus unerlaubter Handlung oder nützlicher Geschäftsführung und Kondiktion). Neben dem Erfüllungs-

anspruch aus einem gültigen Vertrage ist für den Bereicherungsanspruch kein Raum (RG JW 08, 403 [4], vgl. auch A 9 a. E.)

8. Späterer Wegfall des Rechtsgrundes (condictio ob causam finitam). Der Rechtsgrund kann kraft Gesetzes gegen den Willen der Parteien oder auch deshalb wegfallen, weil die Leistung von vornherein nur zu einem vorübergehenden Zweck bewirkt und dieser erreicht ist. Beispiele sind die Wiedergewinnung der verlorenen Sache durch den Eigentümer, dem der für den Verlust Verantwortliche, ohne sich den Eigentumsanspruch abtreten zu lassen, Schadensersatz geleistet hat (§ 255 A 2); die kraft gegenseitigen Vertrags bewirkte Leistung, wenn die Gegenleistung ohne Verschulden eines Teiles unmöglich wird (§ 323 Abs 3); der im voraus bezahlte Mietzins oder Dienstlohn nach §§ 543 Abs 2, 628 Abs 1 Satz 3; die widerrufene Schenkung (§§ 531 Abs 2, 1584); der Eintritt der auflösenden Bedingung oder Befristung bei dem der Leistung unterliegenden Geschäft; vgl. auch RG 89, 27; Gruch 49, 896. Sachlich gehört hierher auch die Rückforderung des auf Grund eines Vorbehaltsurteils in der Berufungsinstanz Gezahlten, nachdem das Urteil infolge der vorbehaltenen Verteidigungsmittel aufgehoben ist (ZPO §§ 529, 541). Für die Fälle des Rücktritts vom Vertrage, der Draufgabe nach Aufhebung des Vertrags, des Schuldscheins nach Tilgung der Schuld hat das BGB durch besondere Vorschriften gesorgt (§§ 346 ff., 337 Abs 2, 371, 1144). Doch kann auch im Falle des Rücktritts ein Bereicherungsanspruch Platz greifen, wenn der Schuldner vor Abgabe der Rücktrittserklärung an den Zessionar des Gläubigers geleistet hatte. Stets ist Voraussetzung der Kondiktion, daß der Wegfall des rechtlichen Grundes in die Vergangenheit zurückwirkt. Die Nichtigkeitserklärung eines Patentes ändert nichts daran, daß der Käufer des Patentes oder der Lizenznehmer bis zur Rechtskraft des Urteils tatsächlich Schutz genossen hat; daher kann die Gegenleistung, soweit sie auf diese Zeit entfällt, nicht zurückgefordert werden (RG 17, 53; 20, 128; 78, 12). Eine ähnliche Rechtslage nimmt die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts auch für Gebrauchsmuster an (vgl. RG 86, 45; JW 1916, 271 [14]; Warn 1916 Nr 114; anders früher RG 68, 292; JW 00, 317 [18]; RG LZ 08, 449).

9. Nichteintritt des nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckten Erfolgs. Gemeint ist der Fall, daß ein von der Zukunft erwarteter Erfolg nicht eintritt, condictio ob causam datorum (cond. causa data causa non secuta). Der Erfolg muß nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts bezweckt sein. Eine bloße einseitige Voraussetzung genügt nicht; es genügt auch nicht, wenn der Beweggrund des Leistenden dem Gegner erkennbar oder von ihm erkannt ist. Die Windscheidsche Lehre von der Voraussetzung ist vom Gesetz nicht aufgenommen worden (RG 62, 267; 66, 132; anders der Fassung, wenn nicht der Sache nach RG Recht 09 Nr 2389; 1917 Nr 604). Vielmehr muß der Zweck Vertragsinhalt geworden sein, indem sich die Parteien über ihn als über einen wesentlichen Bestandteil des Vertrags ausdrücklich oder stillschweigend geeinigt, d. h. das Rechtsverhältnis von seiner Erreichung abhängig gemacht haben (RG JW 1912, 35 [23]; 1915, 1117 [3]; 1917, 103 [5]; Warn 1916 Nr 225; 1917 Nr 112; RG Recht 1912 Nr 213; 1915 Nr 1066; 1916 Nr 1289; 1919 Nr 1416). Ob der bezweckte Erfolg eine Handlung des Empfängers oder ein anderes Ereignis ist, macht keinen Unterschied; es kommt auch nicht darauf an, ob der Zweck der Leistung ihrer Natur nach innewohnt oder von außen hinzutreten soll. Die Rückforderung ist zulässig: a) wenn die Leistung unmittelbar durch sich selbst einen bestimmten Zweck erfüllen soll und dieser Zweck fehlschlägt. Beispiele: Quittung über erwartete, demnächst nicht geleistete Zahlung; Hingabe eines Schuldscheins über ein zugesagtes, aber später nicht gewährtes Darlehn (RG JW 09, 415 [10]), eines Wechsels über künftige Schuld, die nicht entsteht (RG 56, 317); Vorschuß auf den Jahresgewinn einer Gesellschaft, wenn das Jahr mit Verlust endet (RG 85, 43; RG Recht 1915 Nr 1326); unbedingte Leistung auf aufschiebend bedingte Schuld, deren Bedingung ausfällt; Hingabe condicionis implendae gratia, sofern das letztwillig Zugewendete nicht erworben wird; Aussteuer der Braut nach späterer Auflösung der Verlobung usw. (nicht auch Zahlungen zur Sanierung notleidender Gesellschaften; sie werden à fonds perdu gegeben, RG 18. 2. 16 II 413/15). Ebenso liegt es, b) wenn der Empfänger das Erhaltene nicht in der bestimmten Weise verwendet. So wenn Anliegerbeiträge gezahlt werden und die geplante Straße nicht hergestellt wird (RG 75, 145); so bei der Zahlung von Baugeld, wenn das Geld anderweit verbraucht wird (RG 21. 9. 11 IV 682/10); bei der Schenkung, die der Beschenkte nicht annimmt (§ 516 Abs 2); bei Schenkung oder letztwilliger Verfügung unter einer Auflage, wobei jedoch die Voraussetzungen der Rückforderung besonders geregelt sind (§§ 527, 2196). Die Kondiktion ist nicht minder zulässig, c) wenn vergeblich der Versuch gemacht wurde, den Empfänger durch die Leistung zu einem gewissen Verhalten zu bestimmen. z. B. Zahlung des unterschlagenen Betrags durch Angehörige des Täters, um Strafanzeige zu verhüten (RG JW 02 Beil 220 [71]; 1912, 35 [23]; SeuffA 59 Nr 102; OLG 23, 54); Bürgschaft, um dem Schuldner Stundung oder ein weiteres Darlehen zu verschaffen oder den Konkurs abzuwenden (RG JW 03 Beil 106 [237]; 1911, 540 [15]; Warn 1913 Nr 360; 1916

Nr 225); Zahlung auf einen formnichtigen Vertrag in der Annahme, der Gegner werde erfüllen (RG 53, 237; 98, 237; RG Recht 09 Nr 822); Leistung von Diensten in Erwartung der Adoption oder der Überlassung des Gutes (RG JW 03 Beil 142[312]) oder in Erwartung letztwilliger Zuwendungen (RG Warn 1911 Nr 267; RG SeuffA 70 Nr 149); Vorrangseinräumung für eine Baugelderhypothek, auf welche das Baugeld nicht gezahlt wird (RG 61, 37). — Nicht hierher gehört der Fall, daß ein gültiger gegenseitiger Vertrag vom andern Teile nicht erfüllt wird. Die Leistung erfolgt in solchem Falle zur Erfüllung einer bestehenden Verpflichtung, nicht bloß zu dem Zweck, damit der andere seinerseits leistet. Dem Leistenden steht der Anspruch auf Erfüllung sowie unter den gesetzlich (§§ 325, 326) oder vertragsmäßig bestimmten Voraussetzungen das Rücktrittsrecht nach §§ 346ff. zu, während eine Kondiktion, abgesehen von §§ 323 Abs 2, 327, nur dann Platz greift, wenn ein über die Gegenleistung hinausgehender Erfolg bezweckt war (RG 66, 134; Warn 1917 Nr 112; OLG 20, 243; LZ 1916, 895).

10. Eine Gruppe für sich im Gegensatz zu den realen Leistungen bilden die Zuwendungen, die durch **Begründung einer abstrakten Forderung** geschehen. Dahin gehören das Schuldversprechen des § 780 mit dem Unterfall des kaufmännischen Verpflichtungsscheins (HGB § 363), das Anweisungsakzept (§ 784), die wechsel- und scheckmäßigen Schulderklärungen (Ausstellervermerk, Indossament, Wechselakzept usw.), die Schuldverschreibung auf den Inhaber (§ 793); auch das abstrakte Schuldanerkenntnis des § 781 kann von den Parteien als Form für die Begründung einer abstrakten Forderung benutzt werden (vgl. A 11). Das abstrakte Versprechen dient vorwiegend der Erfüllung einer kausalen Forderung, ist aber auf diesen Fall nicht beschränkt, sondern kommt auch credendi oder donandi causa vor. Die causa donandi hat das Besondere, daß ein schenkweise erteiltes abstraktes Versprechen mangels gerichtlicher oder notarieller Form nichtig ist (§ 518 Abs 1 Satz 2). Eine ähnliche direkte Einwirkung der Kausa findet sich in § 656 Abs 2, § 762 Abs 2, § 764 und BörsG §§ 55, 59: das abstrakte Versprechen, das über einen Ehemäklerlohn, eine Spiel- oder Differenzschuld oder eine Schuld aus einem nicht verbotenen Börsentermingeschäft gegeben wird, ist unverbindlich, aber erfüllbar. Im übrigen werden die Mängel der Kausa, wie bei den realen Leistungen, durch kondiktionsmäßige Ausgleichung geltend gemacht; vgl. z. B. RG 67, 240 (abstraktes Versprechen unentgeltlicher Abtretung eines Grundstücksstreifens zum Zweck der Beseitigung eines in Wahrheit nicht bestehenden Bauverbotes); Recht 1919 Nr 1087 (Schuldversprechen an ein Stiefkind in der Meinung, es sei pflichtteilsberechtigt) und zu § 814 RG JW 1910, 704[3]; Gruch 58, 977. Bei der Rückforderung aus verbotenem oder unsittlichem Grunde ist der Fall des beiderseitigen Verstoßes gegen Gesetz oder gute Sitten (§ 817 Satz 2) abweichend von dem, was für reale Leistungen gilt, geregelt (vgl. § 817 A 4). Als Mittel für die kondiktionsmäßige Ausgleichung gewährt das Gesetz außer dem Bereicherungsanspruch (condictio obligationis, cond. indebiti promissi, auch cond. liberationis genannt) die Bereicherungseinrede (§ 821). Der Inhalt des Anspruchs ist nach § 821 auf „Befreiung" des Versprechenden von der Verbindlichkeit, d. h. auf den Abschluß eines Erlaßvertrags (§ 397) gerichtet; außer der Befreiung kann arg. § 371 Rückgabe des Schuldscheins verlangt werden. Hat der Empfänger des abstrakten Versprechens die Forderung abgetreten, so steht die Bereicherungseinrede nach § 404 auch dem neuen Gläubiger entgegen (vgl. § 821 A 1). Der Anspruch kann nach der Abtretung gegen den Erstgläubiger überhaupt nicht mehr, gegen den neuen Gläubiger nach § 822 nur dann geltend gemacht werden, wenn die Abtretung unentgeltlich geschah (nicht abweichend RG 86, 301 und RG Recht 1916 Nr 56, die nur den aus § 1169 hergeleiteten Anspruch auf Löschung der Hypothek betreffen). Hat aber der Versprechende in Unkenntnis der Bereicherungseinrede an den Zessionar gezahlt, so steht ihm eine doppelte Möglichkeit offen, insofern er nach § 813 gegen den Zessionar die condictio indebiti hat oder nach § 818 Abs 2 vom Zedenten den Wert der Forderung, d. h. regelmäßig das dafür empfangene Entgelt, herausverlangen kann. Ist mit Hilfe des einen Anspruchs der Verlust ausgeglichen, so erlischt der andere; kondiziert der Versprechende gegen den Zedenten, so muß er ihm die condictio indebiti gegen den Zessionar abtreten. — Anders verhält es sich bei den Forderungen aus indossablen Papieren oder Inhaberpapieren. Das Indossament und die Übergabe des Papiers sind keine Übertragung, sondern Neubegründung einer Forderung. § 404 findet keine Anwendung, vielmehr schließen § 796 und WO Art 82 die Einwendungen aus der Person eines Vormanns grundsätzlich aus; Ausnahmen in den Fällen des § 826, des Inkassomandats und der sonstigen unentgeltlichen Begebung des Papiers.

11. **Vertragsmäßige Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses.** — 1. Positives Schuldanerkenntnis. Gemeint ist das abstrakte Anerkenntnis des § 781. Bei einem Anerkenntnis, das Bestandteil eines gegenseitigen Vertrags ist, ist für eine Kondiktion kein Raum (RG Recht 1914 Nr 195); wie ein unselbständiges Schuldversprechen (RG Recht 1912 Nr 573; 1916 Nr 671) steht und fällt es mit dem Vertrage.

Materielle Bedeutung hat ein solches bloß bestätigendes Anerkenntnis nur insofern, als es das ursprüngliche Geschäft abändert oder einen stillschweigenden Verzicht auf Einreden oder auf Aufrechnung enthält (RG JW 06, 742[12]; 1916, 960[5]). Anders das abstrakte Schuldanerkenntnis, das a) unter Umständen wegen Unrichtigkeit des Anerkannten kondiziert werden kann. Zwar ist nicht gesagt, daß die Kondiktion im Falle der Unrichtigkeit die ausnahmslos notwendige Folge wäre. Das Anerkenntnis kann so gemeint sein, daß die Schuld ohne Rücksicht darauf anerkannt werden soll, ob sie besteht oder nicht; alsdann ist, auch wenn sie nicht besteht, die Kondiktion ausgeschlossen (RG Recht 1915 Nr 2267; RG 8. 11. 17 IV 258/17). In diesem Sinne ist das nach ZPO § 307 im Prozeß abgegebene Anerkenntnis aufzufassen, so daß schon deshalb, abgesehen von Gründen prozessualer Art, die Kondiktion nicht statthat (OLG 13, 150; 18, 57; 29, 228; JW 1917, 820). Aber keineswegs immer entspricht eine solche Auslegung dem Willen der Parteien. Namentlich für das Anerkenntnis, das auf Grund einer Abrechnung ergeht, nimmt die Rechtsprechung an, daß es kondiziert werden kann, wenn einbezogene Schuldposten ganz oder teilweise nicht bestanden haben (vgl. RG JW 06, 351[10]; 08, 31[6]; 1919, 568[1]; RG Recht 1913 Nr 2289; 1916 Nr 55; 1920 Nr 890). Im übrigen ist von Fall zu Fall zu prüfen, in welchem Sinne das Anerkenntnis gemeint war; vgl. die Urteile RG JW 1910, 752[12] (Anerkenntnis der Unterhaltspflicht gegenüber einem unehelichen Kinde im Glauben, gesetzlich als Vater zu gelten; s. dazu RG JW 1917, 103[5]); RG LZ 1915, 523 (Schuldanerkenntnis in der irrigen Meinung, aus einer formlos eingegangenen Bürgschaft verpflichtet zu sein); RG 83, 184 (Schuldanerkenntnis gegenüber einem zweiten Zessionar in Unkenntnis der Abtretung an den ersten; s. § 407 A 1). Wird das Anerkannte erst durch ein nachträgliches Ereignis unrichtig, so greift die Kondiktion Platz, wenn das Anerkenntnis isoliert, nicht, wenn es auf Grund einer Abrechnung erging (RG Recht 1920 Nr 2384). Die Unrichtigkeit des Anerkannten ist anderseits nicht der einzige Grund der Kondiktion. Denkbar ist ferner b) eine Kondiktion, weil der Anerkennende irrig geglaubt hat, gerade zur Anerkennung verpflichtet zu sein, während er die Richtigkeit des Anerkannten dahingestellt läßt (vgl. Mot 2, 693). c) Sehr häufig endlich kommt es vor, daß die Parteien die Unrichtigkeit des Anerkannten (d. h. die Tatsache, daß der Anerkennende bisher noch nichts schuldet) kennen und die Anerkennung nur als Ausdruck für ein abstraktes Schuldversprechen wählen. Die Worte lauten dabei möglicherweise sogar auf Empfang eines Darlehns (vgl. RG JW 1910, 704[3]; Warn 1911 Nr 232; Gruch 49, 916), während freilich in der Regel mit dem Darlehnsbekenntnis eine Schuld eingegangen werden soll, die durch das Bestehen einer früheren Schuld bedingt ist (vgl. RG 62, 52; 76, 60; Gruch 51, 941; § 607 A 6). Ist ein abstraktes Schuldanerkenntnis als Form für ein Schuldversprechen beabsichtigt, so kann eine Kondiktion aus dem Grunde der Mangelhaftigkeit der in der Anerkennung liegenden Zuwendung gegeben sein, wie z. B. in dem Falle, wenn ein Anerkenntnis zur Erfüllung eines nach § 779 unwirksamen Vergleichs erfolgt (vgl. RG 61, 321). Wegen des Kondiktionsanspruchs und der Kondiktionseinrede in allen Fällen unter 1 s. A 10. — 2. Negatives Schuldanerkenntnis, d. h. das abstrakte vertragsmäßige Anerkenntnis des Nichtbestehens der Schuld, wie es in § 397 Abs 2 geregelt ist. Das Beweismittel für die Tatsache der erfolgten Zahlung, als welches sich die Quittung im Zweifel darstellt (§ 368 A 1), beruht auf Wissens-, nicht auf Willenskundgabe, ist daher nicht vertragsmäßig und kann nicht kondiziert werden. Um ein bloßes Empfangsbekenntnis handelt es sich oft auch dann, wenn der Wortlaut dem § 397 Abs 2 angepaßt ist (vgl. RG Warn 1919 Nr 113). Sind aber die Parteien über das Vorhandensein eines negativen Anerkenntnisses einverstanden, so kann, ebenso wie bei dem positiven des § 781, eine Kondiktion stattfinden a) wegen Unrichtigkeit des Anerkannten. Auch hier ist die Kondiktion ausgeschlossen, wenn die Parteien die Rechtslage eventuell auch ändern wollten, so daß der Gläubiger für den Fall, wenn die Schuld wider Erwarten dennoch bestehen sollte, gewillt war, sie aufzuheben (vgl. RG Warn 1910 Nr 437; RG Recht 1911 Nr 318; 1912 Nr 2035). Da eine solche Willensmeinung möglich ist und nach der Fassung des § 397 Abs 2 sogar als Regel gilt, ist die Beweislast anders zu verteilen als nach dem gewöhnlichen Recht der condictio indebiti (§ 814 A 4): der klagende Gläubiger hat neben dem Bestehen der Schuld zugleich zu beweisen, daß es ihm um Klärung der Rechtslage zu tun war, d. h. daß er geirrt hat. b) Kondiktion wegen Nichtverpflichtung zur Erteilung des Anerkenntnisses. Der frühere Mündel, der in dem irrigen Glauben, dazu verpflichtet zu sein, den Vormund entlastete, braucht nicht darzutun, daß dieser noch Vermögen aus der Verwaltung hinter sich hat, sondern kann (kraft Kondiktion) Abrechnung verlangen (RG JW 02 Beil 255[168]; RG Recht 1915 Nr 1527; § 1892 A 2). c) Kannten die Parteien das Bestehen der Schuld und gebrauchten sie das Anerkenntnis nur als Form für einen Erlaß, so wird eine Kondiktion durch die Mangelhaftigkeit der in dem Erlasse liegenden Zuwendung begründet (vgl. RG 53, 293; Gruch 57, 959; RG Recht 1914 Nr 2411). Der gegen das negative Schuldanerkenntnis gerichtete Anspruch, der durch Wegfall der Bereicherung des Anerkenntnisempfängers ausgeschlossen wird (§ 818 Abs 3), geht grundsätzlich auf Wieder-

herstellung der Forderung und Herausgabe der Quittung (condictio acceptilationis). Wegen der Möglichkeit, einfach die alte Forderung geltend zu machen, vgl. § 818 A 2.

§ 813

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit[1]) Geleistete[2]) kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde[3]). Die Vorschrift des § 222 Abs 2 bleibt unberührt[4]).

Wird eine betagte Verbindlichkeit vorzeitig erfüllt, so ist die Rückforderung ausgeschlossen; die Erstattung von Zwischenzinsen kann nicht verlangt werden[5])[6]).

E I 737 Abs 2, 738 II 738; M 2 831—835; P 2 682, 686—688, 693, 694.

1. Erste Voraussetzung der condictio indebiti ist, daß **zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geleistet wurde.** Über diesen Zweck müssen die Leistungsbeteiligten einig gewesen sein. Gingen ihre Erklärungen auseinander, indem die des Empfängers auf Schenkungsannahme, die des Leistenden auf Schuldtilgung gerichtet war, so greift die allgemeine condictio sine causa (§ 812 A 6 unter 1 a), nicht die condictio indebiti Platz. Kommen mehrere Schulden in Betracht, so entscheidet nach § 366 die Bestimmung des Schuldners, welche von ihnen getilgt sein soll. Hat dieser seinen Willen erklärt und ist zwar nicht die bestimmte Schuld, aber eine andere rechtsbeständig, so kann der Gläubiger, wenn die Voraussetzungen dafür gegeben sind, gegenüber der Kondiktion des Schuldners aufrechnen, nicht aber einfach eine andere Anrechnung bestimmen. Wurde eine Bestimmung vom Schuldner nicht getroffen, so liegt Zahlung einer Nichtschuld so lange nicht vor, als überhaupt eine Forderung besteht. — Die Verbindlichkeit, zu deren Erfüllung geleistet ist, kann eine eigene oder die eines Dritten sein; über die Kondiktion dessen, was der Dritte nicht schuldete, s. A 6 unter a, § 812 A 1. In aller Regel handelt es sich um eine Verbindlichkeit schuldrechtlicher Art. Es genügt aber auch, wenn der Leistende einem dinglichen Anspruch nachkommen, z. B. eine vermeintliche Grundschuld tilgen wollte. Keine condictio indebiti ist gegeben, wenn ein Grundstückseigentümer sich abstrakt zur Zahlung verpflichtet, weil er irrig glaubt, mit dem Grundstück dinglich bereits zu haften; die in dem Versprechen liegende Leistung bezweckt hier nicht die Erfüllung einer Verbindlichkeit (RG Recht 1914 Nr 2258). Wegen unvollkommener Verbindlichkeiten vgl. A 4, wegen öffentlich-rechtlicher Vorbem 2.

2. Zur Erfüllung der Verbindlichkeit muß **geleistet** sein. Ob gerade der vermeintlich geschuldete Gegenstand geleistet wird oder an Erfüllungs Statt (§ 364 Abs 1) oder erfüllungshalber ein anderer, ist gleichgültig. Auch ein novierendes Versprechen, d. h. die Hingabe eines Versprechens an Erfüllungs Statt, kann kondiziert werden (vgl. § 812 A 10, 11). Wie die Erfüllung, ist ferner die Hinterlegung unter Verzicht auf die Rücknahme zu behandeln (§ 378); im Falle der Nichtschuld wird der Verzicht kondiziert, d. h. die Einwilligung des angeblichen Gläubigers in die Rücknahme des Hinterlegten verlangt. Hat dagegen der vermeintliche Schuldner aufgerechnet, so ist es ebenso, wie wenn nur er, nicht der andere Teil Schuldner war. Da nicht beide Personen einander Leistungen schuldeten, ist die Aufrechnung unwirksam; für eine Rückforderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung bleibt kein Raum (vgl. § 387 A 4). Auch bei der vertragsmäßigen Aufrechnung muß als Parteiabsicht gelten, daß die eine Forderung nicht ohne die andere aufgehoben sein soll (RG JW 1910, 752[10]; 1916, 484[4]; Warn 1920 Nr 160; RG Recht 1914 Nr 2408; a. M. RG 63, 190).

3. Die Schuld muß **nicht bestanden** haben, sei es, daß sie von Anfang an nicht bestand oder zur Zeit der Leistung erloschen war. Dem stellt das Gesetz es gleich, wenn dem Anspruch eine dauernde Einrede entgegengesetzt werden konnte. Nur dauernde Einreden, nicht bloß vorübergehende, machen die Schuld praktisch zur Nichtschuld (RG 62, 54; 68, 304); wurde z. B. bei Zahlung des Werklohns ein Mangel übersehen, der sich beseitigen läßt, so kann der Besteller nicht kondizieren (RG 22. 12. 16 VII 267/16). Einreden, die hierhin gehören, sind die Einrede gegen eine Forderung, welche ohne rechtlichen Grund oder durch eine unerlaubte Handlung des Gläubigers entstanden ist (§§ 821, 853); die Einrede des mit einer anfechtbaren letztwilligen Verfügung Beschwerten nach Versäumung der Anfechtungsfrist (§§ 2083, 2345); die Einrede des persönlichen Schuldners gegen den Hypothekengläubiger, der ihn nicht gehörig von der Zwangsversteigerung benachrichtigt hat (§ 1166); ferner Einreden aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch, z. B. die auf § 667 gestützte Einrede des Auftraggebers gegen den vindizierenden Beauftragten in RG 72, 192. Bei andern Einreden ist es ungeachtet ihres dauernden Charakters nicht so sicher, ob wirklich die in Unkenntnis erfolgte Zahlung die Kondiktion begründet. So wird

in Fällen der beschränkten Haftung zu prüfen sein, ob die Beschränkung auch die Schuld und nicht allein die Haftung betrifft, wie etwa wenn der Erbe an den im Aufgebotsverfahren Ausgeschlossenen oder bei geringfügigem Nachlaß im Irrtum über diese Umstände voll gezahlt hat (§§ 1973, 1990). Nicht zur Kondiktion führt jedenfalls die Einrede des § 478. Die §§ 477, 478 lassen deutlich den Willen des Gesetzes erkennen, daß nach Verjährung des Wandlungs- oder Minderungsanspruchs nur noch eine verteidigungsweise Geltendmachung des Mangels zulässig sein soll (**RG** 74, 292); es wäre hiermit unvereinbar, wollte der Käufer, der den Kaufpreis im voraus zahlte und den Gewährleistungsanspruch verjähren ließ, auf Grund einer Mängelanzeige kondizieren (vgl. OLG 12, 266; LZ 07, 234). — Zahlung einer Nichtschuld kann schließlich vorliegen, obgleich die Forderung an sich zu Recht bestand und auch nicht mit einer Einrede behaftet war. Hat der Schuldner in Unkenntnis eines ihm zustehenden Anfechtungsrechts geleistet, so eröffnet die nachträgliche Anfechtung die Bahn nicht für die cond. ob causam finitam, sondern, da das Geschäft nunmehr als nicht geschlossen gilt (§ 142), für die cond. indebiti. Ein Rückforderungsrecht hat aber auch derjenige Schuldner, der bei der Zahlung nicht wußte, daß er aufrechnen konnte. Die Aufrechnungsmöglichkeit bedeutet eine facultas alternativa, eine Abfindungsbefugnis, kraft deren der Schuldinhalt anders beschaffen war, als der Zahlende glaubte (vgl. A 6 unter c). Es erscheint auch billig, daß der Schuldner die nur aus Irrtum über sein Recht entrichteten Zinsen und Vertragsstrafgelder wiedergewinnt.

4. Die **Einrede der Verjährung** (§ 222 Abs 1) ist eine dauernde Einrede und würde nach Abs 1 Satz 1 des § 813, wenn der Schuldner geleistet hat, ohne sie zu kennen, die Kondiktion begründen. Der in Satz 2 angezogene § 222 Abs 2 schreibt aber eine Ausnahme vor. Das zur Befriedigung eines verjährten Anspruchs Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, auch wenn die Leistung in Unkenntnis der Verjährung bewirkt wurde; das gleiche gilt von einem vertragsmäßigen Anerkenntnis sowie von einer Sicherheitsleistung des Verpflichteten. Dem entspricht es, daß Leistung in Kenntnis der Verjährung nicht als unentgeltliche Zuwendung zu behandeln ist, insbesondere nicht nach KO § 32 angefochten werden kann. Dem Fall der durch Verjährungseinrede entkräftbaren Forderung steht sachlich nahe die Restschuld, die nach Beendigung des Konkurses durch Zwangsvergleich verbleibt. Erzeugt der Zwangserlaß auch nicht nur eine Einrede, so vernichtet er doch die Restforderung nicht vollständig, sondern läßt eine unvollkommene (natürliche) Verbindlichkeit zurück (**RG** 71, 364), die sich in der Forthaftung der Bürgen, Pfänder und sonstigen Sicherungen (KO § 193 Satz 2; **RG** Gruch 54, 1174) sowie darin äußert, daß sie die Grundlage für eine neue Sicherung oder Anerkennung bilden kann (**RG** SeuffA 65 Nr 20; 69 Nr 190). Das ist der Grund, warum eine condictio indebiti ausgeschlossen ist. Da das in Kenntnis des Zwangserlasses Geleistete die Erfüllung einer Rechtspflicht darstellt (**RG** LZ 08, 608), ist es irreführend, wenn bei Verneinung der Kondiktion des in Unkenntnis Gezahlten mitunter auf die bloß moralischen Pflichten (Anstandspflichten) des § 814 Halbs. 2 Bezug genommen wird (vgl. z. B. **RG** 78, 77; **RG** SeuffA 65 Nr 20). Die übrigen unvollkommenen Verbindlichkeiten, bei denen das Gesetz den Erfüllungszwang wegen der Art der Schuld mißbilligt (namentlich die in §§ 656, 762, 764 sowie im BörsG §§ 55, 59 geregelten Fälle der Ehevermittlung, des Spieles, Differenzgeschäfts und des unverbindlichen Börsentermingeschäfts), haben schwächere Rechtswirkungen. Ein Schuldversprechen oder eine sonstige abstrakte Verpflichtung kann hier ebensowenig erzwungen werden wie der ursprüngliche Vertrag (vgl. dazu § 812 A 10); vorgeschrieben ist überall nur der Ausschluß der Rückforderung des Gezahlten. Dabei wird eine Vorauszahlung als bloße Sicherheitsleistung zu behandeln sein (vgl. § 762 A 3, § 764 A 3). Außerdem ist zu beachten, daß, wer über eine solche Schuld einen Wechsel akzeptiert, noch nicht dadurch zahlt, daß er der Weiterbegebung des Wechsels, wodurch der Gläubiger die Valuta empfängt, zustimmt. Er kann deshalb doch kondizieren, es sei denn, daß er den Wechsel freiwillig und nicht nur mit Rücksicht auf WO Art 82 eingelöst hat (**RG** 51, 361; 77, 277; vgl. § 762 A 4). Und selbstverständlich greift die Kondiktion Platz, wenn der unvollkommenen Verbindlichkeit außer ihrer Unerzwingbarkeit noch eine andere, dem Zahlenden unbekannt gewesene Einwendung entgegenstand (**RG** JW 1919, 568[1]).

5. **Die vorzeitige Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit ist keine Leistung einer Nichtschuld.** Die Bestimmung, daß Zwischenzinsen (und damit auch Früchte der Sache) nicht zu erstatten sind, entspricht dem § 272, wonach bei wissentlich vorzeitiger Leistung ein Abzug von Zwischenzinsen nicht erlaubt ist. Doch gilt Abs 2 nur für „betagte" Schulden im eigentlichen Sinn, d. h. für solche, die rechtlich bestehen und nur noch nicht fällig sind. Auf Schulden, deren Entstehung auf einen späteren Zeitpunkt hinausgeschoben ist („befristete" Schulden), darf die Vorschrift nicht erstreckt werden. Überläßt der Vermieter dem Mieter die erst von 1922 an vermietete Wohnung aus Irrtum ein Jahr zu früh, so kann er nach § 818 Abs 2 den Wert der Überlassung für das Jahr 1921, die überhaupt nicht geschuldet war, ersetzt verlangen (vgl. auch den Fall **RG** Recht 09 Nr 260). Voraussetzung der Vorschrift ist ferner, daß der Leistende voll geschäftsfähig ist. Andernfalls kann bis zur Fälligkeit die ganze Leistung

nachher der Zwischenzins zurückgefordert werden, ohne daß der Gläubiger, wie sonst bei Erfüllungsleistungen geschäftsunfähiger oder geschäftsbeschränkter Schuldner, ein Zurückbehaltungsrecht geltend machen dürfte. — Hat der **bedingt Verpflichtete** vorzeitig geleistet, ohne zu wissen, daß die Bedingung noch schwebt (vgl. § 814), so steht ihm, bis sie eintritt (nicht nach dem Eintritt, da dolo facit qui petit quod statim redditurus est), die cond. indebiti offen. Fällt die Bedingung aus, so hat er ein Rückforderungsrecht (cond. ob causam datorum) auch dann, wenn die Leistung in Erwartung des Eintritts der Bedingung als Vorauserfüllung gegeben und genommen wurde (vgl. RG 71, 316).

6. Den Fällen der schlichten Nichtschuld reihen sich die andern Fälle an, **in denen eine Schuld zwar bestand, aber nicht zu Lasten des Leistenden oder nicht zugunsten des Empfängers oder mit einem von der Leistung abweichenden Inhalt.** a) Zahlung durch Dritte (vgl. dazu auch § 812 A 4). Zahlt ein Dritter an den Gläubiger in der irrigen Meinung, selber Schuldner oder Mitschuldner zu sein, so kann er von ihm zurückfordern (RG 44, 143; 87, 251; 98, 64; OLG 34, 58). Über die Frage, ob hierbei die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Leistung des indebitum eine Rolle spielt, sowie über den nachträglichen Wegfall der Bereicherung des Gläubigers durch Zahlungsunfähigwerden des Schuldners vgl. § 818 A 7 unter 2d. Zahlt der Dritte dagegen die fremde Schuld nach § 267 als fremde, weil er sich fälschlich dem Schuldner dazu verpflichtet glaubt, so ist es ebenso, wie wenn er sich über das zwischen dem Schuldner und dem Empfänger bestehende Rechtsverhältnis überhaupt keine Gedanken macht; er hat die Kondiktion nur gegen den Schuldner (vgl. RG JW 03 Beil 8[19]; 1912, 690[16]; SeuffA 61 Nr 204). b) Zahlung an den falschen Gläubiger. Weiß der Schuldner, daß der Empfänger nicht der wahre Gläubiger ist und rechnet er auf dessen Genehmigung, so erwächst ihm aus der Vereitlung der Erwartung die cond. ob causam datorum. Anders, wenn er den Empfänger irrtümlich für den Gläubiger oder für dessen Bevollmächtigten ansah; unter solchen Umständen ist der Empfänger, vorausgesetzt, daß der Gläubiger nicht wider Erwarten genehmigt, kraft der cond. indebiti zur Rückzahlung verpflichtet. Der Anspruch hierauf steht dem Schuldner zu, der gezahlt hat; über das Verhältnis zur Kondiktion des Gläubigers wegen unberechtigter Verfügung s. § 816 A 1. c) Leistung eines andern Gegenstandes. Wird etwas anderes als das Geschuldete geleistet, so kann der Schuldner zurückfordern; der Gläubiger hat aber ein Zurückbehaltungsrecht, bis ihm die wirklich gebührende Leistung erbracht wird (§ 273 Abs 1). Ebenso verhält es sich, wenn bei einer Wahlschuld oder einer Gattungsschuld ein bestimmter Gegenstand in dem irrigen Glauben geleistet wird, daß er allein der geschuldete sei (vgl. § 263 A 2c). Kondizieren kann ferner auch derjenige Schuldner, der in Unkenntnis seines Rechtes, den Gläubiger mit einer andern Leistung abzufinden, die Schuld erfüllte (facultas alternativa). Hat der Schuldner, während er nach seiner Wahl einen von zwei Gegenständen leisten mußte, aus Irrtum beide geleistet, so darf er wählen, welchen er zurück haben will.

§ 814

Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewußt hat, daß er zur Leistung nicht verpflichtet war[1])[2]), oder wenn die Leistung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprach[3])[4]).

E I 734 Abs 4 II 739; M 2 831—835; P 2 694—696.

1. **Kenntnis des Nichtschuldigseins.** Weiß der Leistende bei der Leistung (RG Recht 1918 Nr 231), daß er nichts schuldet, so steht ihm die condictio indebiti nicht zu, vgl. die Beispiele in RG JW 04, 407[13]; 08, 467[39] (Börsentermingeschäft). Die Rückforderung wird nicht gestattet, ohne Unterschied, ob sie die Wiedergewinnung realer Leistungen oder die Entkräftung eines abstrakten Versprechens oder Anerkenntnisses bezweckt. Doch schließt nur positive Kenntnis der Rechtslage die Rückforderung aus. Kennenmüssen genügt nicht, auch wenn die Unkenntnis auf grober Fahrlässigkeit beruht (RG 44, 141; 60, 421), und ebensowenig ist die Rückforderung dann ausgeschlossen, wenn zwar die Tatsachen bekannt sind, aber aus Rechtsirrtum nicht der zutreffende Schluß daraus gezogen wird (RG 26. 3. 20 III 379/19). Kenntnis der Nichtschuld liegt auch dann nicht vor, wenn der Zahlende eine Einwendung gegen die Forderung kennt, eine andere Einwendung aber, die der Forderung gleichfalls entgegensteht, ihm unbekannt ist. Er kann in diesem Falle kondizieren, es sei denn, daß er durch die Zahlung auf alle Einwendungen verzichten wollte (RG 21, 199; JW 04, 38[5]). Dagegen versagt die Kondiktion, wenn sein Irrtum nur darin bestand, daß er die ihm bekannte Einwendung nicht beweisen zu können glaubte (RG 59, 354; a. M. RG 21, 198). Ob der Leistende in Schenkungsabsicht handelte oder welcher Beweggrund ihn sonst bestimmte, kommt nicht in Betracht. Anderseits ist zu beachten, daß mit der cond. indebiti nicht notwendig jede andersbegründete Kondiktion entfällt. Wer auf einen formwidrigen gegenseitigen Vertrag, dessen

Richtigkeit er kennt, in Erwartung freiwilliger Erfüllung des Gegners leistet, kann ob causam kondizieren, sofern die Erwartung fehlschlägt (vgl. RG 53, 237; 98, 237; RG Recht 09 Nr 822; OLG 3, 209; 4, 237); ebenso der Käufer, der die Ware trotz Kenntnis ihrer Beschlagnahme durch die Militärbehörde in der vergeblichen Hoffnung bezahlt hat, daß die Beschlagnahme wieder aufgehoben werde (RG Recht 1920 Nr 891); vgl. auch RG 71, 317. Entscheidend ist immer das Wissen als solches; ein Irrtum des Leistenden spielt keine Rolle. Weder bildet der Irrtum den eigentlichen Grund der Kondiktion, noch darf er auch nur mit RG JW 1910, 109[3] als negative Voraussetzung (condicio sine qua non) bezeichnet werden. Der Leistende braucht die Schuld nicht für rechtsbeständig gehalten zu haben; er kann auch dann kondizieren, wenn er hinsichtlich ihres Bestehens Zweifel hatte (RG 59, 354; 72, 199; JW 04, 38[5]; 1919, 720[6]). Doch ist in Fällen dieser Art zu prüfen, ob nicht die Leistung in der erkennbaren Absicht bewirkt und angenommen wurde, daß es dabei bewenden solle, auch wenn die Schuld nicht bestehe. Eine solche Vereinbarung, gewöhnlich als Verzicht, d. h. Erlaß der Kondiktion (§ 397) aufgefaßt, schließt die Rückforderung aus (vgl. RG 56, 354; 71, 317; 72, 199; 95, 349; JW 1919, 720[6]). Ob sie vorliegt, muß meistens aus den Umständen des Falles entnommen werden, wobei der Verkehrsanschauung Rechnung zu tragen ist (RG 97, 140). — Erfolgte die Leistung durch einen Vertreter des Schuldners, so entscheidet nach § 166 Abs 1 das Wissen des Vertreters. Bei einer juristischen Person mit mehreren Organen ist nur auf das mit der Leistung befaßte Organ zu sehen. Hat dieses von dem Nichtbestehen der Schuld keine Kenntnis gehabt, so findet Rückforderung statt, auch wenn einem andern Organe die Kenntnis beiwohnte (vgl. RG 13, 28; 79, 287; RG Recht 1918 Nr 231). Wo nach der Organisation des Schuldners mehrere Beamte zu der Leistung zusammenwirken, kommt es auf denjenigen an, der die Leistung anordnet, nicht auf den, dem nur die unselbständige Ausführung obliegt (RG 95, 126).

2. Rückforderung trotz Kenntnis der Nichtschuld. Der Satz, daß eine Leistung nicht als nichtgeschuldet zurückgefordert werden kann, wenn der Leistende um das Nichtbestehen der Schuld wußte, gilt nicht ganz ausnahmslos. Eine Ausnahme greift im Falle der Vorbehaltszahlung Platz. Darüber, ob eine solche Zahlung vom angeblichen Gläubiger angenommen zu werden braucht, s. § 362 A 4. Nimmt er sie aber an, so kann er gegenüber dem Rückforderungsanspruch nicht einwenden, der Leistende habe den Sachverhalt gekannt (RG Warn 1914 Nr 240; RG LZ 08, 312[4]). Ebenso ist, da § 814 nur für freiwillige Zahlungen gilt, eine Ausnahme zu machen für Zahlungen, die zur Abwendung obrigkeitlicher Gewaltmaßregeln erfolgen (Zahlungen zur Vermeidung einer gerichtlichen oder Verwaltungszwangsvollstreckung). Wegen des RStempStG v. 3. 7. 13 § 110, das auch hier einen Vorbehalt forderte, vgl. Vorbem 2 unter a.

3. Sittliche Pflicht, Anstandspflicht. Die Begriffe sind erläutert in § 534 A 2. Das Verhältnis des § 534 zu § 814 Halbs. 2 ist das, daß dort Schenkungen, d. h. einverständlich unentgeltliche Zuwendungen, vorausgesetzt werden, während § 814 Halbs. 2 den Fall betrifft, wenn die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer als rechtlich bindend vorgestellten Verpflichtung geschah. Bestand die angenommene Verpflichtung nicht, entsprach aber die Leistung einer Sittlichkeits- oder Anstandspflicht, so findet cond. indebiti nicht statt. Es ist hiernach schief, wenn es mitunter heißt, der Leistende brauche nicht die Absicht gehabt zu haben, eine Sittenpflicht zu erfüllen, es genüge das objektive Bestehen einer solchen Pflicht. Vielmehr darf eine derartige Absicht gar nicht vorhanden gewesen sein, wenn § 814 Halbs. 2 zur Anwendung kommen soll. Erkannte der Leistende die Pflicht als bloße Sitten- oder Anstandspflicht, so wußte er, daß er rechtlich zur Leistung nicht verpflichtet war, und kann schon nach Halbs. 1 nicht kondizieren (vgl. RG 78, 78; Gruch 58, 977). Da das in Kenntnis der Rechtslage Geleistete unentgeltliche Zuwendung ist, sind die hierhin gehörigen Fälle von den unvollkommenen Rechtsverbindlichkeiten zu unterscheiden (vgl. § 516 A 4, § 813 A 4). — Sittliche Pflicht verlangt die Unterstützung von Angehörigen über die gesetzlichen Grenzen hinaus (vgl. RG 63, 42). Wer seinen armen Geschwistern durch schriftliches abstraktes Versprechen eine jährliche Rente zusagt, ist gebunden, wenn er dies in der irrigen Meinung tut, zu ihrer Unterhaltung gesetzlich verpflichtet zu sein. Würden die Vertragschließenden die Rechtslage kennen, also über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung einig sein, so wäre das Versprechen nach § 518 Abs 1 wegen Formmangels nichtig. Wo das Angehörigkeitsverhältnis selbst irrig angenommen wird, liegt auch keine sittliche Verpflichtung vor. Daher keine Sittenpflicht des außerehelichen Beischläfers der Mutter zur Gewährung von Unterhaltsgeldern für das Kind, wenn die Beiwohnung vor der kritischen Zeit geschah, so daß Vaterschaft nicht in Frage kommt (RG JW 1910, 752[12]). Was sodann die Berufung auf Verstöße gegen gesetzliche Formvorschriften betrifft, so steht sie, auch wo der Formzwang dem Volksempfinden fremd ist, mit den guten Sitten grundsätzlich nicht in Widerspruch (vgl. Prot 2, 696; RG 52, 5; 58, 218; 70, 20; 72, 343; 73, 209; 96, 313; Warn 09 Nr 537; RG DJZ 03, 31[5]). Doch können besondere Umstände eine abweichende Beurteilung rechtfertigen (vgl. RG Warn 1911 Nr 162; 1912 Nr 189: letztwillige Bedenkung nur eines von mehreren Angehörigen gegen dessen formloses Versprechen, die andern zu entschädigen; RG JW 1917, 480[23]: formloses Versprechen von Pflegeeltern,

die Pflegetochter auszustatten; vgl. auch RG Warn 08 Nr 38). Auch auf den Ablauf einer gesetzlichen Frist darf man sich in der Regel berufen, ohne Sitte und Anstand zu verletzen. Der Wechselregreßschuldner, der vom Inhaber des Wechsels Valuta erhielt, wird dadurch allein nicht sittlich verpflichtet, den verfallenen Wechsel einzulösen (RG 48, 143 gegen OLG 2, 43). Vgl. aber RG Recht 1914 Nr 196, das bei Versäumung des Einspruchs gegen einen Fluchtlinienplan eine Sittenpflicht der Gemeinde annimmt, den durch den Plan zugefügten Schaden einem Grundbesitzer zu ersetzen. Hierher gehört ferner der Gegensatz, der zwischen den Bestimmungen des Börsengesetzes und den Anschauungen der Bankwelt obwaltet. Sollen die Zwecke des Gesetzes erreicht werden, so wird eine sittliche Pflicht zur Erfüllung verbotener Börsentermingeschäfte regelmäßig nicht anzuerkennen sein (vgl. RG JW 04, 38[5]; 09, 59[32]; Warn 1910 Nr 344; RG Recht 04 Nr 2478); anders verhält es sich aber, wenn der Rückfordernde früher aus solchen Geschäften Gewinne eingestrichen hat. Die Wiedereinziehung einer zu Unrecht ausgezahlten Teuerungszulage widerspricht auch dann keiner sittlichen Pflicht, wenn es sich um eine durch Verwaltungsverfügung ausgleichbare Härte handelt (RG Recht 1920 Nr 2387).

4. Beweislast bei der condictio indebiti. Der Kläger hat zu beweisen, daß er geleistet hat, daß die Leistung zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit geschah und daß die Verbindlichkeit nicht bestand. Der letztere Beweis liegt ihm auch dann ob, wenn der Beklagte als Hypothekengläubiger Zahlung erhielt und die Unrichtigkeit des im Grundbuch angegebenen Schuldgrundes feststeht (RG 49, 300). Dagegen braucht der Kläger nicht auch einen Irrtum zu beweisen, der ja überhaupt nicht zu den Voraussetzungen der Rückforderung gehört (A 1). Der Beweis der Klagausschließungsgründe des § 814 ist Sache des Beklagten; er hat also darzutun, daß der Kläger das Nichtbestehen der Schuld kannte (RG 60, 420; 90, 316; JW 1910, 109[8]; Warn 08 Nr 151; RG Recht 04 Nr 2377; 09 Nr 2248) oder daß die Zahlung Sitten- oder Anstandspflicht war. Auch zur Entkräftung eines auf Grund einer Abrechnung erklärten Schuldanerkenntnisses genügt der Nachweis des Nichtbestehens der Schuld, während der Versprechensempfänger die Kenntnis des Versprechenden von dem Nichtbestehen dartun muß (RG JW 06, 351[10]; 08, 31[6]; RG Recht 1913 Nr 2289). Im übrigen ist zu beachten, daß das positive und das negative Schuldanerkenntnis häufig als Ausdruck für ein abstraktes Schuldversprechen oder einen Erlaß benutzt werden, weshalb der Kondizierende hier seine Absicht, die Rechtslage zu klären, d. h. seinen Irrtum zu beweisen hat (s. § 812 A 11). Von einem Bankier, der gewerbsmäßig verbotene Börsentermingeschäfte betreibt, setzt RG Recht 06 Nr 547 ohne weiteres voraus, daß er das gesetzliche Verbot und die daraus entspringende Nichtigkeit der Geschäfte kennt. — Der Umstand, daß unter Vorbehalt gezahlt worden ist, ändert nichts an der Beweislast des Klägers für das Nichtbestehen der Schuld, denn der Vorbehalt hat regelmäßig nur die Bedeutung einer Verwahrung des Zahlenden dagegen, daß die Tatsache der Zahlung zu seinen Ungunsten ausgelegt, ihm namentlich die Absicht untergeschoben wird, die Schuld als bestehend gelten zu lassen (RG Warn 1914 Nr 240; RG LZ 07, 658[2]; SeuffA 66 Nr 207; vgl. auch zum früheren preuß. Recht RG 7 S. 182 und 186; Bolze 13 Nr 436). Ist streitig, ob ein Vorbehalt hinzugefügt wurde, so trifft den Beklagten, der aus der Kenntnis des Gegners von der Nichtschuld das Recht, die Zahlung behalten zu dürfen, herleitet, die Beweislast für die Vorbehaltslosigkeit (RG 29, 118).

§ 815

[1])Die Rückforderung wegen Nichteintritts des mit einer Leistung bezweckten Erfolges ist ausgeschlossen, wenn der Eintritt des Erfolges von Anfang an unmöglich war und der Leistende dies gewußt hat[2]) oder wenn der Leistende den Eintritt des Erfolges wider Treu und Glauben verhindert hat[3])[4]).

E I 743 Nr 2 II 740; M 2 844; P 2 699—702.

1. Der Paragraph bezieht sich auf die **condictio ob causam datorum.** Auch wenn deren sonstige Voraussetzungen vorliegen (vgl. § 812 A 9), wird sie in den beiden im Text angegebenen Ausnahmefällen vom Gesetz versagt. Das ist entsprechend anzuwenden auf die cond. ob causam finitam (§ 812 A 8): die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn der Wegfall des rechtlichen Grundes von Anfang an notwendig war und der Leistende dies gewußt oder wenn er den Wegfall wider Treu und Glauben herbeigeführt hat.

2. **Ist der bezweckte Erfolg nach der eigenen Vorstellung des Leistenden von Anfang an rechtlich oder tatsächlich unmöglich** und leistet er dennoch, so kann er den Zweck nicht ernstlich verfolgen. Daher wird ihm wie in dem gleichliegenden Falle der cond. indebiti (§ 814 Halbs. 1) die Kondiktion entzogen. Beispiele: Leistung zur Erfüllung der Bedingung eines Vermächtnisses, dessen Nichtigkeit man kennt; Ausstattungsversprechen für eine bekannter-

maßen schlechthin verbotene Ehe. Eine bloß vorübergehende Unmöglichkeit gehört nicht hierhin; der Leistende muß die Hebung des Hindernisses abwarten und kann dann der Regel gemäß bei Nichtverwirklichung des Erfolgs kondizieren. Die Voraussetzung des Halbs. 1 trifft auch dann nicht zu, wenn die Unmöglichkeit erst später eintritt, mochte auch der Leistende mit dem Eintritt rechnen; desgleichen dann nicht, wenn er bei anfänglichem Vorhandensein der Unmöglichkeit nur Zweifel über die Erreichbarkeit des Erfolges hegte. Doch ist in derartigen Fällen zu prüfen, ob nicht ein eventueller Verzicht auf die Rückforderung vorliegt oder statt des angegebenen Erfolgs in Wahrheit ein anderer bezweckt war (vgl. RG 56, 354; 71, 317).

3. **Unlautere Vereitlung des Erfolgs.** Daß die Kondiktion ausgeschlossen ist, wenn der Leistende den Eintritt des Erfolgs wider Treu und Glauben verhindert hat, entspricht dem für die Bedingung geltenden § 162 Abs 1 (vgl. dort A 1). Ob Treu und Glauben verlangen, daß sich der Leistende einer Einwirkung auf die schwebende Lage enthält, ist nach den Umständen zu beurteilen. Die Frage ist zu verneinen z. B. für den Vermächtnisnehmer, der condicionis implendae causa geleistet hat; er darf das Vermächtnis nachträglich ausschlagen. Ebenso verstößt derjenige, welcher einen formbedürftigen Vertrag formlos verabredet hat, nicht wider Treu und Glauben, wenn er eine Aufforderung, die Form nachzuholen und den Vertrag zu erfüllen, ablehnt (RG 72, 343; JW 1910, 17[23]; vgl. auch das eine cond. indebiti betreffende Urteil RG Gruch 51, 977).

4. **Beweislast bei der cond. ob causam datorum.** Der Rückfordernde hat jedenfalls die Leistung und den mit ihr verfolgten Zweck zu beweisen. Z. B. hat er, wenn er seinen Darlehnsschuldschein zurückverlangt und der Empfänger zugesteht, daß bares Geld nicht gegeben wurde, aber ein Vereinbarungsdarlehn nach § 607 Abs 2 behauptet, darzutun, daß der Schein in Erwartung eines Darlehns ausgestellt wurde (RG JW 09, 415[10]). Streitig ist, wie es sich mit der Frage des Eintritts oder Nichteintritts des Erfolgs verhält. RG JW 1911, 485[1] (anders für das gemeine Recht RG 14, 225) belastet mit Recht den Rückfordernden auch in dieser Beziehung mit dem Beweise. Das Nichteintreten des Erfolgs gehört zur Begründung des Anspruchs; überdies entspricht es der regelmäßigen und zu unterstellenden Absicht der Parteien, daß das Geleistete einstweilen beim Empfänger verbleibt. Fordert der Kläger es zurück, so muß er dartun, nicht nur, daß die Entscheidung gefallen, sondern auch, daß sie in dem Sinne gefallen ist, der die Rückforderung rechtfertigt. Den letzteren Punkt, d. h. das Wie der Entscheidung, hat er mithin auch dann aufzuklären, wenn das Ob, sei es durch Geständnis des Gegners oder durch Ablauf einer für den Eintritt des Erfolgs bestimmten Frist, feststeht. Etwaigen Mißlichkeiten dieser Regelung hat die Beweiswürdigung abzuhelfen. Der Beweis der Einwendungen aus § 815 liegt dem Empfänger ob.

§ 816

[1]) Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet[2])[3]). Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher auf Grund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt[4]).

Wird an einen Nichtberechtigten eine Leistung bewirkt, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, so ist der Nichtberechtigte dem Berechtigten zur Herausgabe des Geleisteten verpflichtet[5]).

E I 839, 880, 2081 Nr 3 II 812, 850, 2232; M 3 224, 225, 350; P 3 87, 88, 215, 216; 5 711; 6 199, 200.

1. Zahlreiche Bestimmungen des Gesetzes schützen im Interesse des Verkehrs das Vertrauen auf den Rechtsschein. Ohne Einbuße der wirklich Berechtigten ist dieses Ziel nicht zu erreichen. Dem Ausgleich zwischen Verkehrssicherheit und materieller Gerechtigkeit dient die **Kondiktion wegen unberechtigter Verfügung,** indem zwar dem Vertrauenden die gewonnene Rechtsstellung belassen, aber dem Berechtigten ein Bereicherungsanspruch eingeräumt wird. Der Anspruch richtet sich in den Fällen der entgeltlichen Verfügung (Abs 1 Satz 1 und Abs 2) gegen den, der verfügt hat, in den Fällen der unentgeltlichen Verfügung (Abs 1 Satz 2) gegen den Erwerber. Der Abs 2 enthält keine neue Vorschrift, sondern spricht der Deutlichkeit halber nur aus, was auch aus Abs 1 Satz 1 folgen würde. Da zu den „Gegenständen" auch eine Forderung gehört, die Annahme der Erfüllung aber, wie § 362 Abs 2 und § 1812 Abs 1 verb. mit § 1813 beweisen, eine Verfügung über die Forderung darstellt, wäre Abs 2 entbehrlich. So wie das Gesetz lautet, muß bei Abs 1 an Vorschriften zum Schutze des redlichen Erwerbers, bei Abs 2 an solche zum Schutze des gutgläubigen Schuldners gedacht werden. Die hauptsächlichsten Beispiele aus beiden Gruppen

s. in A 2 und 5. Doch ist hervorzuheben, daß eine an sich unwirksame Verfügung des Nichtberechtigten nach § 184 durch Genehmigung des Berechtigten wirksam werden kann (wichtig, da ein Anspruch aus unbeauftragter Geschäftsführung nicht immer gegeben zu sein braucht, vgl. § 687 Abs 1). Danach steht in den dem Abs 1 Satz 1 entsprechenden Fällen die Vindikation gegen den Dritten und die Kondiktion gegen den Verfügenden zur Wahl. Vindiziert der Eigentümer, so verzichtet er auf den Kaufpreis; verlangt er den Kaufpreis, so genehmigt er (bedingt, nämlich für den Fall, daß seinem Verlangen entsprochen wird) die Veräußerung und schafft damit die Grundlage für die Kondiktion. Ähnlich verhält es sich bei anfänglicher Unwirksamkeit der Erfüllungsannahme (vgl. Abs 2); der Gläubiger darf wählen zwischen der Geltendmachung seiner ursprünglichen Forderung an den Schuldner und der Kondiktion gegen den Scheingläubiger. Dies ist nicht erwogen worden in Urteilen wie **RG** 64, 30; **RG** SeuffA 70 Nr 206; OLG 34, 99, die die Klage des Gläubigers gegen den Nichtgläubiger abweisen, weil dessen Zahlungsempfang für sich allein den Schuldner nicht befreite (vgl. auch **RG** 98 S. 149, 150). Der Empfang konnte Kraft gewinnen durch die mit der Klage bedingt erteilte Genehmigung des Klägers (richtig OLG 9, 15). Die Entscheidungen **RG** 7, 191 und 10, 241, die einen gegenteiligen Standpunkt vertreten, sind für das jetzige Recht ohne Belang. Bei Leistung an den Nichtberechtigten kommt der Genehmigung des Berechtigten noch die weitere Bedeutung zu, daß sie der cond. indebiti des Schuldners (§ 813 A 6) den Boden entzieht (vgl. § 362 Abs 2, § 185 Abs 2). Nimmt man mit **RG** 83, 188 an, daß es dem Schuldner nach der Zahlung freisteht, auf den ihm durch eine Schutzvorschrift (A 5) gewährten Schutz zu verzichten und zu kondizieren, so kann die letzterwähnte Wirkung auch in Fällen eintreten, wo er durch die Leistung befreit wurde.

2. Wirksame Verfügungen des Nichtberechtigten mit Ausnahme der Erfüllungsannahme. Die Hauptfälle, in denen solche Verfügungen auch ohne Genehmigung des Berechtigten (vgl. A 1) gegen ihn wirken, sind die Übertragung von Eigentum und die Bestellung oder Übertragung anderer dinglicher Rechte durch den grundbuchmäßig Legitimierten (§§ 892—894, 1138, 1155ff., 1192, 1200) oder durch den Besitzer der beweglichen Sache (§§ 932ff., 1032, 1207, 1262, 1272) sowie die Verfügung über Nachlaßgegenstände durch den mittels Erbscheins oder sonstigen Zeugnisses des Nachlaßgerichts ausgewiesenen Scheinerben, Testamentsvollstrecker oder Ehegatten bei fortgesetzter Gütergemeinschaft (§§ 2353ff., 2366, 2368, 1507); vgl. ferner HGB §§ 365ff., WO Art 36. Haftpflichtig ist immer der Verfügende. Die Rückgabe der verliehenen oder hinterlegten Sache durch den Entleiher oder Verwahrer ist keine Verfügung über die Sache, d. h. kein Rechtsgeschäft, wodurch der Rechtszustand der Sache geändert würde (Vorbem 7 vor § 104). Liefert ein Lagerhalter auf Anweisung des Einlagerers das Gut an dessen Kunden aus, so ist es der Einlagerer, der über das Gut verfügt, so daß er, wenn es fremdes Gut war und der Kunde es gutgläubig zu Eigentum erwarb, dem bisherigen Eigentümer den Kaufpreis herausgeben muß (**RG** JW 1912, 584[5]). Berechtigt zur Kondiktion ist nur der Rechtsträger, dessen Recht eine Einbuße erlitten hat, nicht jeder an der Aufhebung der Verfügung Interessierte (vgl. den Fall **RG** JW 1911, 278[7]). Der Anspruch geht auf Herausgabe dessen, was durch die Verfügung erlangt ist, mithin, wenn sie in Vollzug eines gegenseitigen Vertrags erfolgte, auf Herausgabe der empfangenen Gegenleistung. Das gilt auch für den Tauschvertrag; wer für die Sache, über die er wirksam verfügt, eine andere eintauscht, hat die erworbene Sache, nicht etwa deren Wert herauszugeben. Alles Erlangte betrachtet das Gesetz als „auf Kosten" des Berechtigten erlangt (vgl. § 812 Abs 1 Satz 1), auch wenn Geschick oder Glück zur Steigerung beigetragen haben (**RG** 88, 359; vgl. OLG Königsberg JW 1919, 517). Doch bleibt der Anspruch Bereicherungsanspruch und ist den Bestimmungen des § 818 unterworfen (vgl. dort A 1). Wie er sich daher nicht auf dasjenige erstreckt, was der Verfügende durch ein weiteres Rechtsgeschäft mit Mitteln des zunächst Erlangten erworben hat, so erlischt er mit dem Wegfall der Bereicherung. Darüber, daß hieraus kein Recht des Verfügenden folgt, den von ihm seinerseits gezahlten Kaufpreis abzuziehen, vgl. § 818 A 7 unter 2c. — Weitergehende Verpflichtungen entstehen bei Verschulden des Verfügenden nach dem Recht der unerlaubten Handlungen (**RG** JW 03 Beil 115[253]) oder der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 687 Abs 2).

3. Zwangsvollstreckung. a) § 816 Abs 1 Satz 1 und § 812 dienen der herrschenden Meinung gleichmäßig als Stütze für die Lehre, wonach ein Gläubiger, der seinem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sachen hat versteigern lassen, dem Eigentümer auf Herausgabe des Erlöses haftet. Namentlich das Reichsgericht nimmt an, daß der Gläubiger, der durch die von ihm betriebene Versteigerung mangels eines gültigen Pfändungspfandrechts rechtlos, aber dem gutgläubigen Ersteher gegenüber wirksam über die Sachen verfügt, durch die Verfügung den Erlös erlange (**RG** JW 06, 15[13]; Warn 1918 Nr 224; vgl. auch **RG** 88, 356; **RG** JW 1911, 941[7]; OLG 2, 353; 11, 366; 31, 99; JW 1919, 517; SeuffA 67 Nr 80; BayZ 3, 50 und nach früherem Rechte besonders

RG 40, 288). Richtig ist, daß die Versteigerung fremder beweglicher Sachen zu einer Bereicherungshaftung des Gläubigers führt, ebenso wie dies bei Pfändung und Wegnahme fremden Geldes der Fall ist (RG Gruch 53, 1042; vgl. früher RG 43, 180). Mit Unrecht verweist man demgegenüber auf ZPO § 819, wonach die Empfangnahme des Erlöses durch den Gerichtsvollzieher, sofern nicht Hinterlegung nachgelassen ist, als Zahlung von seiten des Schuldners gilt. Die daraus gezogene Schlußfolgerung, der Gläubiger habe seine Forderung verloren, sei mithin nicht bereichert, der Dritte müsse sich mit einem Anspruch aus § 812 gegen den Schuldner wenden, der seiner Schuld ohne eigene Aufwendungen ledig geworden sei, geht fehl. ZPO § 819 und § 815 Abs 3 setzen ein Pfändungspfandrecht voraus und wollen nur den Zeitpunkt bestimmen, mit dem bei der Versteigerung von Sachen oder bei der vollstreckungsweisen Wegnahme von Geldstücken, die dem Schuldner gehören, die Gefahr auf den Gläubiger übergeht (vgl. RG 40, 291; 43, 180; BayZ 3, 50). Es ist auch nur gerecht, wenn unter der Unsicherheit des Schuldners der Gläubiger, der einen rechtswidrigen Eingriff in fremdes Eigentum beging, und nicht der Dritteigentümer zu leiden hat. Dazu kommt, daß der Dritte den Bereicherungsanspruch vielfach als Eventualanspruch erhebt für den Fall, daß die in erster Linie geltend gemachte Schadensersatzforderung (vgl. § 992 A 2) wegen Nichterweislichkeit eines Verschuldens des Gläubigers nicht durchdringt. Nach der gegenteiligen Meinung, nach der von der Frage des Verschuldens die Passivlegitimation abhängt, wäre diese Art zu klagen nicht möglich. Wenn aber so dem Reichsgericht im Ergebnis beigetreten werden muß, so gilt doch nicht das gleiche von der Begründung. Soweit nicht die ZPO etwas anderes bestimmt, steht das Pfändungspfandrecht unter den Vorschriften des BGB (RG 57, 324; 60, 72; 61, 333; 87, 416; 97, 41). Aus § 1247 Satz 2 aber ergibt sich, daß der Erlös, da nur eine Beschlagnahme, kein Pfandrecht erwirkt wurde, kraft dinglicher Surrogation dem früheren Sacheigentümer zufällt (vgl. übrigens auch RG 80, 185). Erst dadurch also, daß der Gläubiger das Geld mit dem seinigen vermengt (§§ 947, 948, 951) oder daß er es ausgibt (§ 816), erlischt das Eigentum des Dritten und tritt die Bereicherungshaftung des Gläubigers ins Leben. Bis dahin ist die Rechtslage dieselbe wie bei der Immobiliarzwangsvollstreckung, wo ZVG § 37 Nr 5, § 92 Abs 1 die dingliche Surrogation des Erlöses aus mitversteigerten fremden Sachen ausdrücklich vorschreiben und deshalb der letzte Perzipient herausgabepflichtig ist (vgl. RG 76, 212; JW 1911, 611[12]; OLG 22, 408). — Hier wie in jedem andern Falle, wo fremde Sachen mit solchen des Schuldners zusammen versteigert werden, bedarf es einer Ermittlung des Betrags, der von dem Erlöse auf sie entfällt. Läßt sich nicht nachweisen, wieviel weniger der Ersteher ohne die Mitversteigerung der fremden Sachen geboten haben würde, so ist deren Anteil am Gesamterlös entsprechend § 471 nach dem Verhältnis ihres Wertes zu dem Wert der gesamten Versteigerungsgegenstände zu bestimmen (vgl. die soeben angeführten Urteile und RG 88, 351; Warn 1911 Nr 352). Hat der Gläubiger selber eine fremde bewegliche Sache ersteigert, so kann der frühere Eigentümer nach § 1247 Satz 2 nur Zahlung des Erlöses, nicht Herausgabe der Sache verlangen (vgl. Recht 1913 Nr 343). b) Läßt der Gläubiger eine seinem Schuldner gehörige, aber mit einem älteren Pfandrecht (z. B. einem Vermieterpfandrecht) belastete Sache versteigern und vermischt oder verausgabt er den Erlös, ehe der Vormann nach ZPO § 805 vorzugsweise Befriedigung daraus gefordert hat, so haftet er nach § 1247 Satz 2 verb. mit § 951 oder § 816 auf die Bereicherung. Die Pfandrechte hatten sich mit dem früheren Range am Erlöse fortgesetzt. Die Behauptung, ZPO § 805 beschränke die Rechte der Vormänner im Falle der Pfändung auf den Anspruch auf Vorwegbefriedigung aus dem Erlös, ist willkürlich (vgl. OLG 2, 352; 3, 357; 19, 153; SeuffA 63 Nr 154; Recht 06 Nr 931; s. auch RG 97, 43). Kommt doch auch ZPO § 771 nicht die Bedeutung zu, den Dritteigentümer auf die Widerspruchsklage zu beschränken (RG 40, 289).

4. Unentgeltliche Verfügung. Während ältere Gesetze dem gutgläubigen Geschäftsgegner des Nichtberechtigten nur dann dinglichen Rechtsschutz gewährten, wenn das Geschäft ein entgeltliches war, hat das BGB diese Unterscheidung um der leichteren Handhabung des Rechtes willen beseitigt und läßt auch den Schenknehmer Eigentum erwerben. Da aber doch sein Interesse hinter das des früher Berechtigten zurücktreten muß, soll er wenigstens schuldrechtlich zur Herausgabe des Erlangten verbunden sein. Dem Anspruch auf die Herausgabe entspricht die Einrede; der Besitzer, dessen Sache ein Nichtberechtigter verschenkt hat, kann die Eigentumsklage des Beschenkten abwehren (vgl. § 821 A 1). Ähnlich wie hier schreibt § 988 vor, daß der gutgläubige Besitzer einer fruchttragenden Sache, der den Besitz unentgeltlich erlangt hat, dem Eigentümer der Sache gegenüber verpflichtet ist, auch die vor der Rechtshängigkeit gezogenen, nach § 955 zu Eigentum erworbenen Früchte nach Bereicherungsgrundsätzen herauszugeben. Da § 816 Abs 1 Satz 2 ein Ausfluß des allgemeineren Gedankens ist, daß ein unentgeltlicher Erwerb nicht auf Kosten des Geschädigten aufrechterhalten bleiben soll, darf er auch zur Begründung der Lehre herangezogen werden,

wonach Einreden eines Wechselschuldners aus der Person des Indossanten gegen den unentgeltlichen Indossatar wirken (vgl. § 784 A 4c, § 812 A 10 a. E.). — Unter der **Verfügung**, die Satz 2 im Auge hat, ist dieselbe Verfügung zu verstehen wie in Satz 1 (**RG** Recht 1913 Nr 342); über den Fall, wenn mehrere Verfügungen vorliegen, so daß schon der Schenker selbst den verschenkten Gegenstand rechtsgrundlos erlangte, vgl. § 822 A 2. Keine Verfügung ist die Prozeßversäumnis, wenngleich sie materiell-rechtliche Folgen hat. Läßt der Kläger Versäumnisurteil gegen sich ergehen, so kann sich derjenige, der nach der Klagerhebung sein Rechtsnachfolger geworden ist und gemäß ZPO § 265 die Prozeßführung dulden muß, gegen die Berufung des Beklagten auf die Rechtskraft des Urteils (ZPO § 325) nicht mit einer Gegeneinrede der ungerechtfertigten Bereicherung schützen (**RG** Recht 1914 Nr 1870).

5. **Wirksame Erfüllungsannahme des Nichtberechtigten.** Von Bestimmungen über den Schutz des gutgläubigen Schuldners sind zu nennen diejenigen über die Leistung des Schuldners an den ursprünglichen Gläubiger in Unkenntnis der Übertragung der Forderung oder, wenn der Gläubiger die Forderung hintereinander an mehrere abgetreten hat, über die Leistung an den späteren Erwerber in Unkenntnis des früheren (§§ 407, 408, 412, 413); die Vorschriften über die Miet- oder Pachtzinszahlung an den bisherigen Vermieter oder Verpächter in Unkenntnis der Veräußerung des Grundstücks oder der sonstigen Beendigung des Gläubigerrechts (§§ 574 ff., 579, 1056, 1423, 1663, 2135); die Vorschriften über die Leistung gemäß unrichtiger Zessions- oder Veräußerungsanzeige (§§ 409, 576, 577, 579; vgl. **RG** JW 1914, 528[6]); die Vorschriften über die Leistung auf Forderungen, die ohne Wissen des Schuldners in ein Gesellschaftsvermögen oder in die eheliche Gütergemeinschaft eingebracht sind (§§ 720, 1473, 1497, 1524); die Vorschriften über die Leistung an den nicht berechtigten Vorzeiger eines Inhaber- oder Legitimationspapiers (§§ 793, 808) oder an eine durch Erbschein oder Testamentsvollstreckerzeugnis fälschlich ausgewiesene Person (§§ 2367, 2368); endlich die Vorschrift des § 851 über die Entschädigungsleistung an den besitzenden Nichteigentümer einer beweglichen Sache. Dazu kommt bei an sich nicht befreiender Leistung an den falschen Gläubiger die Möglichkeit, daß die Leistung dem wahren Gläubiger gegenüber durch dessen Genehmigung wirksam wird (A 1). Immer muß ein Nichtberechtigter da sein, an den geleistet wird, und ein Berechtigter, gegen den die Leistung wirkt. Trifft beides zu, so versagt die Kondiktion nicht deshalb, weil der Empfänger gegen einen andern als den Leistenden einen Anspruch auf die Leistung hat (a. M. OLG 22, 355). Über den Beweis der Berechtigung bei Sparkassenbüchern vgl. **RG** JW 1913, 30[8], § 516 A 9, § 518 A 1. Ist aber überhaupt kein Berechtigter vorhanden, indem die angebliche Verpflichtung des Leistenden gegen niemand besteht, so ist für § 816 Abs 2 kein Raum. Unrichtig daher **RG** JW 1913, 862[7] im Falle einer wegen Geisteskrankheit des Zedenten nichtigen Abtretung einer Versicherungsforderung, wo der Versicherer an den Zessionar als Inhaber der Police gezahlt hatte. War hier, wie behauptet wurde, auch der Versicherungsvertrag wegen der Geschäftsunfähigkeit des Zedenten nichtig, so durfte der Kondiktion des Zedenten nicht stattgegeben werden, da vielmehr nur eine cond. indebiti des Versicherers begründet war. Die Bestreitung der Aktivlegitimation war um so weniger Einrede aus dem Recht eines Dritten, als der Zessionar bei seiner Kenntnis von der Nichtigkeit des Versicherungsvertrags durch Herausgabe an den Zedenten von der Forderung des Versicherers nicht einmal frei wurde (vgl. § 819 Abs 1). — Auch mit dem Anspruch aus Abs 2 können weitergehende Ansprüche aus Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag oder unerlaubter Handlung zusammentreffen.

§ 817

War der Zweck einer Leistung in der Art bestimmt, daß der Empfänger durch die Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen hat, so ist der Empfänger zur Herausgabe verpflichtet[1])[2]). Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn dem Leistenden gleichfalls ein solcher Verstoß zur Last fällt[3]), es sei denn, daß die Leistung in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestand; das zur Erfüllung einer solchen Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden[1—6]).

E I 743 Nr 1, 747 Abs 1, 3, 684 Abs 3 II 741; M 2 844, 849—851, 693, 694; P 2 510, 686—688, 702.

1. Der Paragraph behandelt die Kondiktion, die daraus erwächst, **daß der Empfänger infolge des vereinbarten Zweckes der Leistung durch deren Annahme gegen ein Verbotsgesetz oder gegen die guten Sitten verstößt** (condictio ob turpem vel injustam causam). Es soll dann zwar ein Herausgabeanspruch gegen ihn gegeben sein, der Anspruch soll aber entfallen, wenn das Geschäft für den Leistenden gleichfalls verwerflich war. a) **Voraussetzung der Kondiktion** ist, daß der Empfänger gerade durch die Annahme der **Leistung verwerflich** handelt. In der großen Mehrzahl der Fälle macht dieses

Erfordernis keine Schwierigkeiten. Ist der Kausalvertrag für die Partei, für welche eine Leistung ausbedungen wird, mit einem Makel behaftet, so erstreckt sich dieser meistens auch auf ihre Mitwirkung zur Erfüllung. Doch kommen Verbotsgesetze vor, die sich ausschließlich gegen die Kausa richten. So wird durch §§ 65, 66 des BörsG v. 27. 5. 08 nur der Abschluß der näher bezeichneten Börsentermingeschäfte, nicht die Entgegennahme der Leistung verboten; vgl. (zu § 50 des früheren Ges. v. 22. 6. 96) RG JW 04, 407[13]; Warn 1910 Nr 344. Die Rückforderung kann hier nur auf § 812 gestützt werden und steht unter der Herrschaft des § 814, ist also ausgeschlossen, wenn der Leistende seine Nichtverpflichtung gekannt hat (RG JW 05, 186[38]; 08, 467[39]; Gruch 54, 615) oder wenn die Leistung dem Anstand entsprach (vgl. dazu § 814 A 3 a. E.). Noch weniger als diese Vorschriften des BörsG haben die sog. gesetzlichen Veräußerungsverbote mit § 817 zu tun. Sie sind in Wirklichkeit gar keine Verbote; weder das Kausalgeschäft noch die Veräußerung wird vom Gesetz untersagt, vielmehr wird letztere einfach für nichtig erklärt. Vgl. zu GewO § 89b (Beschränkung einer Innung in der Veräußerung eines Gegenstandes von Kunstwert) RG JW 1910, 810[25]; zu § 400, ZPO § 850 (Unabtretbarkeit unpfändbarer Forderungen) RG JW 1917, 34[2]. b) Voraussetzung der Kondiktion ist ferner, daß sich der Empfänger des Verstoßes bewußt ist; anderseits ist die Rückforderung nur bei bewußtem Verstoß des Leistenden ausgeschlossen. Das steht zwar nicht ausdrücklich im Gesetz und wird deshalb für gesetzliche Verbote von RG 72, 46 (I. ZS) unter Aufgabe der in JW 04, 39[5] geäußerten Ansicht bestritten, aber mit Unrecht. Ohne Kenntnis des Verbots auf seiten des Empfängers ist die Kondiktion, ohne die gleiche Kenntnis auf seiten des Leistenden ist ihre Ausschließung nicht verständlich, denn beide sind offenbar als Strafe gedacht. Übereinstimmend damit verlangen die Mot 2, 849 eine verwerfliche Gesinnung. Der Sache nach ist denn auch RG 95, 347 (II. ZS) zu der früheren Ansicht zurückgekehrt: zum mindesten sei Kenntnis überall da zu fordern, wo es sich nicht um Verbote handle, die vermöge ihrer inneren Bedeutung und der langen Zeit ihrer Geltung in das Allgemeinbewußtsein des Volkes übergegangen seien (vgl. dazu RG 95, 129; OLG Hamburg LZ 1919, 278). Auch der Verstoß gegen die guten Sitten muß von dem Bewußtsein unsittlich zu verfahren begleitet sein (a. M. OLG 20, 247). c) Ob wegen eines zukünftigen Erfolges geleistet wird oder zur Belohnung schon erwiesener Dienste, ist unerheblich. Die Zweckvereinbarung kann sich auf Gegenwart, Vergangenheit oder Zukunft beziehen. Ebenso unerheblich ist, ob der Zweck bei der Leistung vereinbart wird oder ob diese zur Erfüllung einer vorausgegangenen Vereinbarung erfolgt. Auch darauf kommt es nicht an, ob das Kausalgeschäft nach §§ 134, 138 nichtig ist oder nicht. Notwendig ist die Nichtigkeit nicht. Es kann sehr wohl der eine oder andere Vertragschließende gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstoßen, ohne daß dadurch der Vertrag in seiner Gültigkeit berührt würde (vgl. RG 60, 276; 78 S. 283, 353). Das ist auch bei dem Empfänger einer Leistung mit Bezug auf die Annahme möglich, und auch derartige Fälle werden von § 817 mitumfaßt (RG 96, 345). Das gewöhnliche ist freilich die Nichtigkeit des Kausalgeschäfts. Folgt nun auch überall, wo sie vorliegt, die Rückgabepflicht des Empfängers schon aus § 812 (Erlangen der Leistung ohne rechtlichen Grund), so darf doch daraus nicht geschlossen werden, daß der Kläger bei solcher Begründung des Anspruchs den Einwand aus Satz 2 des § 817 nicht zu fürchten brauchte. Vielmehr greift dieser Einwand gleichmäßig Platz, mag § 812 oder § 817 von der Klage angerufen sein (vgl. RG 63, 354; 70, 4; 78, 284; 99, 166; JW 1917, 34[2]; Warn 08 Nr 44; 1911 Nr 115; 1912 Nr 98; 1920 Nr 103). d) Größere Bedeutung für die Kondiktion hat die Frage der Gültigkeit oder Nichtigkeit der Zuwendung, des Leistungsgeschäfts. Grundsätzlich ist die Leistung ein abstraktes Geschäft und wird als solches — d. h. weil die Rücksicht auf den Zweck ausgeschaltet ist — von der Nichtigkeit der Zweckvereinbarung, auch wenn diese auf Verletzung eines Verbotsgesetzes oder der guten Sitten beruht, nicht betroffen. Das ist bei Verfügungen das natürliche, denn bei ihnen führt das Gesetz die Ausschaltung herbei (vgl. RG 63, 185; 68, 100; 75, 74; 78, 285; RGSt JW 07, 548[1]; RG JW 1911, 317[2]; 1913, 683[1]; Warn 09 Nr 183; 1911 Nr 167; 1914 Nr 253; Gruch 59, 901; 62, 635; anders § 125 A 1 unter c a. E.). Mit Bezug auf Verpflichtungen könnte man zweifeln, ob auch der private Wille die Kraft hat, die Einwirkung der Verbots- oder Sittenverletzung auf das Leistungsgeschäft fernzuhalten; doch unterwirft sie § 817 derselben Behandlung. Wenn nach Satz 2 Halbs 2 das (abstrakte) Versprechen zurückgefordert werden kann, muß es gültig sein. Die abstrakte Natur der Leistung ist aber nur die Regel; auch bei Verfügungen haben es die Parteien vielfach in der Hand, dem unterliegenden Rechtsgrund einen Einfluß einzuräumen. Zwar werden an den rechtsgeschäftlichen Willen zu große Anforderungen gestellt, wenn man im Einzelfall fragt, ob sie die Leistung mit der Zweckvereinbarung als Teile eines einheitlichen Geschäfts zusammenfassen wollten (a. M. RG 78, 44). Wohl aber können sie den Zweck, soweit dies zulässig ist — bei der Auflassung von Grundstücken ist es unzulässig (§ 925 Abs 2) —, zur Bedingung der Leistung erheben (RG 57, 96; Warn 1913 Nr 129). Und kraft

Gesetzes gilt eine Besonderheit für den Wucher. Da die wucherische Absicht nur verwirklicht wird, wenn auch noch die Leistung des Bewucherten eine Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit enthält (RG Warn 09 Nr 295), muß diese Leistung selbst nichtig sein, was denn auch § 138 Abs 2 durch die Worte „versprechen oder gewähren läßt" anerkennt (vgl. RG 57, 95; 63, 184; 72, 63; 75, 76; 93, 75; JW 1913, 540[3]; Warn 1913 Nr 353). — Wo der Verstoß gegen § 134 oder § 138 die Leistung nichtig macht, bleibt für § 817 nahezu kein Raum. Nur für eine Kondiktion des Besitzes kommen seine Vorschriften in Betracht; der Anspruch auf Herausgabe des Schuldscheins oder eines über die Schuld ausgestellten Wechsels findet seine Stütze in dem entsprechend anwendbaren § 371 (anders freilich dort A 1). Allerdings kann der Fortgang der Ereignisse auch eine auf Geldzahlung gerichtete Kondiktion ins Leben rufen, indem nach Verfügung über den geleisteten Gegenstand der Erlös (§ 816), nach Vermischung des geleisteten Geldes der Wert (§ 951) gefordert werden kann. § 817 Satz 2 greift hier aber nirgends Platz, denn was gefordert wird, ist nicht durch die Leistung des Klägers erlangt (nicht abweichend die unter c a. E. angeführten Urteile, da die Leistung des Klägers dem Anspruche nicht zugrunde liegt). Es ist auch kein Widerspruch, wenn der Kondiktion der Sache selbst die eigene Verwerflichkeit des Klägers entgegengehalten werden kann, der Kondiktion ihres Wertes oder Erlöses aber nicht. Der Unterschied liegt darin, daß in den letzteren Fällen die Kondiktion an die Stelle der Vindikation getreten ist, der gegenüber (vgl. A 3 unter d) jener Einwand versagt. e) Über den Umfang der Herausgabepflicht bestimmt § 819 Abs 2. Hiermit ist das Verhältnis erschöpfend geregelt. Die Vorschriften anderer Reichsgesetze, die für den Fall der Auflösung des Geschäfts schlechthin die beiderseitige Rückgabe anordnen, z. B. AbzG § 1, kommen gegen § 817 nicht auf (RG 63, 349). Auch § 814 ist nicht neben § 817 zur Anwendung zu bringen. Hat allein der Empfänger verwerflich gehandelt, so hindert es die Rückforderung nicht, wenn der Leistende, wie dies in den meisten hierhin gehörigen Fällen naheliegt, die Ungültigkeit des Kausalgeschäfts gekannt hat (RG 97, 82; 99, 165; Warn 1913 Nr 183). Natürlich darf er nicht unbedingt und rechtswirksam auf die Rückforderung verzichtet haben (vgl. auch RG 36, 204).

2. **Beispiele für die Kondiktion** bieten die Erpressung und der Empfang von Lohn für die Erfüllung einer Amtspflicht oder für die Nichtbegehung eines Verbrechens. Ebenso die Entgegennahme von Bezahlung für den Verzicht auf Ausübung des elterlichen Erziehungsrechts (RG Warn 1913 Nr 183); die während des Krieges erfolgte Entgegennahme von Geldern eines feindlichen Staatsangehörigen, um sie dem Zugriff der deutschen Regierung zu entziehen (RG 89, 65); das Verhalten des Verkäufers von Gegenständen des Kriegsbedarfs, der sich im Widerspruch mit seinem der Militärbehörde gegebenen Versprechen einen die festgesetzten Richtpreise überschreitenden Kaufpreis zahlen läßt (RG 97, 82). Regelmäßig liegt eine Sittenverletzung auch in der Annahme von Schweigegeld für die Unterlassung einer Strafanzeige, nur daß im Einzelfall geprüft werden muß, ob nicht auch der Zahlende unsittlich handelt (vgl. RG 58, 204; Warn 09 Nr 63; 1915 Nr 41; SeuffA 58 Nr 94). Auch mit der Annahme von Vermögensvorteilen für die Eingehung einer Ehe kann es sich ähnlich verhalten (RG Warn 09 Nr 19).

3. **Ausschluß der Kondiktion bei verwerflicher Leistung.** a) Die Beispiele sind hier viel häufiger. Verwerflichkeit sowohl des Empfangs wie der Leistung liegt vor, wenn Geld zur Begehung eines Verbrechens gegeben ist; vgl. ferner die Belohnung einer Frauensperson für den gewährten und noch zu gewährenden Geschlechtsverkehr (RG JW 1913, 683[1]), den Verkauf von Abtreibungsmitteln (RGSt 44, 239; 47, 67), den Gesellschaftsvertrag zum Betriebe eines Bordells (SeuffA 51 Nr 259), die Bordellvermietung (RG 38, 199; RG LZ 1916, 689), den Bordellverkauf (s. dazu A 5), die Bestechung, den Schmiergeldervertrag (RG 77, 98; RG Recht 06 Nr 3191; 1912 Nr 2002; 1915 Nr 1934), den zur Umgehung der Schankkonzessionspflicht (GewO §§ 33, 147) geschlossenen sog. Kastellanvertrag (RG 67, 322), den Titel- und Ordensschacher (RG 86, 98; JW 1919, 447[8]); über ein Verbot der Kriegsgesetzgebung (BRVO v. 24. 6. 15, RGBl 357) s. RG 95, 347; weiteres in § 138 A 1. b) Haben beide Teile verwerflich gehandelt, so kann sich der Leistende nicht darauf berufen, daß den Empfänger ein stärkerer Vorwurf treffe; eine Abwägung des Grades der Unsittlichkeit ist dem Gesetze fremd (RG 78, 285). Erst recht aber muß die Kondiktion ausgeschlossen sein, wenn der Empfänger überhaupt nicht gegen Gesetz oder gute Sitten verstoßen hat. Es wäre sinnlos, den Leistenden in solchem Falle gegenüber dem Fall der par turpitudo zu bevorzugen. Daher haben RG 70, 4 und Warn 1910 Nr 286, die hierfür freilich nur auf RG 63, 354 verweisen (Maßgeblichkeit des § 817 Satz 2 gegenüber einem unter Heranziehung nur des § 812 begründeten Bereicherungsanspruch, vgl. A 1 unter c), mit Recht angenommen, daß die Rückforderung auch bei bloß einseitiger Unlauterkeit des Leistenden entfällt. Doch wird man dann auch zu der Folgerung gedrängt, dem Wucherer beim gegenseitigen Vertrag (wegen des Darlehns vgl. unter d) die Kondiktion seiner eigenen Leistung abzusprechen. Gewiß haben die Gesetzesverfasser das Rückforderungsrecht des § 3 des WucherG

v. 24. 5. 80/19. 6. 93 trotz EG Art 47 für fortbestehend gehalten; aber das entscheidet nicht. Auch wenn der Wucherer die Nichtigkeit des Vertrags ausnahmsweise nicht kennt, also erfüllen will, leistet er doch zugleich in der Absicht, den Gegner zur Gewährung oder Belassung der zugesagten unverhältnismäßigen Vorteile zu bestimmen; kennt er die Nichtigkeit, so bildet dies seinen alleinigen Leistungszweck. Es ist deshalb gerade auch die Leistung, wodurch er gegen die guten Sitten verstößt. In der Theorie hat man vergebliche Mühe aufgewandt, um dieser unerwünschten Folgerung zu entgehen (vgl. auch § 138 A 2 a. E.). Die Praxis (RG JW 1915, 918[7]) hilft sich mit entsprechender Kürzung der Kondiktion des Bewucherten; vgl. dagegen aber § 818 A 8. c) Die Rückforderung ist ausgeschlossen, sowohl wenn der Leistende wie wenn sein Vertreter verwerflich gehandelt hat; ebenso schadet der Klage des Vertreters oder des Rechtsnachfolgers die Verwerflichkeit des Vertretenen oder des Vorgängers. Dagegen soll nach RG 99, 161 der Konkursverwalter des Leistenden unbekümmert um die gegen diesen zu erhebenden Vorwürfe kondizieren können. Allein nach einer Grundregel des Konkurses kann der Verwalter nicht mehr Rechte für die Masse beanspruchen, als dem Gemeinschuldner zustehen (RG 46, 167; 61, 43; 72, 197). Der Versuch, die Kondiktion hiermit in Einklang zu bringen, dürfte mißlungen sein. d) Die Vorschrift des Satz 2 gilt nur für die Kondiktion. Das Sprichwort turpitudinem suam allegans non auditur hat in dieser Allgemeinheit keine Geltung (vgl. RG JW 1913, 734[2]; Warn 1920 Nr 145). Nicht ausgeschlossen durch die Verwerflichkeit des Leistenden ist der Eigentumsanspruch (§ 986 A 1) oder ein Anspruch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung. Wer sein Grundstück zu Bordellzwecken vermietet hat, kann mit der Vindikation Räumung verlangen und braucht die Fortsetzung des schändlichen Treibens nicht zu dulden (RG Warn 1911 Nr 115; OLG 8, 423); wer einem Minderjährigen, der sich betrügerisch für volljährig ausgab, in unsittlicher Weise durch Herleihung von Geld zum Glückspiel verholfen oder ihn bewuchert hat, scheitert mit seiner Schadensersatzklage vielleicht an § 254, nicht aber an § 817 Satz 2 (vgl. RG 70, 5; 85, 293; JW 1917, 34[2]; Warn 1914 Nr 74 a. E.; RG Recht 1917 Nr 195; a. M. OLG Köln JW 1920, 396). Außerdem ist zu beachten, daß Leistungen, die nicht bestimmt sind, das Vermögen des Empfängers dauernd zu vermehren, sondern nur zu einem vorübergehenden Zweck gemacht werden, wie Sicherungsübereignungen oder sonstige fiduziarische Zuwendungen, ohne Rücksicht auf eine turpitudo des Leistenden rückforderbar sind (RG 67, 326; JW 1912, 862[20]; Warn 1911 Nr 115; 1917 Nr 206; Gruch 58, 891; RG LZ 1916, 689; 1917, 792; RG Recht 1920 Nr 1513; SeuffA 70 Nr 216). Beruht hier die Leistung nicht auf einem nur folgeweise nach § 139 nichtigen Nebenvertrage (vgl. RG 67, 325), so hat doch der Fiduziar das Eigentum von vornherein belastet mit einer Rückgabepflicht empfangen (RG JW 1912, 862[20]; Gruch 58, 896). Nur der gewährte Gebrauchsvorteil bleibt dann gegen die Kondiktion geschützt; ist die für den Gebrauch bestimmte Zeit abgelaufen, so kann das Geleistete zurückgefordert werden. So läßt sich wohl auch von dem unter b eingenommenen Standpunkt aus die Rückforderung des wucherlichen Darlehns begründen (vgl. SeuffA 59 Nr 81). Anders lag RG BayZ 1918, 387, wo der Kläger, um sich die Mittel zum Spiel zu verschaffen, dem verklagten Spielklub gegen Gewährung von Darlehen Wertpapiere mit der Berechtigung überlassen hatte, sich gegebenenfalls daraus zu befriedigen. Indem der Beklagte hiervon abredegemäß Gebrauch machte, gewann die Verpfändung die Natur einer dauernden Leistung, wodurch die Kondiktion ausgeschlossen wurde.

4. **Leistungen, die in der Eingehung einer Verbindlichkeit bestehen,** sind nur die in § 812 A 10 und 11 aufgeführten abstrakten Schuldversprechen und Schuldanerkenntnisse. Kausale Schulden sind bei Verstoß gegen das Gesetz oder die guten Sitten nichtig, lassen also nur für eine Feststellungsklage Raum (RG 64, 148). Die Sondervorschrift, wonach abstrakte Verpflichtungen im Gegensatz zu realen Leistungen bei par turpitudo rückforderbar sind, war notwendig, da das Gesetz einen Zwang zur Durchführung noch unfertiger, auf verwerfliche Ziele gerichteter Geschäfte nicht dulden kann (vgl. RG 73, 144). Dem Versprechenden steht mithin nicht nur eine Einrede (§ 821), sondern auch ein Befreiungsanspruch zu (condictio liberationis), wobei nach § 819 Abs 2 der Versprechensempfänger kein Zurückbehaltungsrecht wegen Aufwendungen hat (vgl. § 821 A 1). Mit der Erfüllung des abstrakten Versprechens entfällt die Kondiktion. Der Erfüllung muß es aber gleichgestellt werden, wenn über die beiderseits verwerfliche Kausa ein Wechsel oder Scheck gegeben und vom Empfänger indossiert worden ist. Es verhält sich hier anders als in den in § 813 A 4 erwähnten Fällen, wo dem Orderpapier eine unvollkommene Verbindlichkeit zugrunde liegt. Hier entscheidet der Umstand, daß das verwerfliche Geschäft nach der Weitergabe des Papiers kein unfertiges mehr ist und die Kondiktion den Erstempfänger zu einer realen Leistung nötigen würde (vgl. OLG 39, 183). — Die Leistung, die im Erlaß einer Verbindlichkeit oder im Verzicht auf ein sonstiges Recht besteht, folgt der Regel. Sie kann bei beiderseitiger Unsittlichkeit nicht zurückgefordert werden, d. h. das Recht bleibt erloschen (RG 58, 204; SeuffA 67 Nr 193; anders RG Warn 09 Nr 386).

5. Ist das Kausalgeschäft wegen beiderseitigen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten nichtig, so folgt aus dieser Nichtigkeit in Verbindung mit der Gültigkeit und Unkondizierbarkeit der realen Leistung, daß, wer vorleistet, auf eigene Gefahr handelt. Es kann geschehen, daß der andere Teil das Empfangene behält und sich seinerseits der Erfüllung entzieht. Das hat sich hauptsächlich beim **Bordellverkauf** fühlbar gemacht. Das Reichsgericht geht mit Recht davon aus, daß der Verkauf eines Hauses, worin ein Bordell betrieben wird, zwar noch nicht wegen der Verwendungsabsicht des Käufers, mag diese auch dem Verkäufer bekannt sein, wohl aber dann nach § 138 nichtig ist, wenn geradezu das Bordellgeschäft verkauft wird; den Beweis hierfür erblickt es, abgesehen von örtlicher Lage, Einrichtung und Vergangenheit des Grundstücks (**RG** 78, 45), vor allem in der den gewöhnlichen Wert desselben weit übersteigenden Höhe des Kaufpreises (vgl. **RG** 29, 109; 63 S. 182 und 350; 68, 99; 71, 433; 75, 70; 78, 283; 86, 192; Gruch 62, 635). Hat nun der Verkäufer das Grundstück aufgelassen, so erlangt er als Gegenleistung das, was der Käufer bar bezahlt oder an schon vorhandenen Belastungen in Anrechnung auf den Kaufpreis übernimmt. Er erwirbt auch die für das Restkaufgeld bestellte Grundschuld, denn die Grundschuld, die von dem Bestande der persönlichen Forderung unabhängig ist, stellt eine in sich vollendete Vermögenszuwendung dar und unterliegt nach Satz 2 nicht der Rückforderung (**RG** 73, 143; Warn 1918 Nr 10). Dagegen ist bei einer Restkaufgeldhypothek nur die dingliche Einigung gültig; da die Forderung nicht entstanden ist, gehört die Belastung nach §§ 1163 Abs 1, 1177 Abs 1 als Eigentümergrundschuld dem Käufer (**RG** JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4]; 1913, 540[3]; 1914, 929[15]; 1920, 707[6]; Warn 1914 Nr 253; 1919 Nr 24; Gruch 59, 899; 63, 484). Nichts hindert den Käufer, diese Tatsache durch Feststellungsklage oder durch Klage auf Einwilligung in die Umschreibung oder Löschung der Hypothek oder auf Herausgabe des Hypothekenbriefs (vgl. § 952) geltend zu machen. Es ist nicht zu billigen, wenn **RG** 71, 436; JW 1912, 632[1] derartigen Klagen mit Hilfe einer exc. doli generalis entgegengetreten sind. Solange der Käufer nur den durch § 817 geschaffenen Zustand zur Anerkennung bringen will, ist für eine solche Einrede grundsätzlich kein Raum. Kann er doch auch ohne Bewilligung des Verkäufers die Eintragung eines Widerspruchs (§§ 894, 899) und, wenn er den Vorschriften der GBO § 29 Satz 2, § 42 zu genügen vermag, die Umschreibung und Löschung der Hypothek durchsetzen (GBO § 22). Daher haben **RG** 75, 78; JW 1911, 317[2]; 1912, 853[4] unter ähnlichen Umständen die Arglisteinrede des Verkäufers mit Recht verworfen. Entsprechend verhielt es sich aber auch in dem Falle **RG** JW 1916, 180[1], in welchem ein Bordellkäufer, dem das Grundstück nicht aufgelassen war, der Vindikation des Verkäufers gegenüber die Herausgabe weigerte, bis ihm seine Zahlungen abzüglich der gezogenen Nutzungen erstattet würden; vgl. dazu den Fall **RG** 86, 191, wo der ebenfalls auf Räumung verklagte Bordellkäufer schon längere Zeit nichts mehr gezahlt hatte. In beiden Fällen, nicht nur in dem letzteren, hätte der Klage stattgegeben werden müssen. Die Verteidigung des Beklagten läuft immer darauf hinaus, daß dem Kläger die Ausübung eines Rechtes verwehrt sein soll, wenn er nicht freiwillig auf einen nach § 817 Satz 2 erlangten Vorteil verzichtet. Das geht nicht an. Der Grundsatz der Vertragstreue, dessen Durchführung die Einrede der Arglist bezweckt, greift da nicht Platz, wo das Gesetz wegen Unlauterkeit beider Teile die Sonderregel aufstellt: in pari causa melior est condicio possidentis. — Nicht hierhin gehört, obgleich es auf die beanstandeten Urteile verweist, **RG** Warn 1917 Nr 16. Ein Erbvertrag zwischen Ehegatten, worin die Frau mit einem Vermächtnis bedacht war, war durch einen beiderseits unsittlichen Vergleich der Gatten unter Zahlung einer Abfindung an die Frau aufgehoben worden; nach dem Tode des Mannes klagte sie gegen den Testamentserben auf Erfüllung des Vermächtnisses. Hier konnte die Klage allerdings keinen Erfolg haben, aber nicht aus dem Grunde des Reichsgerichts (Einrede der Arglist bis zur freiwilligen Rückgabe der Abfindung), sondern weil die Aufhebung des Erbvertrags ebensogut wie die Zahlung der Abfindung eine abstrakte Leistung war, die von der Nichtigkeit des kausalen Vergleichs nicht ergriffen wurde und nach Satz 2 nicht kondiziert werden konnte.

6. Gesetzgeberisch ist der § 817 verfehlt. In den meisten und wichtigsten Fällen eines die guten Sitten oder ein Verbotsgesetz verletzenden Empfanges ist der kausale Vertrag nach § 138 oder § 134 nichtig, so daß nach § 812 schon die Rechtsgrundlosigkeit des Habens zur Rückerstattung zwingt. Daneben und darüber hinaus, wie § 817 Satz 1 es tut, noch eine Kondiktion wegen der Verletzung als solcher zu geben, ist kein Bedürfnis. Das Schwergewicht der Bestimmung liegt denn auch in Satz 2, der dem verwerflich Leistenden die ihm sonst zustehende Kondiktion entzieht. Diese nur dem römischen Vorbild zuliebe aufgenommene Strafvorschrift widerstrebt aber dem modernen Rechtsgefühl. Wie peinlich die zu weitgehende Entrechtung des Wucherers empfunden wird, beweisen die Anstrengungen, die man gemacht hat, um das Ergebnis zu vermeiden (vgl. A 3 unter b und d). Auch daß der Konkursverwalter die Leistung des Gemeinschuldners nicht zur Befriedigung der Gläubiger zurückfordern darf (A 3 unter c), erscheint unbillig, und ähnliche Härten zeitigt die Versagung der Klage angesichts zahlreicher Verbote der heutigen Wirtschaftsgesetzgebung, deren Übertretung von der Verkehrs-

anschauung milde beurteilt wird. Den größten Anstoß aber erregt Satz 2 dann, wenn zugleich der Empfänger der Leistung verwerflich gehandelt hat und die Gegenleistung verweigert. Die rechtliche Ordnung des Bordellverkaufs, wie sie aus A 5 erhellt, ist ein Hohn auf die Gerechtigkeit, die die Rückgängigmachung der auf unsittlichem Grunde beruhenden Vermögensverschiebung, jedenfalls aber die Gleichbehandlung beider Parteien verlangt. Die dort vom Standpunkte der lex lata bekämpfte Arglisteinrede könnte, weil nur negativ wirkend, zur besseren Regelung des Verhältnisses nichts beitragen. Näher liegt es, die Abhilfe in der Richtung zu suchen, daß durch unterschiedslose Anwendung der Nichtigkeitsgrundsätze auch auf das Leistungsgeschäft der § 817 beiseite geschoben wird. Allein wenn man auch von der abstrakten Verpflichtung absehen wollte, dem Wesen und der Bedeutung der abstrakten Verfügung würde man hiermit nicht gerecht (vgl. A 1 unter d). Die Hilfe kann nur von der Gesetzgebung kommen: § 817 muß aufgehoben und § 814 mit Rücksicht auf das in § 817 A 1 unter e Gesagte geändert werden.

§ 818

[1])Die Verpflichtung zur Herausgabe[2]) erstreckt sich auf die gezogenen Nutzungen[3]) sowie auf dasjenige, was der Empfänger auf Grund eines erlangten Rechtes oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung des erlangten Gegenstandes erwirbt[4]).

Ist die Herausgabe wegen der Beschaffenheit des Erlangten nicht möglich oder ist der Empfänger aus einem anderen Grunde zur Herausgabe außerstande[5]), so hat er den Wert zu ersetzen[6]).

Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Ersatze des Wertes ist ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist[7])[8]).

Von dem Eintritte der Rechtshängigkeit an haftet der Empfänger nach den allgemeinen Vorschriften[9])[10]).

E I 739, 740, 744, 745 Abs 2, 748 Abs 3 II 742; M 2 836—840, 845—847, 853, 854; P 2 683, 702—711.

1. Der **Bereicherungsanspruch** zielt ab auf den Unterschied im Vermögensstande des Verpflichteten vor und nach der ungerechtfertigten Vermögensverschiebung. Dieser Unterschied ist eine veränderliche Größe, die sich gewöhnlich (§ 818 Abs 4) erst mit der Rechtshängigkeit des Anspruchs, ausnahmsweise (§§ 819, 820) mit einem früheren Zeitpunkt fixiert. Hervorgebracht wird sie durch eine Reihe von Aktiv- und Passivposten, von denen jene in § 818 Abs 1 und 2 aufgezählt, diese aus Abs 3 zu entnehmen sind. Allerdings ist das Verhältnis nicht so geregelt, daß ohne weiteres ein in Geld berechneter Betrag zu zahlen wäre. Ähnlich wie beim Schadensersatz (§ 249) geht das Gesetz von der naturalen Rückgewähr aus, indem es die Herausgabe des Erlangten vorschreibt (§ 818 Abs 1, § 812 Abs 1 Satz 1, § 816 Abs 1 Satz 1, Abs 2, § 817 Satz 1). Doch wird der Grundsatz hier in viel geringerem Maße durchgeführt. Überall, wo dem Bereicherten durch Nötigung zur Herausgabe mehr als der Gewinn abgenommen würde, tritt der Ersatz des Wertes an die Stelle (§ 818 Abs 2, vgl. A 5). Die so bestimmte Verpflichtung gilt ohne Unterschied der verschiedenen Gründe der Kondiktion (RG 63, 355). Auch bei einem Eingriff in fremdes Vermögen hat der unberechtigt Verfügende den Eingriffserwerb (§ 816 Abs 1 Satz 1) nicht schlechthin, sondern nur in den Grenzen der Bereicherung herauszugeben (RG JW 1911, 152[7]; SeuffA 67 Nr 80). Das Gesetz bietet auch keinen Anhalt dafür, daß in diesem Falle der Bereicherungsbegriff anders als sonst verstanden werden sollte. Im Gegenteil wurde eine unterscheidende Behandlung bei der Beratung ausdrücklich abgelehnt (Prot 2, 707). Wenn der verfügende Nichtberechtigte mitunter milde angefaßt wird, so mag das als Ausgleich dafür gelten, daß er unter Umständen, sofern er durch besonders geschickte und glückliche Berechnung einen außergewöhnlich hohen Preis erzielte, Spekulationsgewinn herausgeben muß (vgl. § 816 A 2). — Abweichend von der Regel geht der Bereicherungsanspruch in den Sonderfällen des § 951 Abs 1 stets auf Werterſatz (RG Recht 07 Nr 1654), und nach § 528 Abs 1 Satz 2, § 1973 Abs 2 Satz 2, § 2329 Abs 2 kann der Verpflichtete die geschuldete Herausgabe durch Zahlung des Wertes abwenden. Natürlich kann auch ein Vertrag der Parteien die Folgen der ungerechtfertigten Bereicherung anders ordnen als das Gesetz (RG JW 1912, 850[2]).

2. In erster Linie ist **das Erlangte herauszugeben.** Die Handlungen, die hierzu notwendig sind (Rückübergabe der beweglichen Sache, Rückauflassung des Grundstücks, Rückabtretung der Forderung usw.), richten sich nach der Art des Erlangten; bei beweglichen Sachen kann die Herausgabe auch durch Abtretung des Anspruchs nach § 931 vollzogen werden. Über den Inhalt des Anspruchs bei der cond. possessionis gegen den mittelbaren Besitzer vgl. RG Recht 1920 Nr 2386, 2388. Eine Forderung, die auf einem grundlosen abstrakten

Versprechen beruht, ist zu erlassen (§ 812 A 10). Ist umgekehrt der Erlaß einer Forderung oder der Verzicht auf ein sonstiges Recht ohne Grund erlangt, so muß das aufgegebene Recht wiederhergestellt werden (RG 53, 296; JW 1912, 459[6]; Gruch 57, 959; RG Recht 1914 Nr 2411). Die Forderung wird hierbei unmittelbar geltend gemacht, indem der Gläubiger der Berufung auf den Erlaß mit der Replik der ungerechtfertigten Bereicherung begegnet (so RG JW 02 Beil 255[168]; RG Recht 1915 Nr 1527; zu dem gleichen Ergebnis führt bei Schadensersatzpflicht des Schuldners der § 249, vgl. RG 84, 135). Hat der Bereicherte die grundlos erlangte Sache mit einem Rechte belastet, so hat er sie mit der Belastung und dem dafür etwa empfangenen Entgelt herauszugeben. Dies gilt auch dann, wenn er ein Grundstück mit einer Hypothek belastet hat (darüber, daß er von der persönlichen Verpflichtung, die er einging, zu befreien ist, vgl. A 7). — Ist nicht alles ohne rechtlichen Grund erlangt, so ist nur das grundlos Erlangte herauszugeben. Eine Teilung findet auch dann statt, wenn alles grundlos erlangt ist, aber nur zum Teil auf Kosten des Klägers. Doch kann hier nach den Umständen des Falles, wenn eine beschränkte Herausgabe an die einzelnen Benachteiligten unmöglich ist, jeder von ihnen die Herausgabe an alle oder die Hinterlegung zugunsten aller fordern (§ 432). Führt auch das nicht zum Ziele, so wird der Gegenstand dem einen herausgegeben, während die Ausgleichung unter den Benachteiligten vorbehalten bleibt.

3. Nutzungen, d. h. die natürlichen und Zivilfrüchte sowie die Vorteile, die der Gebrauch der Sache oder des Rechtes gewährt (§§ 99, 100). In Betracht kommen aus der Zeit vor der Rechtshängigkeit (Abs 4) oder den in §§ 819, 820 bestimmten Zeitpunkten nur wirklich gezogene Nutzungen, also auch von Zinsen nur die empfangenen; § 452 ist nicht entsprechend anwendbar (RG Recht 1916 Nr 1292). Anderseits handelt es sich, außer um die Nutzungen des ursprünglich Erlangten, auch um diejenigen Nutzungen, die aus dem herauszugebenden Surrogat gezogen sind (OLG 18, 54). Die Vorschriften der Abs 2 und 3 (Wertersatz und Wegfall der Bereicherung) gelten auch für die Nutzungen; die Gewinnungskosten sind daher auch über § 102 hinaus abzurechnen. Daß Nutzungen gezogen wurden, hat der Kläger zu beweisen (RG JW 1910, 17[24]), soweit es sich nicht, wie bei einem Bankier, der Geld empfangen hat (RG 53, 371), oder wenn zinstragende Wertpapiere herauszugeben sind (RG Warn 1918 Nr 182; RG 28. 10. 16 V 185/16), von selbst versteht.

4. Surrogate. Auf Grund eines erlangten Rechtes ist erworben, was in bestimmungsgemäßer Ausübung des Rechtes erlangt ist, also der Gegenstand der eingezogenen Forderung, der Pfanderlös, die Ablösungssumme der Grundschuld. Nicht hierhin gehört, was der Schuldner durch Vertrag an Stelle des ursprünglich Erlangten eintauscht, z. B. der Kaufpreis für die grundlos erworbene, von ihm weiterveräußerte Sache oder der mit dem grundlos empfangenen Geld angeschaffte Gegenstand. Die abweichende Fassung der Vorschriften des ehelichen Güterrechts und des Erbrechts (§ 1370, § 2019 Abs 1) läßt keinen Zweifel daran, daß das Gesetz hier wie bei der Gesellschaft (§ 718 Abs 2) den Surrogationsgrundsatz absichtlich nicht weiter ausdehnen wollte (vgl. Prot 2, 709; RG 86, 347; RG 13. 12. 18 II 352/18). Der Fall des § 816 Abs 1 Satz 1 ist ein anderer. Dort hat ein Nichtberechtigter verfügt; hier handelt es sich um die Verpflichtung des dinglich Berechtigten, der nur ohne rechtfertigenden Grund erworben hat. Übrigens haftet auch der Verfügende nach § 816 nur auf das Ergebnis der ursprünglichen Verfügung, nicht auf das, was er für das zunächst Erlangte durch ein weiteres Rechtsgeschäft erwarb. Herauszugeben ist mithin der Haupttreffer, der auf das ohne rechtlichen Grund erworbene Los entfallen ist, nicht der Haupttreffer, der auf das Los entfiel, das mit grundlos erlangten Mitteln erworben wurde; im letzteren Falle wird nur der Wert der Mittel erstattet. Der Ersatz für die Beschädigung, Zerstörung oder Entziehung des Gegenstandes, der gleichfalls herauszugeben ist, kann auf Vertrag (Versicherungsgelder), unerlaubter Handlung oder auf rechtmäßigem Eingriff beruhen. An Ersatzstücke, die der Schuldner, wie im Falle des § 1382, selbst angeschafft hat, ist nicht gedacht.

5. Unmöglichkeit, Unvermögen, Untunlichkeit. Objektive Unmöglichkeit der Herausgabe kann in der Beschaffenheit des Erlangten ihren Grund haben. So bei geleisteten Diensten (RG LZ 1915, 521), genossenen Gebrauchsvorteilen, Befreiung von einer Schuld gegenüber einem Dritten; vgl. auch den Fall RG 97, 245, wo die Klägerin, der das Grundstück von vornherein gehörte, auf Kosten der Beklagten die darauf errichteten Fabrikanlagen erlangt hatte und der Grund der Erlangung nachträglich weggefallen war. Die Unmöglichkeit der Herausgabe kann ferner darin liegen, daß der erlangte Gegenstand oder das an seine Stelle getretene Surrogat (A 4) untergegangen oder untrennbar verbunden, vermischt oder verarbeitet ist (§§ 946 ff.). Diesen Fällen wird das subjektive Unvermögen des Schuldners schon durch den Wortlaut des Abs 2 gleichgestellt. Überhaupt aber geht der Gedanke des Gesetzes dahin, daß dem Schuldner nur die Bereicherung abgenommen werden soll. Wer daher eine grundlos erlangte Sache veräußert hat, braucht sie nicht zwecks Herausgabe zurückzuerwerben, auch wenn ihm dies möglich wäre; er ersetzt den Wert (RG 56, 387). Das gleiche muß gelten, wenn der Schuldner das grundlos Erlangte infolge enger Verbindung mit seinem übrigen Vermögen

nicht herausgeben könnte, ohne durch die Ausscheidung mehr als den Wert des Erlangten einzubüßen. In diesem Sinne genügt schon Untunlichkeit der Herausgabe in Natur, um an deren Stelle den Werterfatz treten zu lassen. — Teilweise Unmöglichkeit, z. B. bei Beschädigung oder Belastung der Sache, bildet kein Hindernis, die Sache herauszugeben (vgl. A 2). Keinen Unterschied begründet es, ob der Schuldner eine Unmöglichkeit schuldhaft herbeigeführt hat (RG Warn 1917 Nr 140). Er braucht nur herauszugeben, was er noch hat; erst mit der Rechtshängigkeit (A 9) oder mit den in §§ 819, 820 bezeichneten Zeitpunkten tritt eine Steigerung seiner Verpflichtung ein.

6. Wertersatz. Die Vorschrift, daß in den Fällen der A 5 der Wert ersetzt werden muß, ist zwingend auch gegen den Kläger, der nicht statt des Wertes sein Interesse oder das, was der Beklagte vertragsmäßig mit dem ursprünglich Erlangten erwarb (vgl. A 4), beanspruchen kann. Sie gilt auch für den Fall, wenn der Beklagte vertretbare Sachen erlangt hat. Unter Wert versteht das Gesetz den objektiven Wert, den gemeinen Verkehrswert. Die Unbilligkeit, die hierin für den Beklagten liegen könnte, wird durch den Grundsatz des Abs 3 unschädlich gemacht. Maßgebend für den Wert ist der Zeitpunkt des grundlosen Erlangens. In RG 97, 252 wird der Wert einer mehrjährigen vertragslosen Benutzung von Fabrikanlagen als ihr Pachtwert bezeichnet. Bei genossenen Dienstleistungen kommt es auf die angemessene Vergütung an (RG SeuffA 70 Nr 149); doch kann, wenn ein Dienstvertrag geschlossen war und nichtig ist, mitunter als Wert die bedungene Gegenleistung betrachtet werden (vgl. auch OLG 36, 57). Stets ist bei Diensten nur diejenige Zeit in Rechnung zu stellen, während deren sie tatsächlich geleistet wurden, nicht etwa die Zeit bis zu dem der Beendigung des Verhältnisses folgenden nächsten Kündigungstermin. Ist ein herauszugebender Gegenstand zugleich mit andern Gegenständen um einen Gesamtpreis veräußert worden, so muß, ähnlich wie nach § 471, eine verhältnismäßige Berechnung stattfinden (RG 75, 361; vgl. § 816 A 3 unter a).

7. Beschränkung auf die Bereicherung. Die Verpflichtung zur Herausgabe oder zum Wertersatz besteht nur, soweit der Empfänger bereichert ist. Der Anspruch aus §§ 812ff., 818 ist kein strictum judicium wie die Kondiktion des römischen Rechtes, sondern hat einen in mancherlei Hinsicht zunächst ungewissen, dem Kläger unerkennbaren Inhalt. Der Gedanke des Gesetzes ist der, daß der Empfänger durch die ungerechtfertigte Vermögensverschiebung wie keinen Vorteil, so keinen Schaden haben soll. Er soll keinen Vorteil davon haben. Ist das ursprünglich Erlangte zwar untergegangen, hat sich aber ursächlich daraus eine anderweite Vermögensverbesserung entwickelt, so ist, soweit dies zutrifft, die Bereicherung erhalten geblieben; wie aus Abs 1 und 2 zusammen genommen folgt, muß der Wert des Erlangten erstattet werden. Auf der andern Seite wird dem Empfänger nach Abs 3 jeder Nachteil abgenommen, der mit dem grundlosen Erwerb in ursächlichem Zusammenhang steht. Im einzelnen sind folgende Möglichkeiten einer Minderung der Bereicherung zu erwähnen: 1. Der an sich herauszugebende Gegenstand ist im Vermögen des Empfängers nicht mehr vorhanden und hat auch keine Werterhöhung hinterlassen. So wenn das ganze Vermögen nicht mehr dem Betrage des Erlangten gleichkommt oder wenn der erlangte Gegenstand durch Unterschlagung seitens des empfangenden Vertreters wieder ausgeschieden ist (RG 65, 298; JW 08, 403[4]). Hat der Empfänger den Gegenstand unter seinem Werte veräußert, so haftet er auf Zahlung des Wertes nur insoweit, als dieser durch das empfangene Entgelt gedeckt wird (RG 75, 362; JW 1915, 711[14]). 2. Das grundlos Erlangte ist noch vorhanden, aber das sonstige Vermögen des Empfängers hat einen Verlust erlitten, der mit dem Erwerb zusammenhängt. Auch dies muß berücksichtigt werden, und deshalb sind abzuziehen: a) alle Verwendungen auf die erlangte Sache, nicht nur die notwendigen oder nützlichen, die dem Kläger zugute kommen (RG Warn 1919 Nr 196); b) die nach der Verkehrsanschauung als Lasten des Erwerbs geltenden und daher eng mit diesem verbundenen Aufwendungen, z. B. die Fracht, die Mäklergebühren (RG 72, 1; a. M. OLG 38, 126), die Kosten der Beurkundung des Vertrags (a. M. OLG 38, 126), die Fruchtgewinnungskosten (A 3; vgl. auch RG Recht 1911 Nr 320). Hat der Beklagte ein Grundstück herauszugeben, so ist er von der persönlichen Haftung für die beim Erwerb übernommenen Hypotheken zu befreien (RG JW 1914, 301[8]). c) Die Bereicherung wird sodann gemindert durch Aufwendungen anderer Art, die im Hinblick auf den vermeintlichen Vermögenszuwachs gemacht worden sind. Hauptsächlich kommt der allgemeine Lebensaufwand in Betracht. Wurde der Beklagte durch das Vertrauen auf den Erwerb zu Ausgaben verleitet, die er andernfalls vermieden haben würde, so hat er nichts erspart, ist also nicht bereichert. Bei wirtschaftlich unnützen Ausgaben (Vergnügungsreise nach vermeintlichem Lotteriegewinn) liegt dieser Beweggrund oft zutage; selbst wenn der Empfänger geisteskrank ist, wird der Nachweis solcher Ausgaben nicht selten genügen, um die Kondiktion zu entkräften. Auch andere Fälle kommen vor, in denen der Zusammenhang zwischen Erwerb und Aufwendung unterstellt werden darf. Bei Unterhaltsgeldern ist es

z. B. die Regel, daß sie bestimmungsgemäß verwendet werden. Erhält ein Beamter mehr Gehalt, als er zu beanspruchen hat, so pflegt er auch mehr auszugeben, wodurch dann die Bereicherung wegfällt (vgl. RG 63, 41; 83 S. 159 und 161; JW 1911, 323[15]; Warn 1919 Nr 147; Gruch 48, 1090; zu eng RG 62, 248). Nur wenn das ganze Gehalt ohne Rechtsgrund gezahlt wurde, ist eine Fortdauer der Bereicherung in der Höhe anzunehmen, in der sich das Gezahlte mit den Kosten seiner gewöhnlichen Lebensführung deckt. War anderseits das grundlos gezahlte Geld nicht der Natur nach zur Verausgabung bestimmt, so genügt es zum Beweise des Wegfalls der Bereicherung nicht, daß der Beklagte große Ausgaben gemacht und unglücklich gewirtschaftet hat; das Geld kann deshalb doch nutzbringend angelegt sein (RG 68, 270). — Daß die Aufwendung dem Vermögenszuwachs zeitlich nachfolgen müßte, ist nicht erforderlich. Auch vorangegangene Ausgaben können mit ihm zusammenhängen, wenn sie in Erwartung des Erwerbs geleistet wurden. Kein solcher Zusammenhang besteht aber zwischen dem, was der Nichtberechtigte im Falle des § 816 Abs 1 Satz 1 von seinem Nachmann erlöst, und dem, was er vorher zwecks eigenen Erwerbs des Gegenstandes gezahlt hat. Der Nichtberechtigte kann daher den herauszugebenden Erlös nicht um das seinerseits Gezahlte kürzen, sondern muß sich (wozu er trotz der engen Fassung des § 440 Abs 2 auch bei beweglichen Sachen imstande ist) an den Vormann halten. Keine abzugsfähige Aufwendung liegt auch vor, wenn die Einbuße durch einen rechtlichen Vorteil ausgeglichen wird. So wenn das Geld zur Tilgung gültiger Schulden des Beklagten verbraucht wurde (vgl. RG 72, 4; RG Recht 1912 Nr 1295; RG 5. 3. 06 IV 20/05) oder wenn eine Forderung gegen einen Dritten den Ausgleich bewirkt. In RG 98, 64, wo der klagende Eigentümer bei Lieferung der Ware an den beklagten Käufer sich selbst für den Verkäufer hielt, während der Kaufvertrag von seinem Angestellten im eigenen Namen geschlossen war, hat die Rücksicht auf den von dem Beklagten an den Angestellten gezahlten Kaufpreis mit Unrecht zur Abweisung der cond. indebiti geführt. Die Bereicherung des Beklagten um die Ware oder deren Wert war durch die Zahlung nicht weggefallen, denn der Angestellte hatte durch die Lieferung des Klägers, die nicht für seine Rechnung erfolgt war, nicht erfüllt und war nach wie vor zur Lieferung verpflichtet. d) Ferner müssen alle Schädigungen in Absatz gebracht werden, die der Beklagte infolge der Vermögensverschiebung erlitten hat, wie etwa, wenn sein Vieh durch das vom Kläger gelieferte Tier angesteckt ist (vgl. hierzu auch RG JW 1911, 40[24]; 1912, 690[10]; 1918, 132[5]). Besonders hervorzuheben sind die Fälle, in denen ein ihm zustehendes Recht dadurch, daß er darauf rechnete, das Empfangene behalten zu dürfen, untergegangen oder entwertet ist. Z. B. da der Wechsel von einem Bezogenen, der fälschlich akzeptiert zu haben glaubte, eingelöst wurde, hat der Gläubiger durch Versäumung der Protestfrist den Rückgriff gegen die Vormänner eingebüßt (ROHG 17, 1); weil der Gläubiger von einem Pseudoschuldner ein indebitum empfing, hat er die Forderung gegen den wahren Schuldner verjähren lassen (RG 44, 145; 70, 352; a. M. OLG 22, 356; SächsArchR 08, 481), die dafür bestimmte Ausschlußfrist nicht gewahrt (RG Warn 1920 Nr 151), oder er hat Bürgen entlassen, auf Pfandrechte verzichtet. Vor allem kann die Verwirklichung seines Rechtes durch eine in der Zwischenzeit eingetretene Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners unsicher geworden sein. Die Frage des Wegfalls der Bereicherung wirft sich hier ebenso auf wie in dem Falle, wenn der Beklagte das empfangene Geld einem Dritten geliehen oder zu Leistungen, für die ihm ein Dritter ersatzpflichtig ist, verwandt hat und der Dritte zahlungsunfähig ist oder wird. Während RG Gruch 51, 922 (VII 454/06; vgl. dazu RG 86, 349) und RG 56, 356 den Punkt nicht erwähnen, beidemale aber auch an der Zahlungsfähigkeit des Dritten kein Zweifel bestand, gehen RG JW 1912, 788[1], Warn 1917 Nr 140 (vgl. auch RG 72, 4) mit Recht davon aus, daß der Beklagte nicht als bereichert gelten kann, wenn und soweit seine Forderung wertlos ist. Hierüber Beweis anzuordnen, erscheint aber nicht angemessen, zumal sich der Wert täglich ändern kann. Das richtige ist, den Beklagten, sofern die Zahlungsfähigkeit des ersatzpflichtigen Dritten bzw. des ursprünglichen Schuldners nicht außer Streit ist, nur zur Abtretung der Forderung an den Kläger zu verurteilen (vgl. dafür auch RG 86, 348; SeuffA 70 Nr 150). — Nach einzelnen Entscheidungen soll dadurch allein schon, daß der Gläubiger die Schuldsumme von einem Dritten ohne Grund empfängt, seine Forderung gegen den Schuldner untergehen (vgl. RG JW 09, 274[7]; 1912, 788[1]; 1914, 79[11]; Warn 1911 Nr 25). Dem ist nicht beizutreten. Da der Dritte nicht nach § 267 die Leistung des Schuldners bewirken wollte, erlischt die Forderung hierdurch nicht, vielmehr stellt sich, wenn klar wird, daß der Gläubiger das Empfangene nicht behalten darf, heraus, daß sie unberührt geblieben ist (vgl. RG 44, 144; 70, 352; Warn 1920 Nr 151; annähernd ebenso RG 40, 292, das die Forderung mit der Herausgabe des Empfangenen an den Zahler wiederaufleben läßt). Die gegenteilige Meinung ist auch praktisch sehr bedenklich. Jene Urteile verlangen Beweiserhebung über die Zahlungsfähigkeit des Schuldners zur Zeit der Leistung des indebitum, weil, wenn die Forderung vollwertig gewesen sei, der Gläubiger im Ergebnis nichts gewonnen habe. Ganz abgesehen indes von den Schwierigkeiten einer solchen Untersuchung wird der formell anerkannte Satz, daß gegen den Gläubiger kondizieren

kann, wer in dem Irrtum, selbst Schuldner zu sein, die Schuld eines andern als eigene Schuld gezahlt hat (vgl. § 813 A 6), auf diese Weise wieder zurückgenommen. Auch die von der Rechtsprechung vertretene Bereicherungshaftung desjenigen Gläubigers, der sich durch Zwangsvollstreckung aus Sachen eines Nichtschuldners befriedigt hat (vgl. § 816 A 3), würde hiermit unvereinbar sein. c) Endlich wird die Bereicherung gemindert oder ausgeschlossen durch Schäden, die mit der Herausgabe an den Kläger verbunden sind. Hat sich der Beklagte bei Meidung von Vertragsstrafe zur Veräußerung des Erlangten an einen Dritten verpflichtet, so muß er von der Verpflichtung befreit werden.

8. Streitig ist die **Behandlung der Gegenleistung beim nichtigen Vertrag.** Das Reichsgericht erblickt grundsätzlich in dem Abschluß des nichtigen Geschäfts als solchem den bereicherungsbegründenden Tatbestand und faßt deshalb auch die Gegenleistung als abzugsfähige Aufwendung auf. Nicht zwei Bereicherungsansprüche sollen aus dem nichtigen gegenseitigen Vertrag entspringen, sondern nur ein einziger. Wegen der Gegenleistung des Beklagten soll nicht Aufrechnung und, bei Ungleichartigkeit, Zurückbehaltungseinrede stattfinden, vielmehr sei der Anspruch in sich beschränkt, so daß die Gegenleistung also auch dann berücksichtigt werden müßte, wenn sie sich aus dem Vortrage des Klägers ergibt (**RG** 54, 141; 60, 291; 72, 65f.; 86, 344; JW 1910, 283[11]; 1911, 583[24]; 1915, 918[7]; 1918, 132[5]; Warn 1918 Nr 24; Gruch 55, 963; **RG** Recht 1911 Nr 3309; 1916 Nr 393, 1334; 1918 Nr 701). Die praktische Hauptfolge ist, daß der Beklagte alles soll abziehen dürfen, worum er ärmer geworden ist, mag auch der Kläger dadurch überhaupt nicht (vgl. **RG** Gruch 55, 963) oder zur Zeit nicht mehr bereichert sein. Diese rein wirtschaftlich begründete Betrachtungsweise erscheint nicht zutreffend. Ist der kausale Vertrag nichtig, so hat keine Partei eine Forderung erworben. Die Bereicherung des Käufers entsteht erst durch den Eigentumserwerb; der Verlust, den er durch die Zahlung erleidet, ist aber keine Folge des Eigentumserwerbs, sondern eine Folge davon, daß er irrig geglaubt hat, zur Zahlung verpflichtet zu sein. War, wie bei Geschäftsunfähigkeit des Verkäufers, auch das Erfüllungsgeschäft nichtig und hat der Käufer den Wert der Sache erst durch Weiterveräußerung erlangt, so hätte sie bis dahin vindiziert werden können, wobei der Verkäufer nur insoweit, als er den Preis empfangen hatte und noch dadurch bereichert war, eine Einrede der Zurückbehaltung hätte gewärtigen müssen. Warum sich seine Lage durch die Weiterveräußerung so verschlechtern sollte, daß ihm nunmehr von Amts wegen jeder Schaden, den der Käufer bei dem Geschäft erlitt, in Rechnung gestellt werden dürfte, leuchtet nicht ein. Vielmehr ist anzunehmen, daß aus der Erfüllung des nichtigen Vertrags auf jeder Seite ein selbständiger Bereicherungsanspruch erwächst und beide Ansprüche nur nach den Regeln der Aufrechnung und Zurückbehaltungseinrede miteinander in Verbindung zu bringen sind. Die gegenteilige Behandlung mag sich vielleicht dann, wenn der Vertrag wegen Geschäftsunfähigkeit des Klägers nichtig ist, aus dem Bedürfnis empfehlen, den Verkehr gegenüber dem unerkannt Geisteskranken in Schutz zu nehmen. Sie ist aber höchst unbillig, wenn die Nichtigkeit in einer vom Beklagten verübten Täuschung des Klägers ihren Grund hat. In den Fällen der Anfechtung wegen Betrugs nimmt denn auch das Reichsgericht selbständige Ansprüche an, für die die Regeln der Aufrechnung oder Zurückbehaltung maßgebend seien, ohne indes zu erklären, inwiefern es für die Bereicherungsklage erheblich sein könnte, ob das Geschäft von Anfang an nichtig war oder durch Anfechtung nichtig wurde (vgl. **RG** 49, 424; 59, 92; 94, 310; JW 1910, 799[3]; 1919, 377[1]; Warn 1910 Nr 406; 1915 Nr 304; 1918 Nr 181). Nicht minder widerspruchsvoll ist die Entscheidung **RG** 94, 253 über eine Kaufpreisrückforderung bei einem formungültigen Vertrag, wo der Käufer die Ware, die seit ihrer Leistung im Werte stark zurückgegangen war, zur Verhütung weiteren Verderbs hatte versteigern lassen. Obgleich das Urteil an der Saldotheorie festhalten will, gestattet es dem Verkäufer einen Abzug nur in Höhe des Versteigerungserlöses, nicht in Höhe des Wertes, den die Ware zur Zeit ihrer Leistung besaß. — Die hier vertretene Ansicht führt auch allein zu einer angemessenen Regelung des Leistungsortes. Jeder Teil hat nach § 269 im Zweifel an seinem Wohnsitz zu leisten (**RG** 49, 421); die Verpflichtung zur Herausgabe einer Sache ist grundsätzlich da zu erfüllen, wo sich die Sache befindet (**RG** 96, 347). Weitere Folgerungen: Ist nur ein Teil der Bereicherung eingeklagt, so darf der Kläger den aufrechnenden Gegner nicht auf den nicht eingeklagten Teil der Forderung verweisen (§ 388 A 3 a. E.; § 396 A 1; anders von seinem grundsätzlich abweichenden Standpunkt aus **RG** Recht 1918 Nr 701); ist nur der Anspruch des Klägers, nicht der des Beklagten, zur Entscheidung reif, so kann nach ZPO § 301 ein Teilurteil ergehen (anders **RG** 54, 142; **RG** Recht 1916 Nr 1334).

9. **Eine Verschärfung der Haftung tritt ein mit der Rechtshängigkeit,** also mit der Klageerhebung und, wenn der Anspruch erst im Laufe des Prozesses erhoben wird, mit der Geltendmachung in der mündlichen Verhandlung (ZPO §§ 263, 281). Zwar kann die Bereicherung auch später noch mit befreiender Wirkung wegfallen (**RG** JW 1918, 133[6]; Warn 08 Nr 45). Aber der Beklagte haftet von nun an nach den allgemeinen Vorschriften, d. h. nach §§ 291, 292 und den darin angezogenen Gesetzesstellen: er wird durch den Wegfall der Be-

reicherung nur befreit, wenn sich nicht aus diesen Vorschriften das Gegenteil ergibt. Hat er eine bestimmte Sache herauszugeben, so muß er jetzt für den Schaden aufkommen, der dadurch entsteht, daß infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus anderm Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann (§§ 292, 989). Nur durch unverschuldete Unmöglichkeit der Herausgabe wird er frei, und auch dies nur dann, wenn er den erhobenen Anspruch in entschuldbarem Irrtum für unbegründet ansah, mithin nicht in Verzug geriet (§ 292, § 990 Abs 2, § 285); andernfalls ist § 287 maßgebend. Außerdem haftet er für fructus percipiendi und kann nur notwendige Verwendungen nach den Grundsätzen der auftraglosen Geschäftsführung ersetzt verlangen (§ 292, §§ 987, 994ff.; vgl. RG Warn 1919 Nr 196). Geht seine Verpflichtung auf Geldzahlung, so hat er die zu zahlende Summe zu verzinsen (§ 291), während vor der Rechtshängigkeit Verzugszinsen (§ 288) auch durch Mahnung nicht begründet werden konnten (RG 93, 271). Die Höhe der Zinsen beträgt immer 4%, mag auch zwecks Erfüllung einer vermeintlichen Schuld aus einem beiderseitigen Handelsgeschäft geleistet worden sein (§ 246, HGB § 352; vgl. RG 96, 57).

10. Beweislast hinsichtlich des Vorhandenseins einer Bereicherung (sonstige Beweislastfragen: vgl. § 812 A 6 unter 1a wegen der Grundlosigkeit des Empfangs im allgemeinen, § 812 A 11 unter 2a und § 814 A 4 zur condictio indebiti, § 815 A 4 zur cond. ob causam datorum, § 819 A 2 zur Steigerung der Haftung wegen Bösgläubigkeit, § 822 A 4 zur Verteidigung des Zweitempfängers). Der Kläger hat zu beweisen, daß der Beklagte etwas erlangt hat. (Bei einem eingetragenen Verein oder einer Gesellschaft m. b. H. genügt der Beweis, daß etwas an den vorausgegangenen nicht eingetragenen Verein oder die Gründungsgesellschaft gekommen ist, RG 87, 249.) Demgegenüber liegt es dem Beklagten ob, den Wegfall der Bereicherung darzutun (RG 65, 298; 93, 230; JW 1915, 711[14]; Gruch 48, 1090; RG SeuffA 60 Nr 168). Das ist aber nicht mit RG 68, 270, JW 1917, 465[8] so zu verstehen, als ob der Beklagte beweisen müßte, daß er schon bei Eintritt der Rechtshängigkeit nicht mehr bereichert war. Da die Bereicherung wirksam auch später noch wegfallen kann (vgl. A 9), darf er sich auf die Darlegung beschränken, daß er jetzt nicht mehr bereichert ist; Sache des Klägers ist es dann, darzutun, daß die Bereicherung zur Zeit der Rechtshängigkeit noch vorhanden war und der Beklagte wegen Verzugs oder nach §§ 987, 989, 994ff. haftet. Immerhin kommen Fälle vor, in denen sich der Wegfall der Bereicherung auch ohne besondere Beweisführung aus dem ganzen Sachverhalt ergibt (RG 83, 160 und 162; Warn 1911 Nr 26). War der Beklagte, als ihm geleistet wurde, nicht voll geschäftsfähig, so rechtfertigt sich eine Umkehrung der Beweislast, kraft deren der Kläger den Nachweis erbringen muß, daß der Beklagte durch den Verbrauch des Erlangten bereichert wurde (vgl. OLG 11, 79; 22, 356). — Rechenschaftspflichtig (§ 259) ist der Bereicherte im allgemeinen nicht (RG 47, 102; JW 1912, 72[9]). Indes nimmt die Rechtsprechung bei Patentverletzungen (vgl. § 812 A 2 unter c), auch wenn nur grobe Fahrlässigkeit vorliegt, § 687 Abs 2 mithin nicht zutrifft, eine Pflicht zur Rechnungslegung an (RG 70, 252; Warn 1915 Nr 61; vgl. auch RG 46, 18; 62, 320); ähnlich bei Verletzung sonstiger ausschließlicher Verwertungsrechte (RG 84, 150; Warn 1918 Nr 232). Ebenso kann Auskunftserteilung (§ 260) zwar nicht ohne weiteres gefordert werden (RG JW 1912, 72[9]); sind aber, wie namentlich im Immaterialgüterrecht (§ 812 A 2 unter c), gezogene Nutzungen herauszugeben, die der Berechtigte im einzelnen nicht bezeichnen kann, so wird der Anspruch als auf Herausgabe eines Inbegriffs im Sinne des § 260 gerichtet aufgefaßt (RG 90, 137).

§ 819

[1])Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes bei dem Empfang oder erfährt er ihn später, so ist er von dem Empfang oder der Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre[2]).

Verstößt der Empfänger durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist er von dem Empfange der Leistung an in der gleichen Weise verpflichtet[3]).

E I 741, 744, 745 Abs 2, 747 Abs 2, 748 Abs 3 II 743; M 2 840—842, 845—847, 849, 850, 853, 854; P 2 683, 711, 712.

1. In zwei Fällen läßt § 819 schon vor der Rechtshängigkeit (§ 818 Abs 4) die strengere Haftung Platz greifen: bei **Bösgläubigkeit des Empfängers** (Abs 1) und bei **verwerflichem Empfang** (Abs 2). Der Empfänger haftet in beiden Fällen vom Empfange, wenn aber im ersten Falle die Bösgläubigkeit später eintrat, von ihrem Eintritt an nach den allgemeinen Vorschriften. Darüber, was die Haftung nach den allgemeinen Vorschriften bedeutet, vgl. § 818 A 9. Doch ist zu beachten, daß sich der Empfänger unter den Voraussetzungen des § 819, mag bösgläubiger Empfang, mala fides superveniens oder verwerflicher Empfang

vorliegen, von dem entscheidenden Zeitpunkt an zugleich im Leistungsverzuge befindet. Soll es so angesehen werden, „wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre" (Abs 1 a. E.), so gilt damit zugleich eine Mahnung als erfolgt (§ 284 Abs 1 Satz 2); da ferner den Empfänger hier stets ein Verschulden trifft, ist er im Verzug (§§ 284, 285). Er ist daher auch für Zufall verantwortlich, es sei denn, daß der Schaden auch bei rechtzeitiger Leistung entstanden wäre (§ 287). Die Voraussetzungen der gesteigerten Haftung sind vom Kläger, der sich darauf beruft, zu beweisen (RG 72, 155; JW 05, 391[9]); sie gehören zum Grunde des Anspruchs und dürfen nicht dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden (RG JW 1910, 240[25]). — Trifft eine nach § 819 gesteigerte Kondiktion mit einer Haftung aus § 826 zusammen, so bleibt sie nach Verjährung des Schadensersatzanspruchs bestehen (§ 852 Abs 2). Die Kondiktion selbst kann nur dann als Forderung aus unerlaubter Handlung aufgefaßt werden, wenn sie sich lediglich auf § 817 und nicht zugleich auf § 812 gründet. Nur dann greift das Aufrechnungsverbot des § 393 auch ihr gegenüber Platz (vgl. RG Warn 09 Nr 179; RG Recht 1917 Nr 586; RG ElsLothZ 32, 161; OLG 21, 194).

2. **Bösgläubigkeit des Empfängers.** Der Empfänger — in Vertretungsfällen nach § 166 Abs 1 sein Vertreter, RG 79, 287, vgl. auch Warn 1918 Nr 224 (Zwangsverwalter) — muß den Mangel des Rechtsgrundes kennen; Zweifel und Kennenmüssen genügen nicht (RG 72, 152; Warn 1918 Nr 224; RG 5. 1. 20 IV 292/19). Zu der Kenntnis muß ferner noch das Bewußtsein hinzukommen, daß dem Leistenden der Mangel bestimmt oder doch möglicherweise unbekannt ist. Dieses im E I § 741 hervorgehobene Erfordernis wurde von der II. Kommission nur aus Gründen der Beweislastverteilung gestrichen: der Empfänger hat darzutun, daß er beim Leistenden Kenntnis voraussetzte (Prot 2, 711; vgl. OLG 21, 194; 38, 128). Nimmt daher derjenige, der zur Tilgung einer, wie er weiß, nicht bestehenden Forderung etwas empfängt, irrig eine Schenkungsabsicht des Leistenden an, so ist er von der strengeren Haftung befreit. Ebenso liegt es bei Empfang zur Verwirklichung eines zukünftigen, unmöglich erreichbaren Zweckes. Bei einem anfechtbaren Geschäft kennt auch derjenige den mangelnden Rechtsgrund, der die Anfechtbarkeit kennt, vorausgesetzt, daß die Anfechtung demnächst erfolgt (§ 142 Abs 2). Die Ungewißheit darüber, ob der Gegner von dem Anfechtungsrecht Gebrauch machen wird, kommt nicht in Betracht (vgl. RG 20. 3. 08 II 577/07). Ist der Empfänger nicht voll geschäftsfähig und beim Empfange nicht vertreten, so folgt aus dem Schutzgedanken, auf dem die gesetzliche Vertretung beruht, daß seine Kenntnis von der Grundlosigkeit des Empfangs nicht ohne weiteres zu einer Steigerung der Haftung führen darf (RG JW 1917, 465[8]; vgl. RG 93, 230). Doch könnte eine entsprechende Anwendung der §§ 828, 829 in Frage kommen. Mala fides superveniens steht der von vornherein vorhandenen Bösgläubigkeit vom Zeitpunkt ihres Eintritts an gleich. Zu denken ist sowohl an die Fälle, in denen der Rechtsgrund von Anfang an fehlte, der Empfänger dies aber erst später erfuhr (vgl. z. B. OLG 23, 55), wie an den Fall, wenn mit Kenntnis des Empfängers der Rechtsgrund selbst erst später wegfiel (cond. ob causam finitam, vgl. § 812 A 8). Ist es jedoch ein neues Gesetz, das sich rückwirkende Kraft beilegt und dadurch einer der Vergangenheit angehörigen Leistung ihren Grund entzieht, so wird im Zweifel anzunehmen sein, daß der Empfänger das zurückzuzahlende Geld erst von dem Augenblick an, wo er mit der Rückerstattung in Verzug kommt, zu verzinsen hat (vgl. dazu Vorbem 2 unter a a. E.).

3. **Verwerflicher Empfang** (§ 817). Es genügt der objektive Verstoß gegen Gesetzes- oder Sittenverbot. Kenntnis davon ist nur insoweit erforderlich, als sie zum Tatbestande der Kondiktion gehört, mithin nur dann, wenn der Verstoß den kausalen Vertrag nicht nichtig macht (vgl. § 817 A 1 unter b und c). Nachträgliche Erlangung der Kenntnis hat hier keine Bedeutung.

§ 820

War mit der Leistung ein Erfolg bezweckt, dessen Eintritt nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als ungewiß angesehen wurde, so ist der Empfänger, falls der Erfolg nicht eintritt, zur Herausgabe so verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zur Zeit des Empfanges rechtshängig geworden wäre. Das gleiche gilt, wenn die Leistung aus einem Rechtsgrunde, dessen Wegfall nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts als möglich angesehen wurde, erfolgt ist und der Rechtsgrund wegfällt[1]).

Zinsen hat der Empfänger erst von dem Zeitpunkt an zu entrichten, in welchem er erfährt, daß der Erfolg nicht eingetreten oder daß der Rechtsgrund weggefallen ist; zur Herausgabe von Nutzungen ist er insoweit nicht verpflichtet, als er zu dieser Zeit nicht mehr bereichert ist[2])[3]).

E II 744; P 2 683, 712, 713.

1. Der Paragraph bezieht sich auf **gewisse Fälle der condictio ob causam datorum und der condictio causa finita.** Hat der Empfänger beim Empfang gewußt, daß der bezweckte künftige Erfolg unmöglich eintreten konnte oder daß der gegenwärtige Rechtsgrund der Leistung notwendig wegfallen mußte, so unterliegt er, sofern nicht wegen Kenntnis auch des Leistenden seine Verpflichtung ausgeschlossen ist (§ 815), der strengen Haftung nach § 819 Abs 1. Fehlte ihm diese Kenntnis, so tritt an sich nur die gewöhnliche Bereicherungshaftung nach § 818 ein. Eine mittlere Art der Haftung aber ist für diejenigen Fälle vorgeschrieben, in denen die Parteien nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts den Eintritt des Erfolgs als ungewiß oder den Wegfall des Rechtsgrundes als möglich angesehen haben. Hier wird der Empfänger, wenigstens was das Kapital betrifft, wie ein Verwalter fremden Gutes behandelt. Voraussetzung dafür aber ist nicht nur die objektive Ungewißheit des Erfolgs oder Wegfalls, sondern die subjektive Unsicherheit der Parteien, die sich aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts selber ergeben muß. Dieses Erfordernis ist nicht schon dann erfüllt, wenn aus dem Rechtsgeschäft hervorgeht, daß der mit der Leistung bezweckte Erfolg erst von der Zukunft erwartet wird. Vielmehr muß mit der Möglichkeit eines Mißerfolgs gerechnet sein; die Parteien müssen sich die Ungewißheit der zukünftigen Entwicklung vor Augen gestellt und dürfen nicht den Eintritt des Erfolgs für sicher gehalten haben. Beispiele sind die Zahlung von Gehalt an einen Kommunalbeamten, die der Regierungspräsident unter der Bedingung erlaubt, daß die städtischen Körperschaften damit einverstanden sind (JW 1919, 517); die Hingabe von Geld für ein Unternehmen, dessen Zustandekommen von einer behördlichen Genehmigung abhängt (vgl. **RG** 25. 4. 06 I 519/05); die Zahlung auf die künftige Einlage bei einer Gesellschaft, wenn der Beitritt zur Gesellschaft noch offenbleibt (**RG** 25. 9. 16 VI 216/16); die vorschußweise Entrichtung der Mäklerprovision (**RG** SeuffA 74 Nr 174). Hat ein Vormund oder Inhaber der elterlichen Gewalt ein Mündelgrundstück veräußert, so gehört auch die Zahlung des Kaufpreises hierhin, die in Erwartung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geleistet wird. Doch ist zu beachten, daß mit der Verweigerung der Genehmigung zugleich die Vertretungsmacht des Vormundes oder Vaters zur Empfangnahme der Zahlung entfällt (§ 1643, § 1821 Nr 1, 3, § 1829); der Bereicherungsanspruch kann daher nicht ohne weiteres gegen das Kind gerichtet werden (**RG** 81, 262).

2. Die **Verschärfung der Haftung,** die § 820 anordnet, hat zum Gegenstand das herauszugebende Kapital. Insoweit haftet der Empfänger, wie wenn der Herausgabeanspruch zur Zeit des Empfangs rechtshängig geworden wäre (vgl. im einzelnen § 818 A 9). Für zufälligen Schaden ist er aber, anders als in den Fällen des § 819, nicht verantwortlich. Da sein Gegner damit einverstanden war, daß er die Leistung bis zur Entscheidung der Ungewißheit behielt, trifft ihn bis dahin kein Verschulden (§ 285). Die Erwägung, daß absichtlich eine Schwebezeit gewollt war, hat auch zur Folge, daß es bezüglich der auf diese Zeit entfallenden Nutzungen bei der gewöhnlichen Bereicherungshaftung bewendet. Zinsen hat der Empfänger erst von dem Augenblick an zu entrichten, wo nicht nur die Entscheidung eingetreten ist, sondern er auch Kenntnis davon erlangt hat. Für sonstige Nutzungen, die er in der Zwischenzeit hätte ziehen können, haftet er nicht; gezogene braucht er nur insoweit herauszugeben, als er bei Erlangung der Kenntnis noch bereichert ist. Erst von diesem Augenblick an gelten auch für die Ziehung von Nutzungen die gewöhnlichen Vorschriften (vgl. **RG** BayZ 1911, 424).

3. § 820 muß auch auf einen Fall der condictio indebiti entsprechend angewendet werden. Wird nämlich eine **Vorbehaltszahlung** ausnahmsweise mit der Erklärung geleistet, daß nachgeprüft werden soll, ob die Schuld auch wirklich besteht, so hat der Empfänger, wenn das Gegenteil zutrifft, ebenso zu haften, wie wenn er etwas für einen zukünftigen Zweck, mit dessen Nichterreichung gerechnet wurde, erhalten hätte. Die Parteien haben dann den Nichtbestand der Forderung „nach dem Inhalte des Rechtsgeschäfts" als möglich unterstellt. Anders wenn der Zahlende sich nur einseitig die Rückforderung vorbehält (vgl. § 814 A 4 a. E.).

§ 821

Wer ohne rechtlichen Grund eine Verbindlichkeit eingeht, kann die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Befreiung von der Verbindlichkeit verjährt ist[1])[2]).

E I 684 Abs 1 II 745; M 2 693, 694; P 1 236—238; 2 510, 511, 683, 713—717; 6 200.

1. Aus der ungerechtfertigten Bereicherung erwächst für den Benachteiligten außer der Kondiktion auch eine **Einrede,** denn dolo facit qui petit quod redditurus est. Abhängig von den gleichen Voraussetzungen wie die Kondiktion, entkräftet diese Einrede jeden Anspruch, durch den der Kläger ohne Rechtsgrund auf Kosten des Beklagten bereichert ist. So die Eigentumsklage dessen, der durch Verfügung eines Nichtberechtigten unentgeltlich Eigen-

tum erwarb; der frühere Eigentümer, der die Sache besitzt, kann die Herausgabe nach §§ 816 Abs 1 Satz 2, 821, 986 verweigern. Auch wenn der Beklagte selbst die Sache ohne rechtlichen Grund übertragen hat, wehrt er die Eigentumsklage mit der Bereicherungseinrede ab. Hauptsächlich gehören hierher die Fälle eines grundlos erteilten abstrakten Versprechens oder Schuldanerkenntnisses (vgl. **RG** 59, 354; 61, 321; 67, 243; 82, 338; 86, 301; **RG** SeuffA 63 Nr 147). Da hier Zweifel an der Selbständigkeit der Einrede möglich sind, bestimmt das Gesetz, daß die Einrede auch nach Verjährung des Befreiungsanspruchs in Kraft bleiben soll (vgl. die ähnlichen Bestimmungen in §§ 853, 2083, 2345). Die Vorschrift wird praktisch, wenn der Befreiungsanspruch verjährt, die Verjährung des Anspruchs aus dem Schuldversprechen aber unterbrochen worden ist. Sie findet auch dann Anwendung, wenn der Bereicherte nach § 223 Abs 1 trotz Verjährung seines Anspruchs in der Lage sein würde, aus einer Hypothek oder einem Pfande Befriedigung zu suchen; der Benachteiligte kann dann den Verzicht auf die Hypothek oder die Rückgabe des Pfandes verlangen (§§ 1169, 1254). Wie jede Einrede, ist die Bereicherungseinrede nur zu beachten, wenn sie vom Beklagten vorgeschützt wird. Außer dem Bereicherten steht sie dessen Zessionar entgegen (§§ 404, 405; vgl. **RG** 86, 301; **RG** Recht 1916 Nr 56); anderseits kann sich auch derjenige auf sie berufen, der die Einreden des Schuldners geltend machen kann (Schuldübernehmer, Bürge, Hypothekenschuldner, Drittverpfänder, unmittelbarer Besitzer, §§ 417, 768, 1137, 1211, 986 Abs 1 Satz 1). Mit dem Wegfall der Bereicherung erlischt die Einrede (§ 818 Abs 3; vgl. **RG** 11. 6. 17 IV 46/17). Macht der Empfänger des grundlosen Schuldversprechens im Vertrauen auf den Bestand des Versprechens Aufwendungen, die den Wert des Erlangten aufzehren, so verliert der Aussteller das Recht, die Erfüllung des Versprechens abzulehnen (vgl. § 818 A 7 unter 2c). Entsprechend § 818 Abs 4 ist aber anzunehmen, daß Aufwendungen, die nach Erhebung der Einrede im Prozeß gemacht werden, diesen Verlust nicht mehr nach sich ziehen; und wenn der Empfänger verwerflich gehandelt hat, kommen seine Aufwendungen überhaupt nicht in Betracht (§ 819 Abs 2; vgl. § 817 A 4).

2. Streitig ist, ob der Schuldner einem abstrakten Schuldversprechen gegenüber auf die Einrede aus § 821 beschränkt ist oder ob er unabhängig von den Voraussetzungen des Bereicherungsanspruchs einwenden darf, daß sich die Geltendmachung des formellen Rechtes als Mißbrauch darstelle. Die Frage ist im ersteren Sinne zu beantworten. Steht die **allgemeine Arglisteinrede** in der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch vielfach in Übung (vgl. § 242 A 1, § 826 A 6), so muß sie doch gegenüber der ausdrücklichen Regelung eines Tatbestandes durch das Gesetz zurücktreten. Übrigens kommt der Streitfrage nur geringe Bedeutung zu. Es handelt sich ausschließlich um den Fall, daß der Schuldner unter Übersehen einer aufschiebenden Einrede vorzeitig einen abstrakten Schuldschein gegeben hat. Die aus §§ 813 Abs 2, 821, 271 zu entnehmende Folgerung, daß er sofort erfüllen muß, darf nicht mit Hilfe der Arglisteinrede umgangen werden. War aber die aufschiebende Einrede die des nichterfüllten Vertrags (§ 320) und gerät der Gegner in Leistungsverzug, so kann der Schuldner nach Maßgabe des § 326 vom Vertrage zurücktreten, womit er nach § 346 das Recht gewinnt, das Versprechen zurückzuverlangen.

§ 822

[1]Wendet der Empfänger das Erlangte unentgeltlich einem Dritten zu[2], so ist, soweit infolgedessen die Verpflichtung des Empfängers zur Herausgabe der Bereicherung ausgeschlossen ist[3], der Dritte zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn er die Zuwendung von dem Gläubiger ohne rechtlichen Grund erhalten hätte[4].

P 6 211, 212.

1. Der Bereicherungsanspruch erfordert grundsätzlich eine unmittelbare Vermögensverschiebung unter den Parteien. Wendet derjenige, der auf Kosten eines andern etwas grundlos erwirbt, das Erlangte einem Dritten zu, so hat der Verlustträger gegen den Dritten keinen Anspruch (vgl. § 812 A 3). Hiervon ordnet § 822 eine **Ausnahme** an **für den Fall, daß die Zuwendung an den Dritten unentgeltlich erfolgt und die Verpflichtung des ersten Empfängers infolge davon ausgeschlossen ist.** Alsdann soll es so angesehen werden, wie wenn der Dritte den Gegenstand ohne Rechtsgrund unmittelbar von dem Verlustträger erworben hätte. Die Zurücksetzung des unentgeltlichen Erwerbs, die hierin liegt, entspricht dem Wesen der Sache, wie es namentlich im Konkurse des Schuldners zutage tritt (vgl. KO § 63 Nr 4, § 226 Abs 2 Nr 5 und die Anfechtungsvorschriften des § 32 KO, § 3 Nr 3, 4 AnfG); nemo liberalis nisi liberatus. Näher verwandt mit der Vorschrift des § 822 ist die des § 816 Abs 1 Satz 2, insofern nach beiden der unentgeltlich Erwerbende zugunsten desjenigen zurückgesetzt wird, der durch den gutgläubigen Erwerb sein Recht verloren hat. Während er aber im Falle des § 816 Abs 1 Satz 2, wo der Verlust erst durch die Verfügung der Zwischen-

person eintritt, als erster Kondiktionsschuldner haftet, kommt er nach § 822, da hier schon die Zwischenperson rechtsgrundlos erworben hat, nur an zweiter Stelle, nachdem die Verpflichtung des Erstbereicherten erloschen ist.

2. **Empfänger** und **Dritter** müssen rechtlich auseinanderfallen; wer als Vertreter des Dritten etwas empfängt, ist nicht Empfänger im Sinne der Vorschrift (RG LZ 1917, 1342). Auch muß zwischen beiden ein Zuwendungsgeschäft geschlossen sein. Was der Nacherbe durch die Nacherbfolge erwirbt, wird ihm nicht vom Vorerben zugewendet (vgl. RG 15. 12. 04 IV 207/04). Ein Bedürfnis, die Vorschrift auf den Fall des Diebstahls auszudehnen, den der Dritte dem Empfänger gegenüber verübt, besteht nicht, da hier der Empfänger nach § 818 Abs 1 seinen Ersatzanspruch abzutreten hat. Unentgeltliche Zuwendung, also namentlich Schenkung und Vermächtnis. Ob der Gegenstand sofort verschenkt oder erst schenkweise versprochen und dann geleistet wird, macht keinen Unterschied; die Erfüllung des Schenkungsversprechens ist praktisch als unentgeltliche Zuwendung zu behandeln (vgl. § 516 A 4). Bei der gemischten Schenkung haftet der Dritte in Höhe desjenigen Teiles der Zuwendung, der als Schenkung gilt (vgl. § 516 A 7). Auch die Pfandbestellung ist unentgeltliche Zuwendung, wenn sie ohne Gegenleistung erfolgt (vgl. § 516 A 4). Wie der Empfänger das grundlos Zugewendete erlangt hat, ist im allgemeinen unerheblich, nur darf nicht trotz der Weitergabe an den Dritten seine Verpflichtung fortdauern (vgl. A 3). Nicht nur, was nach § 812, sondern auch, was nach § 816 ohne Rechtsgrund erlangt ist, kann, wenn es unentgeltlich weitergegeben wird, dem Dritten abgefordert werden. § 816 in Verbindung mit § 822 greift Platz, wenn der verfügende Nichtberechtigte das durch die Verfügung Erlangte unentgeltlich einem Dritten zuwendet (vgl. RG 98 S. 131, 136); desgleichen, wenn der durch Verfügung eines Nichtberechtigten unentgeltlich Erwerbende das Erlangte seinerseits unentgeltlich einem Dritten zuwendet; nicht minder, wenn der Nichtgläubiger einem Dritten unentgeltlich zuwendet, was er durch Leistung des Schuldners wirksam empfangen hat. — Die Worte, daß gerade das Erlangte zugewendet sein muß, sind zu eng. Zweifellos genügt die Zuwendung der Nutzungen oder Surrogate, die der Empfänger nach § 818 herauszugeben hat. Es genügt aber auch, wenn die rechtsgeschäftliche Gegenleistung zugewendet worden ist, obgleich sie (vgl. § 818 A 4) der Empfänger, der schon den entgeltlich veräußerten Gegenstand erwarb, nicht herauszugeben brauchte (a. M. Recht 02 Nr 1998). Der Empfänger hätte doch den Wert des Erlangten erstatten müssen und ist hiervon durch die Schenkung frei geworden. Haftet der Beschenkte, sofern der Schmuck, den er bekam, von einem gutgläubigen Schenker mit fremdem Gelde angeschafft war, so kann es sich nicht wohl anders verhalten, wenn dieser schon die Geldstücke, nur ohne rechtlichen Grund, zu Eigentum erworben hatte. Doch hat der Dritte das Geschenk nur insoweit herauszugeben, als dessen Wert den Wert des vom Schenker erlangten Geldes nicht übersteigt.

3. Der Dritte haftet nur **hilfsweise**, wenn und soweit infolge der unentgeltlichen Zuwendung die Verpflichtung des Empfängers ausgeschlossen ist. Damit letzteres zutrifft, muß der Empfänger, ohne von Anfang an nach § 819 oder § 820 verschärft zu haften, die Zuwendung zu einer Zeit vorgenommen haben, bevor er selber mit dem Bereicherungsanspruch belangt wurde (vgl. § 818 Abs 4). Erfolgt die Zuwendung erst nach der Rechtshängigkeit, war der Empfänger bösgläubig, hatte er durch seinen Empfang gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstoßen oder empfing er unter den Voraussetzungen des § 820, so dauert seine Haftung fort und verhindert die Entstehung einer Verpflichtung des Dritten. Den Schmuck, den ein Dieb mit gestohlenem Gelde anschafft und verschenkt, braucht der Beschenkte, der ihn in gutem Glauben empfing, nicht herauszugeben (Konkurs- und Einzelanfechtung natürlich vorbehalten, KO § 32, AnfG § 3 Nr 3, 4); vgl. auch RG Recht 1913 Nr 344 mit 342 (die Beklagte hatte von der untreuen Haushälterin des Klägers Geld, wie unterstellt wurde, geschenkt erhalten, das diese durch Verkauf von Wertpapieren des Klägers erlöst hatte; Klage abgewiesen). Daher kann zwar der Bereicherungsanspruch bei mehrmaliger Sondernachfolge gegen mehrere begründet sein, gegen einen Späteren aber immer nur dann, wenn der gegen die Vorgänger entstandene Anspruch infolge der Zuwendungen an die Nachmänner erlosch. Auf das Erlöschen des Anspruchs kommt es an, nicht darauf, ob der rechtlich weiterbestehende Anspruch tatsächlich verwirklicht werden kann. Die Zahlungsunfähigkeit des Empfängers ruft einen Anspruch gegen den Dritten ebensowenig ins Leben, wie wenn sich jener etwa im Ausland aufhält und deshalb unangreifbar ist; die Verpflichtung des Empfängers ist in beiden Fällen nicht ausgeschlossen. — Infolgedessen, d. h. infolge der Zuwendung, muß die Verpflichtung ausgeschlossen sein. Der Anspruch wird auf den Dritten nicht erstreckt, wenn der Empfänger schon vor der Zuwendung frei geworden war. Hatte er, ehe er den Gegenstand dem Dritten zuwendete, mit Rücksicht auf den Empfang Aufwendungen gemacht, wodurch seine Bereicherung aufgezehrt wurde, so haftet der Dritte nicht. Das gleiche gilt, wenn der Empfänger den Gegenstand erst nach Verjährung des gegen ihn gerichteten Herausgabeanspruchs weitergegeben hat. Daß die Verjährung nach § 222 nur eine Einrede erzeugt, nicht aber den An-

spruch im technischen Sinne ausschließt, ändert daran nichts. — Endlich haftet der Dritte nur, soweit infolge der Zuwendung die Verpflichtung des Empfängers ausgeschlossen ist. Erlischt sie durch die Zuwendung nur teilweise, so entspricht dem eine teilweise Haftung des Dritten, sei es nun, daß ihm der Gegenstand nur zum Teil zugewendet oder daß die Verpflichtung des Empfängers bei Weitergabe des ganzen Gegenstandes durch Aufwendungen gemindert war.

4. Sind die Voraussetzungen gegeben, so haftet der Dritte, **wie wenn er die Zuwendung unmittelbar vom Kläger erhalten hätte.** Der Umfang seiner Haftung bestimmt sich nach § 818; die Tatbestände der §§ 819 und 820 können in der Person des Dritten nicht eintreten. Zu beweisen hat der Kläger die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Behauptet der beklagte Dritte, daß der Anspruch gegen den ersten Empfänger trotz der Weitergabe des Gegenstandes fortdauere oder daß er schon vor der Weitergabe erloschen sei, so hat er dies darzutun. Ebenso ist es, wie immer, Sache des Beklagten, den Wegfall seiner Bereicherung zu beweisen.

Fünfundzwanzigster Titel

Unerlaubte Handlungen

1. **Begriff der unerlaubten Handlung nach dem BGB.** Das gemeinsame Merkmal aller unerlaubten Handlungen[1]), das ihren rechtlichen Charakter bestimmt, liegt auf der gegenständlichen (objektiven) Seite des Tatbestandes; es besteht in der widerrechtlichen Verletzung der allgemeinen, zwischen allen Personen bestehenden, gewissermaßen nachbarlichen Rechtsbeziehungen, die von jedermann zu beachten sind, weil sie die Grundlage des menschlichen Gemeinschaftslebens bilden. Ihren Gegensatz bilden die besonderen, zwischen bestimmten Personen geknüpften Rechtsbeziehungen, die den Gegenstand der Verträge und vertragsähnlichen Rechtsverhältnisse ausmachen. Freilich kann auch durch die Verletzung eines solchen bestimmten persönlichen Rechtsverhältnisses, durch die Verletzung eines Vertrags, und ebenso durch die Verletzung besonderer familienrechtlicher Pflichten eine u. H. begangen werden, wenn sie gleichzeitig eine Verletzung jener allgemeinen Rechtspflichten enthalten, die jedem gegen jeden obliegen: Der Vater ist seinem Kinde, der Lehrherr seinem Lehrling gegenüber wegen einer körperlichen Verletzung — soweit nicht etwa ein Züchtigungsrecht der Handlung den Charakter der Widerrechtlichkeit nimmt — aus u. H. ebenso verpflichtet, wie er es einem fremden Kinde gegenüber sein würde (s. wegen des Vertrags Vorbem 4a, wegen der familienrechtlichen Verpflichtungen RG 75, 251; JW 1912, 190[7]; Warn 1913 Nr 53). U. H. ist mithin der widerrechtliche Eingriff in den fremden Rechtskreis im allgemeinen. Unterlassungen sind u. H. nur dann, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht und schuldhaft verletzt wird (RG 97, 12). Ein berechtigtes Tun ist niemals u. H. (s. A 10 zu § 823). Die gegenständliche Widerrechtlichkeit ist auch noch vorhanden, wenn sich ein Handeln hinterher als von Anfang an ungerechtfertigt und widerrechtlich erweist, wie im Falle des § 945 ZPO (vgl. Vorbem 2); dagegen kann eine polizeiliche Verfügung, eine staatliche Anordnung, etwa auf Grund des § 51 RGewO oder des § 75 Einl z. PrALR, wenn sie auch in Privatrechte störend eingreifen und Schadensersatzverpflichtungen erzeugen, niemals als u. H. angesehen werden (RG 78, 202). Nach der persönlichen (subjektiven) Seite des Tatbestandes der u. H. fehlt es an einem einheitlichen Merkmale. Wohl geht das BGB grundsätzlich davon aus, daß der gegenständlichen Widerrechtlichkeit auch eine rechtswidrige Willensrichtung des Handelnden entsprechen, ein Verschulden vorliegen muß (§§ 823—826; RG 50, 408; 58, 130; 60 S. 300, 344; 63, 374; 95, 268). Eine Abweichung von diesem Grundsatze ist es noch nicht, wenn für eine Reihe von Tatbeständen das festgestellte durch ein vermutetes Verschulden ersetzt wird (§§ 831, 832, 833 Satz 2, 834, 836—838). Unter den allgemeinen Begriff der u. H. werden aber auch Tatbestände einbezogen, die von einem Verschulden völlig absehen und schon aus der gegenständlichen Rechtswidrigkeit eine Verantwortung entstehen lassen (§§ 829, 833 Satz 1, 835). Auch sie sind u. H. und nehmen an der Ordnung der Rechtsfolgen, wie sie der 25. Titel getroffen hat, in gleicher Weise teil wie die vorgenannten. Daraus ergibt sich, daß in den Rechtsbegriff der u. H. als einheitliches Merkmal nur die gegenständliche Rechtswidrigkeit eines Geschehnisses, für dessen Eintritt nach dem Gesetz eine Person verantwortlich gemacht wird, aufgenommen werden kann (RG 53, 114; 60 S. 300, 344; 70, 150; 74, 249; 78, 202; JW 09, 724[17]; abweichend von RG 50, 408, wo ein wenigstens vermutetes Verschulden als zweites Merkmal der u. H. hingestellt worden war). Die allen Tatbeständen der u. H. gemeinsame Rechtsfolge ist die Verpflichtung der für das Geschehnis verantwortlichen Person zum Schadensersatze (§§ 249—253). Über den Kreis der Fälle hinaus, in denen das BGB eine Schadensersatzpflicht aus u. H. ohne Verschulden der

[1]) Des weiteren in diesem Titel immer abgekürzt mit u. H.

verantwortlichen Person anerkennt, hat die Rechtsprechung, einem unverkennbaren Rechtsschutzbedürfnisse folgend, für widerrechtliche Eigentumsverletzungen den Satz aufgestellt, daß auch ohne Verschulden des Schädigers eine Schadensersatzpflicht besteht, wenn dem Verletzten, wie nach § 26 RGewO, die Befugnis entzogen ist, den widerrechtlichen Eingriff abzuwehren (RG 58, 130; 63, 374; 70, 150; 81, 216; 86, 232; 93, 100; 97, 290; JW 04, 360[16]; 05, 503[36]; 06, 554[24]; 07, 299[1]; 1910, 580[15]; Warn 1911 Nr 331, 404, 405; 1912 Nr 342; 1913 Nr 226; 1914 Nr 89; 1915 Nr 81, 141; 1918 Nr 55). Die Entscheidungen RG Warn 1915 Nr 81, 1919 Nr 172, Gruch 50, 411 schränken die Schadensersatzpflicht ohne Verschulden auf künftige Störungen und Eingriffe ein, weil nur insoweit die Schadensersatzklage an die Stelle der versagten Klage auf Einstellung des Betriebes trete. Wenn aber dem Verletzten auch in der Vergangenheit bereits auf Grund des § 26 RGewO die Klage auf Einstellung des Gewerbebetriebes entzogen war, möchte diese Einschränkung nicht gerechtfertigt sein.

2. Verhältnis zu andern Reichsgesetzen. Das BGB stellt zusammen mit dem in Art 32 EG aufrechterhaltenen bisherigen Reichsrecht ein einheitliches Gesetzgebungswerk dar, so daß auch ohne besondere Verweisung, soweit nicht der besondere Zweck und der gesetzgeberische Gedanke der Einzelgesetze dem entgegensteht, die allgemeinen Vorschriften des BGB die in den Einzelgesetzen geregelten Rechtsgebiete erfassen (RG 53, 75; 60, 300; 74 S. 249 u. 434). Daraus erhellt, daß sich der Begriff der u. H. im Sinne des 25. Titels nicht in den Tatbeständen des 25. Titels erschöpft (so Staudinger Vorbem XII vor § 823), sondern daß u. H. durch alle Tatbestände des BGB wie anderer Reichsgesetze dargestellt werden, die mit denen des 25. Titels die in A 1 aufgestellten Merkmale der u. H. teilen: also einen gegenständlich rechtswidrigen Eingriff in den allgemeinen Rechtskreis einer Person enthalten, mit dem durch das Gesetz die Rechtswirkung einer Schadensersatzpflicht verknüpft wird, mag der Eingriff des weiteren nach dem jeweiligen Gesetzestatbestand ein Verschulden des Täters erfordern oder nicht. Solche anderweitige u. H. finden sich auch außerhalb des 25. Titels im BGB selbst vor. Darunter fallen zwar nicht die zahlreichen verstreuten Schadensersatzverpflichtungen, die bestimmte bereits vorhandene Rechtsbeziehungen zwischen zwei Personen voraussetzen und aus diesen entspringen, wie nach den §§ 42 Abs 2, 122, 160, 163, 179, auch 1833 u. a., wohl aber diejenigen der §§ 228, 231, sowie die in Vorbem 1 am Schlusse erwähnten Schadensersatzverpflichtungen aus Eigentumsverletzung, wenn dem Verletzten die Befugnis entzogen ist, den rechtswidrigen Eingriff abzuwehren (vgl. BGB § 904). Schadensersatzansprüche aus u. H. sind weiter die aus den §§ 302 Abs 4, 600 Abs 2, 717 Abs 2, 945 ZPO sich ergebenden, die Durchbrechungen des Verschuldensgrundsatzes enthalten und nur den gegenständlich rechtswidrigen Eingriff in einen fremden Rechtskreis zur Voraussetzung haben (RG 58, 236; 74, 249; 78, 202; JW 05, 430[9]; 1913, 438[17]; Warn 1911 Nr 82). U. H. stellen ferner dar die Tatbestände der §§ 1 u. 2 des RHaftpflG (für § 1 früher nicht anerkannt RG 50, 408; dagegen später in feststehender Rechtsprechung RG 53, 114; 57, 52; 58, 335; 60, 300; JW 09, 724[17]) sowie des KraftFahrG v. 3. 5. 09 §§ 7ff.; die zum Schadensersatz verpflichtenden Tatbestände der Urheberrechts- und der gewerblichen Schutzgesetze einschließlich des UnlWG (vgl. RG 70, 74; JW 05, 214[24]), des HGB, der KO, des BinnenSchG usw. Die Bestimmung des § 8 EisenbVerkO, die die Eisenbahn für ihre Leute haften läßt, setzt keinen Tatbestand einer u. H. (RG JW. 1916, 488[7]). Über § 11 des Postgesetzes vgl. RG Warn 1913 Nr 318. An leitenden Grundsätzen für das Verhältnis dieser außerhalb des BGB stehenden u. H. zu dem BGB überhaupt und den besondern Bestimmungen des 25. Titels können folgende aufgestellt werden:

a) Die allgemeinen Bestimmungen des BGB, insbesondere §§ 249 ff., 254, 273, finden überall Anwendung, wo diese nicht nach dem Gesetzesgedanken des Sondergesetzes ausnahmsweise als ausgeschlossen angesehen werden muß (für RHaftpflG und § 254 RG 53 S. 75, 394; 63, 332 u. a.; für § 945 ZPO und die §§ 249ff., 254 BGB RG 74, 249; Warn 09 Nr 282; 1911 Nr 82; für das KraftFahrG vgl. § 9 des Ges.).

b) Die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen für die unerlaubten Handlungen im 25. Titel: über Ausschluß der Verantwortlichkeit (§§ 827, 828), Haftung mehrerer verantwortlicher Personen (§§ 830, 840), Haftung für Dritte (§ 831), Art und Umfang des Schadensersatzes (§§ 842—846; über § 847 s. § 847 A 1), Verjährung (§§ 852, 853), entfällt, wo und insoweit das Sondergesetz selbst eine erschöpfende Regelung gegeben oder beabsichtigt hat; deshalb ist für die Tatbestände des RHaftpflG der § 840 BGB anwendbar, wobei im Falle des Abs 3 nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts der Eisenbahnunternehmer als „Dritter" anzusehen ist (RG 53, 114; 58, 335; JW 05, 317[3]; 1911, 220[25]; 1912, 71[8]); dagegen sind nicht anwendbar die §§ 842—847, weil sie durch die erschöpfende Regelung des Umfangs des Schadensersatzes in den §§ 3, 3a u. 7 des Ges. ausgeschlossen sind (RG 57, 52; JW 08, 196[10]; 09, 483[1]; 1911, 742[12]; 1913, 99[15]); ebenso § 852, weil die Verjährung in § 8 des Ges. selbständig geordnet ist. Die gleichen Grundsätze gelten für das KraftFahrG, das den Umfang des Schadensersatzes, soweit nur der Tatbestand des Sondergesetzes in Frage

kommt (§ 16 des Ges.), in den §§ 10—13 selbständig und erschöpfend ordnet und auch in § 14 eine besondere Verjährungsbestimmung, in § 17 eine Ausgleichungsvorschrift enthält. Über die allgemeine Anwendbarkeit des § 852 auf Tatbestände u. H. außerhalb des BGB im übrigen s. RG 67, 141; 70, 150; 74, 249; 78, 302; JW 1911, 153[10]; 1912, 31[15]; 1913, 438[17].

c) Was die Tatbestände der unerlaubten Handlungen selbst anbetrifft, schließt der engere Tatbestand eines Sondergesetzes, der mit einem allgemeineren des BGB zusammentrifft, so daß die Tatbestände im übrigen sich decken (sog. Gesetzeskonkurrenz), die Anwendung des BGB aus (RG 70, 74 und JW 05, 214[21] für das GebrMustG, RG 73, 294 für das Urheberrechtsgesetz). Wo die gesetzlichen Merkmale der Tatbestände nur teilweise sich decken (sog. Ideal-, auf zivilrechtlichem Gebiete Anspruchskonkurrenz), sind, sofern dies nicht dem Zwecke des Sondergesetzes widerstrebt, beide Gesetze nebeneinander anzuwenden. Das gilt insbesondere von den Gesetzen über den unlauteren Wettbewerb (RG 74, 434) und zum Schutze der Warenbezeichnungen, die des abschließenden Charakters entbehren, gegenüber den §§ 823 Abs 2 u. 826 BGB (RG 48 S. 114 u. 238; RGSt 41, 78).

d) Die Tatbestände der Gläubigeranfechtung nach der KO und dem AnfG sind nicht schlechthin solche von u. H.; für die §§ 31 Nr 1 u. 2 KO, 3 Nr 1 u. 2 AnfG ist dies im Sinne des § 32 ZPO, dessen Begriff der u. H. sich aber mit dem des BGB deckt, angenommen worden (RG 48, 401; 60, 300; 74, 224). Jedenfalls haben die Bestimmungen über die Gläubigeranfechtung in den genannten Gesetzen abschließenden Charakter; sie wollen die Rechtsfolgen der von ihnen getroffenen Handlungen erschöpfen. Soweit daher die der Anfechtung unterliegenden Rechtshandlungen im Einzelfalle nur die Merkmale der gesetzlichen Tatbestände der KO und des AnfG aufweisen, ist daneben für die Anwendung der §§ 823 u. 826 BGB kein Raum (RG 69, 143; 74, 224; JW 04, 499[32]; 09, 697[32]; 1910, 38[61]; 1911 S. 97[23] u. 650[22]; 1912, 854[5]; 1914, 834[2]; LZ 1917, 1070[14]). Nicht ganz im Einklange damit steht anscheinend die Entscheidung RG Warn 08 Nr 516, die jedoch den besondern Fall betrifft, daß der Schuldner durch den anfechtbaren Vertrag sein gesamtes pfändbares Besitztum dem Dritten zugespielt hatte). Soweit ein unerlaubtes Verhalten vorliegt, das über die Tatbestände der KO und des AnfG hinausführt, z. B. bei einer treuhänderischen Übereignung von Vermögensteilen des Schuldners oder bei Sicherheitsverkäufen eines gesamten Warenlagers und Abtretung aller Außenstände an einen Dritten unter Verschleierung des wahren Sachverhalts nach außen zur Täuschung und Schädigung der Gläubiger, ist auch die Anwendung der Bestimmungen des 25. Titels, insbesondere des § 826, gegeben (RG 74, 224; 85, 343; JW 04, 499[32]; 1910, 38[61]; 1911 S. 97[33] u. 650[22]; die Entscheidung Warn 08 Nr 516 ist hier einzureihen).

3. Unerlaubte Handlungen nach Landesgesetzen. Vorbehalte für die Landesgesetzgebung finden sich in EG Artt 69—72 (Wildschaden), 77—79 (Haftung der Beamten oder des Staates für den von Beamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt andern zugefügten Schaden), 95 (Gesinderecht mit Einfügung der Geltung der §§ 831, 840 Abs 2 BGB), 105 (Haftung des Eisenbahnunternehmers für außervertragliche Sachbeschädigung; vgl. dazu RG 70, 174 und JW 06, 376[1]), 106 (Haftung von Betriebsunternehmern, die für ihre Zwecke ein dem öffentlichen Gebrauche dienendes Grundstück benutzen), 107 (Zuwiderhandlung gegen zum Schutze von Grundstücken erlassene Strafgesetze), 108 (Haftung für Schaden, der bei Zusammenrottungen, Auflauf oder Aufruhr entsteht). Die allgemeinen Vorschriften des BGB einschließlich der allgemeinen Vorschriften des 25. Titels über die Rechtsfolgen der u. H. gelten hier nach dem Grundsatze des Art 55 EG so weit, als die Landesgesetze den Rechtsstoff in Verbindung mit dem allgemeinen Recht regeln wollen und zu ihrer Ergänzung auf dieses hinweisen; sie gelten nicht, wenn das Landesgesetz in sich eine einheitliche erschöpfende Regelung enthält oder geben will (vgl. für § 25 des preuß. Eisenbahngesetzes v. 3. 11. 38 und § 254 BGB RG 63, 270; JW 09, 271[4]; 1911 S. 468[53] u. 944[9], aber auch RG 66, 402). Über die fortdauernde Geltung der Bestimmung des § 75 Einl z. PrALR s. u. a. RG 89, 207; JW 1917, 548[20] und Warn 1917 Nr 227.

4. Vertrag und unerlaubte Handlung.

a) Zusammentreffen einer Vertragsverletzung mit einer unerlaubten Handlung gegenüber dem andern Vertragsteile. In allen Fällen, wo nicht durch die Verletzung einer Vertragspflicht, sondern nur bei Gelegenheit einer in den Vertragskreis fallenden Tätigkeit, im äußeren, aber nicht im inneren Zusammenhange mit dem Vertrage, der Tatbestand einer u. H. erfüllt wird, wo also Vertragsverpflichtung und die allgemeine Rechtspflicht, deren Verletzung die u. H. bildet, überhaupt nicht zusammenfallen, ist die Haftung aus letzterer selbstverständlich. Aber auch, wo jener innere Zusammenhang vorliegt, ist die Haftung zugleich aus u. H. grundsätzlich anzuerkennen (vgl. Vorbem 1), sofern die den Vertragspflichten zuwiderlaufende Handlung zugleich alle gesetzlichen Merkmale einer u. H. enthält (RG 67, 182; 83, 183; 85, 185; 86, 321; 87 S. 64 u. 289; 88 S. 317 u. 433; 89 S. 338 u. 384; 90, 408; JW 08, 432[7]; 1910 S. 148[10] u. 748[5]; 1912, 338[?]; 1913, 376[7]; 1914, 926[12]; 1916, 488[7]; Warn 1911 Nr 27 u. 42; 1912 Nr. 245; 1913 Nr 411;

1914 Nr 268; 1915 Nr 124; 1920 Nr 11; LZ 1917, 1069[13]; 1918, 44[9]). Die allgemeine Rechtspflicht, deren Verletzung die u. H. darstellt (vgl. Vorbem 1), besteht immer und gegenüber jeder Person, mag diese ohne Vertrag oder durch das Mittel eines Vertrags in den Handlungsbereich des Verletzers gekommen sein. Diese allgemeine Rechtspflicht kann nicht dadurch beseitigt werden, daß es ein Vertrag war, der erst die Möglichkeit der rechtswidrigen Einwirkung auf den andern gegeben hat. Der Vertrag verstärkt die allgemeine Rechtspflicht; nicht aber beseitigt er sie (so RG 88, 433 in grundsätzlicher Ausführung). Der Dienstherr, der die Sorgfaltspflicht für die Dienstpersonen nach § 618 außer acht läßt (RG Warn 1912 Nr 250; vgl. über eine entsprechende Anwendung auf den Staat, der in einem dem Dienstvertrag ähnlichen Verhältnisse die Sorgfaltspflichten seinen Beamten gegenüber hinsichtlich der Beschaffenheit der Dienstwohnungen vernachlässigt, RG 91, 21; 95, 103); der Gastwirt, der in den Räumen seiner Gastwirtschaft auf die Sicherheit seiner Gäste nicht Bedacht nimmt (RG 85, 185 — zu eng, vgl. die folgenden Entsch. und RG 88, 317 — 88, 433; JW 1911, 182[7]; Warn 1911 Nr 27; LZ 1919, 532[7]); der Hausbesitzer und Vermieter, der die Zugänge der vermieteten Wohnungen unbeleuchtet läßt oder sonstwie den verkehrssicheren Zustand der vermieteten und mitvermieteten Räume vernachlässigt (RG 89, 384; JW 04, 141[9]; 1910, 1003[13]; 1920, 284[6]; Warn 1913 Nr 411); der Eisenbahn- oder Fuhrwerksunternehmer, der die Beförderung von Personen oder Sachen übernommen hat und dabei deren Beschädigung schuldhaft herbeiführt (RG 55, 335; 67, 182; 86, 321; 87 S. 64 u. 289; 88, 317; 89, 338; JW 1911 S. 360[7] u. 824[42]; 1912, 686[13]; 1913, 376[7]; 1916, 488[7]; Warn 1911 Nr 179; 1912 Nr 245; 1914 Nr 268; 1915 Nr 124; LZ 1916, 633[17]; über die Sorgfaltspflicht hinsichtlich der Zu- und Abgänge und der Warteräume der Eisenbahnen aus dem Beförderungsvertrage und die Beweislast in diesen Fällen RG 86, 321; JW 1911 S. 360[7] u. 824[42]; Warn 1914 Nr 268; 1915 Nr 124; Beförderung durch die Post Warn 1913 Nr 318); der Besteller eines Werkes oder einer Dienstleistung, der dem Unternehmer eine gefährliche Arbeitsstätte zuweist (RG 83, 137; 90, 408; JW 1910, 148[10]); der Arzt, der einen Kranken vertragswidrig unter Verletzung ärztlicher Kunstregeln behandelt (RG 85, 183; JW 1911, 182[7]; Warn 1916 Nr 226 — zu einem Kinde, das er im Auftrage der Eltern behandelt, steht der Arzt nicht im Vertragsverhältnis RG 85, 183; dagegen ist Warn 1918 Nr 113 ein Vertrag zugunsten Dritter als möglich angenommen); der Kaufmann, der als Verkäufer einem Kunden an Stelle des begehrten Genußmittels schuldhaft einen gesundheitsgefährlichen Stoff verabreicht (RG JW 08, 236[9]); sie alle haften für den dem andern Vertragsteile zugefügten Schaden sowohl aus dem Vertrage, wie nach Maßgabe der §§ 823, 831 oder eines sonstigen, den Tatbestand einer u. H. aufstellenden Gesetzes aus u. H. Über Verträge zugunsten Dritter und das Zusammentreffen der Vertragsverletzung mit einer u. H. gegen die Dritten vgl. RG 87, 64; 91, 21; Warn 1918 Nr 113. Von den hier ausgeführten und RG 88, 433 klar entwickelten Grundsätzen weichen einzelne Entscheidungen des RG mehr oder weniger ab, indem sie in Fällen, in denen die Sorgfaltspflicht erst durch den Vertrag begründet wird, nur eine Vertragshaftung anerkennen wollen, so RG JW 04, 166[4]; 1910, 112[13]; Warn 09 Nr 393; 1911 Nr 27, aber auch noch RG 85, 185; ihre einschränkenden Sätze sind als aufgegeben anzusehen; vgl. RG 88 S 317 u. 433, sowie JW 1920, 284[6]. Die allgemeine Rechtspflicht muß ohne Ausnahme jedem gegenüber erfüllt werden, und ihre Verletzung verpflichtet jeden und jedem gegenüber, auch wenn es ohne den Vertrag nicht zu der Verletzung gekommen sein würde. — Der vertragsmäßige Ausschluß der Gewährleistungspflicht aus dem Vertrage befreit nicht an sich von der Haftung für die u. H. (RG 88, 317); doch kann auch dieser Ausschluß oder eine Minderung der Haftung, soweit sie zulässig sind (vgl. unten 4 b und RG 88, 436), im Sinne der Vertragsabmachungen liegen. Wo das Gesetz, wie in § 599 (Leihe) oder wie in § 690 in Verbindung mit § 277 (Verwahrung) eine Vertragshaftung nur für Vorsatz und grobes Versehen eintreten läßt, kann eine strengere Haftung auch wegen der zugleich begangenen u. H. nicht Platz greifen, die den Einschränkungen ihre Bedeutung rauben würde; in diesem Falle fehlt es infolge der Einschränkung der Sorgfaltspflicht in der Sonderbestimmung an der Rechtswidrigkeit des Handelns (RG 66, 363; 11. 10. 10 III 132/10; a. M. Planck, Vorbem 5 vor § 823). Einen Hauptfall gesetzlicher Einschränkung der Vertragshaftung, die auf die Haftung aus u. H. zurückwirkt, bilden die Bestimmungen in den §§ 11 u. 12 des Postgesetzes vom 28. 10. 71, die eine weitere Haftung der Post für einen dem Reisenden bei der Beförderung zugefügten Schaden, als auf Ersatz der Kur- und Verpflegungskosten, ausschließen (RG 67, 182, für beförderte Sachen ist die Haftung durch die §§ 8 u. 12 des Ges. eingeschränkt; vgl. dazu RG 70, 314). Die Haftung des Posthalters, wo sie besteht, wird selbstverständlich durch das Postgesetz nicht berührt.

b) Kann durch Vertrag die Haftung für eine unerlaubte Handlung, die der eine Vertragsteil dem andern zufügen könnte, ausgeschlossen werden? Der Ausschluß der Haftung aus u. H. durch ausdrückliche oder stillschweigende Vertragsberedung ist an

sich, mag es sich um bloße Gefährdungshaftung oder um Schuldhaftung handeln, zulässig (RG 81, 316; JW 07, 287[50]; 1911 S. 28[5], 30[8], 714[14]); er ist begrenzt durch den Grundsatz des § 276 Abs 2, wonach die Haftung wegen Vorsatzes keinem Schuldner im voraus erlassen werden kann (vgl. dazu RG 89, 6), sowie durch § 138: der Vertrag darf nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Aus diesem Grunde kann namentlich eine die Einwilligung des Verletzten in die u. H. enthaltende Vertragsberedung, die den Ausschluß der Haftung in sich begreift, für nichtig zu erachten sein (vgl. § 823 A 10). Endlich ist der vertragsmäßige Ausschluß der Haftung aus u. H. da nicht für zulässig zu erachten, wo er nach dem Gesetze für die aus demselben Tatbestande sich ergebende Vertragshaftung untersagt ist; so in §§ 618, 619 BGB sowie in § 471 HGB (vgl. RG JW 07, 287[50]). Die Entscheidung RG 68, 358, die den vertragsmäßigen Ausschluß der Haftung aus § 823 nach Maßgabe der Betriebsordnung für den Kaiser-Wilhelm-Kanal für unzulässig erklärt, entnimmt ihre Begründung dem Gesetze, betr. die Herstellung dieses Kanals, v. 16. 3. 86 und ist nicht grundsätzlicher Natur (RG 81, 316). Ein Fall vertragsmäßigen Ausschlusses der Haftung aus u. H. ist, daß jemand, der sich einem andern zur Beförderung anvertraut, die Gefahr der Reise übernimmt und auf Ersatz eines Schadens, der ihm durch den andern Vertragsteil und seine Hilfspersonen selbst schuldhafterweise zugefügt werden könnte, verzichtet; ein solcher Verzicht umfaßt in gleicher Weise die Haftung aus dem Vertrage wie aus der u. H. So kann durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung zwischen den Teilnehmern einer Fahrt und dem Fuhrwerkshalter oder Fuhrwerksführer deren Haftung für etwaige Unfälle, sei es aus § 823, § 831 oder § 833 ausgeschlossen werden (RG 65 S. 17 u. 313; JW 07 S. 287[50] u. 308[9]; 1911 S. 28[5] u. 714[14]; Warn 08 Nr 157 u. 158). Eine stillschweigende Übereinkunft ist aber in der Regel nur in den Fällen der Gefährdungshaftung anzunehmen (RG JW 1911 S. 28[5], 714[14]; 1915, 275[8]). Sie ist noch nicht mit dem Umstande allein gegeben, daß der Fahrgast aus Gefälligkeit unentgeltlich mitgenommen wird; das ist an sich ein bloß tatsächlicher Vorgang ohne rechtliche Bedeutung (RG 65, 17; 67, 431; 68, 429; JW 1910, 234[12]; 1911, 28[5]; 1912, 857[10]; Warn 08 Nr 477; 09 Nr 22, 100; 1914 Nr 259). Noch weniger ist sie anzunehmen, wenn es sich nicht um eine Gefälligkeitsleistung des sonst Schadensersatzpflichtigen, sondern um eine solche des Beschädigten handelt oder die Übernahme einer durch Verschulden des Schädigers erst begründeten Gefahr in Frage kommt (RG JW 1911, 714[14]). Andere Fälle vertragsmäßigen Ausschlusses der Haftung aus u. H. bilden die Verträge, in denen dem Tierhalter gegenüber ein anderer sich zu gewissen mit besondern Gefahren vom Tiere her verbundenen Arbeitsleistungen verpflichtet; hier liegt die Übernahme der Gefahr im Inhalte des Vertrags, in der Natur der Vertragsleistung; es bedarf keiner weiteren Vereinbarung darüber (so für den Trainer und Zureiter RG 58, 410; JW 05, 143[22]). Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen lediglich Dienstleistungen hinsichtlich des Tieres übernommen werden, mit denen die allgemeine Tiergefahr verknüpft ist (Leistungen des Tierarztes und des Hufschmieds); damit wird die Haftung des Tierhalters nicht ausgeschlossen; doch hat der durch das Tier verletzte Dienstverpflichtete aus dem Vertrage den Nachweis zu führen, daß ihn bei der Ausführung der übernommenen Leistung kein Verschulden trifft (RG 61, 54; JW 05 S. 392[10] u. 528[7]; 06, 553[22]; 07, 710[17]; Warn 08 Nr 495; 09 Nr 212; 1911 Nr 29). Vgl. darüber § 833 A 7.

c) Daß durch die Verletzung von Vertragspflichten zugleich eine unerlaubte Handlung gegen eine vertragsfremde Person begangen werden kann, ist nicht fraglich und gibt zu Zweifeln nur Anlaß, wenn die Vertragsverletzung in der Unterlassung einer durch den Vertrag gebotenen Handlung besteht; sie wird zu § 823 A 10 bei der Bestimmung des Merkmals der Widerrechtlichkeit der u. H. erörtert. Einen Fall schuldhafter Körperbeschädigung (§ 823) einer Dienstperson durch den Verkauf einer sicherheitsgefährlichen Gerätschaft an den Dienstherrn behandelt RG Gruch 60, 1011.

d) Die Verletzung eines Vertragsverhältnisses durch die unerlaubte Handlung einer vertragsfremden Person, also die Verletzung persönlicher Forderungsrechte Dritter durch eine u. H., ist von der Begriffsbestimmung des „sonstigen Rechtes“ in § 823 Abs 1 abhängig und findet § 823 A 9 ihre Erledigung.

e) Schadensersatzklage aus unerlaubter Handlung neben oder anstatt der Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung gemäß §§ 123, 124 BGB. Weder arglistige Täuschung noch widerrechtliche Drohung begründen notwendig den Tatbestand einer u. H. Zur u. H. werden sie erst, wenn die Schutzgesetze der §§ 263, 253 StGB verletzt sind (§ 823 Abs 2), oder wenn eine mit dem Bewußtsein der Schädigung des Vertragsgegners verbundene sittenwidrige Schadenszufügung nach § 826 vorliegt (RG Warn 1913 Nr 42). Wie die allgemeine Rechtspflicht gegen jedermann, sich der rechtswidrigen Einwirkungen auf den fremden Rechtskreis zu enthalten, durch eine gleichzeitige Vertragspflicht nicht aufgehoben wird (s. unter 4a), so bleiben auch die Anfechtung eines Vertrags wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach §§ 123, 124 und der Schadensanspruch aus u. H. selbständig nebeneinander bestehen. Mag der Getäuschte oder Bedrohte von dem

Anfechtungsrechte Gebrauch machen oder nicht, der Schadensersatzanspruch aus u. H., wenn der Tatbestand einer solchen vorliegt, kann ihm nicht genommen werden. Die Entscheidung RG 63, 268, die dem Betrogenen diesen Schadensersatzanspruch versagte, wenn er die Anfechtungsfrist des § 124 hatte verstreichen lassen, weil letztere Bestimmung alsdann gegenstandslos sein würde (ebenso noch RG 79, 430), ist deshalb unrichtig und von der späteren Rechtsprechung des RG aufgegeben worden; grundsätzlich muß dem durch eine arglistige Täuschung oder eine widerrechtliche Drohung beim Vertragsschlusse beschädigten Vertragsteile der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs 2 in Verbindung mit § 263 oder mit §§ 240, 253 StGB oder aus § 826 in gleicher Weise zustehen, mag er die Anfechtung erklärt oder die Anfechtungsfrist versäumt oder auf die Anfechtung verzichtet haben und bei dem Vertrage stehenbleiben wollen (RG 79, 194; 84, 131; JW 1918, 815[2]; Warn 1915 Nr 275; 1918 Nr 181). Im letzteren Falle wird nur vielfach die durch die eigene Willensentschließung geschaffene Rechtslage bei Anwendung der Grundsätze der §§ 249, 251 die Verwirklichung des Schadensersatzanspruchs verhindern. Die rechtzeitig erklärte Anfechtung hat die Wirkungen des § 142; sie führt zur Rückgewähr nach Maßgabe des § 812 (RG 74, 1). Insoweit bedarf es nicht mehr der Schadensersatzklage aus der u. H., die dem Beschädigten aber auch nicht verwehrt ist (RG 54, 137; Warn 1910 Nr 313, sowie die insoweit unbedenklichen Urteile RG 59, 155; 63, 110), und die für den Ersatz des Schadens an Kosten und Aufwendungen für den Vertrag neben die Bereicherungsklage tritt. Hat der Beschädigte die Anfechtungsfrist verstreichen lassen, so geht er dadurch des Rückgewähranspruchs aus der Anfechtung verlustig, nicht aber des gleichfalls auf Rückgewähr (§ 249) gehenden Anspruchs aus u. H. (RG 79, 194 und die oben mitgeteilten weiteren Entscheidungen). Dem Beschädigten endlich, der bei dem Vertrage stehenbleiben will oder der den Vertrag nach § 144 bestätigt und auf das Recht der Anfechtung verzichtet hat (RG JW 1911, 398[4]), ist ein Schadensersatzanspruch aus u. H. an und für sich ebenfalls gegeben (RG 56, 47; 59, 155; 61, 250; 62, 384; 63, 110; 66, 335; 83, 245; 84, 131; 86, 334; JW 09, 309[2]; 1910, 934[4]; 1911, 213[8]; 1912 S. 137[10], 237[4]; 1915, 1191[3]; Warn 1915 Nr 7, 14, 74, 109, 166, 275; 1916 Nr 274). Über Art und Umfang des Schadensersatzes aus u. H. im Falle des § 123 (sog. negatives Vertragsinteresse), über die Ausdehnung der Vertragsklage nach § 463 Satz 2 durch entsprechende Anwendung der Bestimmung auf betrüglich vorgespiegelte Eigenschaften der Kaufsache und auf die kaufähnlichen Geschäfte des § 493, sowie über die Anwendung der §§ 249, 251, wenn der Getäuschte oder Bedrohte bei dem Vertrag stehenbleiben will, vgl. § 123 A 5 und die Anmerkungen zu den genannten Paragraphen.

5. Ursächlicher Zusammenhang zwischen Handlung und Schaden.

a) Ursache ist die Summe von Bedingungen, von denen der Eintritt eines Ereignisses abhängt. Das Zusammenwirken aller Glieder der Ursachenkette zu überschauen, ist der menschlichen Erkenntnis nur selten möglich; noch weniger ist der menschliche Wille imstande, alle Bedingungen des Geschehens maßgebend zu bestimmen. Für die Frage, ob ein menschliches Tun oder ein Geschehnis für ein eingetretenes Ereignis ursächlich geworden sei, muß es deshalb genügen, daß durch dieses Tun oder Geschehnis *eine* der Bedingungen gesetzt worden ist, ohne die das Ereignis nicht eingetreten wäre (RG 50, 219; 63, 341; 69, 57; 73, 289; 93, 1; JW 05 S. 486[4] u. 690[12]; 09, 312[9]; 1912, 581[1]; 1913, 986[15]; 1914, 980[5]; 1916, 1115[2]; Gruch 49, 616). Aber nicht alle Bedingungen, die im Einzelfalle mitgewirkt haben, einen Erfolg herbeizuführen und deshalb zu diesem auch notwendig wirkend geworden sind, können für die rechtliche Betrachtung als Ursachenglieder dieses Erfolgs angesehen werden. Die rechtliche Beurteilung kann nicht rückschauend von der Wirkung aus die Ursache bestimmen, sie muß von den Ursachen aus die mögliche Wirkung ins Auge fassen. Nur diejenigen Glieder der Ursachenkette können deshalb als bestimmend für den Erfolg in Betracht gezogen werden, deren maßgebende Wirksamkeit für dessen Eintreten zur Zeit der Handlung, die als Ursache eines Erfolgs in Anspruch genommen wird, nach allgemein menschlicher Erfahrung erkennbar war und deshalb auch vom Handelnden übersehen werden konnte, und außerdem diejenigen, deren Wirksamkeit zwar allgemein nicht erkennbar, aber dem Handelnden bekannt war, und die er erwartet und benutzt hat (sog. *adäquate Verursachung*; vgl. Vorbem 3 vor § 249). Ein ungewöhnlicher Verlauf der Dinge, der nicht vorausgesehen werden konnte, kann deshalb rechtlich als Kette von Ursache und Wirkung nicht angesehen werden (RG 50, 219; 69, 57; 72, 324; 81, 359; 91, 347; JW 03 Beil 250; 05 S. 16[9] u. 486[4]; 08 S. 405[5] u. 526[4]; 09, 358[3]; 1911 S. 95[19], 153[9] u. 399[6], 579[17], 754[9]; Warn 1912 Nr 199). Ob aber die für den Erfolg nach diesen Leitsätzen maßgebende Bedingung diesen unmittelbar oder mittelbar, allein oder in Verbindung mit andern Umständen, eine Gefahr schaffend oder nur steigernd herbeigeführt hat, ist gleichgültig (RG 73, 289; JW 03 Beil 32; 05, 486[4]; 09 S. 136[10] u. 312[9]; 1911 S. 319[4], 399[6] u. 754[9]; 1912, 581[1]; 1914, 980[5]; 1916, 1115[2]; Warn 1911 Nr 363). Bei vorsätzlichen Handlungen kann ein mittelbarer Schaden nur dann dem Täter zugerechnet werden, wenn er diesen wenigstens als möglich vorausgesehen hat; es genügt nicht, daß er ihn hätte voraussehen können (RG 79, 55; JW 03 Beil 313). Die

Ursächlichkeit einer Körperverletzung für einen Gesundheitsschaden wird auch durch eine diesen begünstigende krankhafte Anlage nicht ausgeschlossen (RG JW 05, 690[12]; 06, 204[25]; 08, 41[16]; Warn 1911 Nr 363), es sei denn, daß die krankhafte Anlage auch ohne die Verletzung mit Sicherheit die Krankheit selbst ausgelöst haben würde; dann fällt mit ihrem von der Anlage aus von vornherein zu erwartenden Eintritt die Ursächlichkeit der Körperverletzung hinweg, und diese besteht überhaupt nur insoweit, als die krankhafte Anlage durch die Körperverletzung in die Entwicklung zum Schlimmeren oder zur Beschleunigung ihrer Entwicklung gebracht wurde (RG JW 1911 S. 319[4] u. 650[21]; Warn 1911 Nr 363; LZ 1917, 861[6]). Anderseits sind auch Krankheiten als Wirkungen einer Körperverletzung anzusehen, zu denen diese nur den Keim legte, und die sich dann aus diesem heraus infolge hinzutretender anderer Ursachen entwickelt haben. Hierher gehören die nervösen Krankheitserscheinungen, die unmittelbar in den Aufregungen des Prozesses zur Erkämpfung des Schadensersatzes ihre Ursache haben, die aber dennoch als Wirkungen der Körperverletzung dann angesehen werden können, wenn die letztere gerade eine nervöse Erkrankung, wenn auch nur im Keime, hervorgerufen oder eine vorhandene nervöse Reizung verschlimmert hat; der Prozeß selbst stellt ein verbindendes Mittelglied der Ursachenkette nicht dar; er ist keine Folgewirkung der Verletzung, sondern nur durch diese äußerlich und zufällig veranlaßt. Überall, wo nicht die Körperverletzung, in der Regel der Unfall, selbst eine nervöse Erkrankung hervorgerufen hat, aus welcher dann in weiterer Folge die Begehrungsvorstellungen nach der Rente, verbunden mit der Einbildung, ganz erwerbsunfähig geworden zu sein, in dem Verletzten sich entwickelt haben, sondern wo nur ein äußerer Zusammenhang durch das Erleben des Unfalls und die Erinnerung an ihn besteht und das Rentenbegehren nachträglich durch einen Mangel an Widerstandskraft gegen die auftretenden Begehrungsvorstellungen zur Entfaltung gekommen ist, ist ein ursächlicher Zusammenhang nicht mehr gegeben; ob dies oder jenes anzunehmen ist, ist Sache der Feststellung im Einzelfalle (RG 75, 19; JW 06, 231[15]; 08, 526[11]; 1910, 1003[11]; 1915, 1436[10]; Warn 1914 Nr 51 u. 104; 1915 Nr 12; 1916 Nr 199; über das mitwirkende eigene Verschulden des Beschädigten durch Erhebung maßloser Ansprüche im Falle der Bejahung des ursächlichen Zusammenhangs RG 75, 19; auch JW 1915, 1436[10]). Durch ärztliche Kunstfehler bei der Behandlung einer Körperverletzung und deren Folgen, die auf der Unvollkommenheit der ärztlichen Wissenschaft und ihrer Ausübung beruhen, und mit denen deshalb überall gerechnet werden muß, wird der ursächliche Zusammenhang zwischen der Verletzung und dem Schaden nicht aufgehoben; auch die dadurch eingetretenen etwaigen Verschlimmerungen des Krankheitszustandes des Verletzten müssen von dem Schädiger vertreten werden, auf den die Verletzung zurückzuführen ist (RG 7. 1. 13 VI 310/12).

b) Laufen mehrere Tatsachen oder Tatsachenreihen nebeneinander, die nach menschlicher Erfahrung sowohl jede für sich, wie im Zusammenwirken miteinander einen Erfolg ursächlich herbeigeführt haben können, so ist im Zweifel, wenn nicht zu ermitteln ist, welche dieser ursächlichen Verknüpfungen in Wirklichkeit stattgehabt hat, das Zusammenwirken aller anzunehmen (RG JW 08, 299[6]; 09, 361[7]; 1911, 399[6]; 1912, 581[1]); ein Abwägen des Maßes der Verursachung, wie bei § 254, findet dem Beschädigten gegenüber nicht statt; jeder Urheber einer Ursachenverknüpfung ist für den ganzen Erfolg verantwortlich (RG JW 1911, 399[6]). Wenn aber mehrere Ursachen nur eine jede für sich, die eine oder die andere den Erfolg herbeigeführt haben können, ohne daß eine von ihnen als die tätige Ursache mit größerer Wahrscheinlichkeit (s. unter c) festgestellt werden kann, und wenn nur eine bestimmte von ihnen der haftbar gemachten Person zugerechnet werden kann, dann kann diese letztere als Urheber des schädlichen Erfolgs nicht angesehen werden (RG 29. 11. 09 VI 553/08); anders, wenn diese Person die mehreren Möglichkeiten hätte in Rechnung ziehen können oder müssen und deshalb für sie verantwortlich gemacht werden kann (RG JW 04, 486[9]). Über mehrere Teilursachen mit Teilwirkungen vgl. RG JW 1914, 980[5]). Das Zusammenwirken mehrerer Ursachen zu demselben schädlichen Erfolge hat seine besondere Wichtigkeit für das Gebiet der u. H., wenn die eine Ursache von dem in Anspruch genommenen Schädiger, die andere vom Beschädigten selbst gesetzt wird (§ 254). Über mehrere Miturheber derselben Ursache handelt § 830, über mehrere Urheber selbständiger Ursachen § 840. Wenn eine u. H. die Begünstigung oder Hehlerei zu der u. H. eines andern zum Gegenstande hat, die einen Schaden bereits abgeschlossen bewirkt hatte, so ist die Begünstigung oder Hehlerei zum Schadensersatze nur verpflichtend, wenn sie einen neuen besondern Schaden verursacht hat (RG 15. 2. 12 VI 273/11).

c) Bei der Unzugänglichkeit der wirklichen und vollständigen Ursachenverknüpfung für das menschliche Erkennen kann ein zwingender Beweis der Ursächlichkeit einer Handlung oder Unterlassung für ein eingetretenes Ereignis nicht verlangt werden. Ein hoher Grad von Wahrscheinlichkeit muß sowohl für die Feststellung der Verursachung der Verletzung durch das Tun wie für die Feststellung der Verursachung des Schadens durch die Verletzung ausreichen (RG JW 08, 196[10]; 1911, 276[3]; Warn 1910 Nr 5). Ist eine zur Erklärung des eingetretenen Erfolgs geeignete, dem natürlichen Laufe der Dinge entsprechende Ursache wahrscheinlich

gemacht, so ist es Sache des Gegners, darzutun, daß trotzdem nicht diese, sondern andere, wenn auch minder wahrscheinliche Ursachen ihn herbeigeführt und die Mitwirkung jener andern ausgeschlossen haben (RG 76, 313; 95 S. 103 u. 249; Warn 1910 Nr 5; 1911 Nr 219; 1915 Nr 50; LZ 1919, 1014[6]). Aber die Wahrscheinlichkeit kann nicht die richterliche Feststellung des Ursachenzusammenhangs selbst darstellen; sie ist nur Hilfsmittel für die Gewinnung der richterlichen Überzeugung von diesem, die niemals entbehrt werden kann und in der Entscheidung ihren Ausdruck finden muß (RG 95, 249; 98, 58).

6. Die Klage auf Unterlassung.

I. Die abwehrende Eigentumsklage. Das BGB nennt als Rechtswirkung der u. H. ausdrücklich nur einen Schadensersatzanspruch des Verletzten. Ein Anspruch auf Unterlassung widerrechtlicher Störungen und Eingriffe ist nur anerkannt zum Schutze des Namensrechts (§ 12), des Besitzes (§ 862) und des Eigentums (§ 1004), sowie durch Verweisung auf diese Bestimmungen weiter in den §§ 1017 (Erbbaurecht), 1027 (Grunddienstbarkeit), 1068 (Nießbrauch), 1090 (andere persönliche Dienstbarkeiten), 1227 (Pfandrecht); endlich gegen Mißbrauch der Mietsache durch den Mieter beim Mietvertrage (§ 550). Daß die angezogenen Bestimmungen eine entsprechende Anwendung bei allen ausschließlichen (sog. absoluten) Rechten gestatten, insbesondere bei den Urheber- und gewerblichen Schutzrechten, soweit die diese regelnden Sondergesetze nicht eine Unterlassungsklage ausdrücklich gewähren, also bei allen Rechten, die unter den Begriff des „sonstigen Rechtes" aus § 823 Abs 1 fallen (vgl. § 823 A 9), ist außer Zweifel und wird allgemein angenommen. Diese Klage auf Unterlassung weiterer ernstlich zu befürchtender Störungen ist die ausgestaltete Eigentumsfreiheitsklage (actio negatoria) und setzt nur einen gegenständlich (objektiv) widerrechtlichen Eingriff in das ausschließliche Recht voraus, dem der Berechtigte mit der aus seinem Recht entspringenden Klage entgegentreten kann. Ja, sie wird zuzugestehen sein, auch wenn eine Rechtsverletzung noch nicht stattgefunden hat, aber erkennbar ernstlich vorbereitet ist (vgl. Dernburg-Kohler, BR VI § 77). Aus diesem Gesichtspunkte sind, da der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb zu den „sonstigen Rechten" des § 823 Abs 1 gezählt wird (vgl. § 823 A 9), die Entscheidungen RG 65, 210; JW 05, 174[15]; 08, 133[1]; 1911, 572[2]; 1913, 34[23]; Warn 1915 Nr 82 begründet.

II. Die Unterlassungsklage auf Wiederherstellung. Es ist weiter außer Zweifel, daß eine Klage auf Unterlassung von Eingriffen in den allgemeinen Rechtskreis eines andern von diesem dann erhoben werden kann, wenn die durch die u. H. bewirkte Rechtsverletzung und der hieraus entspringende Schaden nicht durch die einmalige Vornahme der Handlung abgeschlossen ist, durch die u. H. vielmehr ein den andern dauernd schädigender Zustand geschaffen wurde, der durch den Zwang zur Unterlassung weiterer Störungen beseitigt wird. Es handelt sich hier in Wahrheit um einen Beseitigungsanspruch (RG Warn 1915 Nr 127); die Unterlassung bedeutet die Wiederherstellung des früheren Zustandes im Sinne des § 249 (vgl. RG 77, 218; 82, 59; 88, 130; 91, 265). Wo die begangene u. H. in ihren Folgen fortwirkt oder wo die zu erwartende Wiederholung des Eingriffs den Charakter der Fortsetzung der Verletzung und der Schadenszufügung trägt, ist diese Klage auf Unterlassung an sich gegeben. Sie setzt die Erfüllung des vollen Tatbestandes der u. H. in der Vergangenheit nach der gegenständlichen wie nach der persönlichen Seite als Unterlage des Anspruchs für die Zukunft voraus; sie erfordert also, daß der Tatbestand einer u. H. bereits fertig vorliegt und die Fortsetzung der Beschädigung durch die Wiederholung von Handlungen derselben Art ernstlich zu befürchten steht. Diese Klage auf Unterlassung kann alle Tatbestände der u. H. betreffen; sie findet namentlich auf diejenigen der §§ 824, 826 Anwendung. Die Wiederholungsgefahr, für die den Kläger die Beweislast trifft, sofern sie nicht offen zutage liegt (RG 78, 210; 96, 244; Warn 1913 Nr 320), muß eine ernstliche und auf Tatsachen gegründete sein (deshalb regelmäßig Tatfrage RG 96, 245; 98, 36; Warn 1913 Nr 320 u. 416); sie muß noch zur Zeit des Urteilserlasses bestehen (RG a. a. O.; JW 1911, 586[31]; 1913 S. 34[23], 543[8]; Warn 1914 Nr 122; 1915 Nr 20; 13. 7. 10 VI 459/09; 16. 1. 13 VI 287/12). Es handelt sich in den Fällen dieser Unterlassungsklage indessen vornehmlich weniger um künftige Unterlassungen, als um die Zurücknahme von noch fortdauernden Eingriffen; so von Sperrmaßregeln gegen Gewerbetreibende (RG 48, 114; 56, 271; 82, 59; 88, 130; 91, 265; JW 05, 715[2]; Warn 1913 Nr 416), Beseitigungen von Druckschriften, die unwahre Mitteilungen über Geschäftsverhältnisse enthalten (RG 57, 157; 60, 12; JW 08, 333[16]), Unterlassung der öffentlichen Ausstellung von Waren zu illoyalen Zwecken (RG JW 03 Beil 23), Aufhebung eines schädigenden Verbots (RG 72, 251), Zurücknahme öffentlicher Angriffe auf die Ehre oder den Kredit des Klägers (RG 88, 129; Warn 1913 Nr 449). Wird daran festgehalten, daß diese Klage nur gegeben sein kann, wo die fernere Unterlassung in der Tat eine Wiederherstellung des früheren Zustandes bedeutet (§ 249), so sind ihr naturgemäß enge Grenzen gesteckt. Begangene u. H. werden nicht dadurch ungeschehen und unschädlich gemacht, daß sie nicht wiederholt werden. Wiederherstellend kann die Unterlassung nur wirken, wo es sich nicht sowohl um eine Abwehr der Wiederholung als um eine Beseitigung

störender Eingriffe in den Rechtskreis eines andern handelt, wie bei der Abstandnahme von Sperrmaßregeln und Verrufserklärungen. Bei der weitaus größten Zahl der Unterlassungsklagen ist in Wahrheit nicht eine Wiederherstellung des früheren Zustandes in Frage, die durch eine fernere Unterlassung von Eingriffen gar nicht geleistet werden kann, sondern die Abwehr künftiger Beeinträchtigungen gleicher Art.

III. Die vorbeugende Unterlassungsklage. a) In erweiternder Übertragung der Grundsätze der unter I behandelten abwehrenden Eigentumsklage nach §§ 12, 862, 1004 BGB hat die Rechtsprechung, einem Bedürfnisse des Rechtsverkehrs entgegenkommend, auch zur Abwehr künftiger rechtswidriger Eingriffe in alle vom Recht geschützten Lebensgüter und Interessen nicht dinglichen und ausschließlichen, sondern rein persönlichen Charakters eine sog. vorbeugende Unterlassungsklage anerkannt, wie sie für das besondere Rechtsgebiet des Wettbewerbs in verschiedenen Bestimmungen des UnlWG geschaffen worden ist. Diese Unterlassungsklage setzt ebenso wie die abwehrende Eigentumsklage nicht den erfüllten Tatbestand einer u. H., sondern nur einen gegenständlich widerrechtlichen Eingriff in das geschützte Recht oder Rechtsgut und für die Zukunft den Nachweis einer ernstlichen, durch Tatsachen begründeten Besorgnis weiterer Eingriffe (Wiederholungsgefahr; vgl. unter II) voraus. Die Grundlage der Entwicklung bildeten die Entscheidungen RG 48, 114; 60, 6 u. 61, 366. In RG 77, 217 erscheinen die Unterlassungsklage auf Wiederherstellung (unter II oben) und die hier besprochene vorbeugende Unterlassungsklage nicht vollständig scharf geschieden; es ist darin, wie aus S. 219 hervorgeht, eine Unterlassungsklage auf Wiederherstellung im Sinne des § 249 BGB angenommen und für diese mit Recht der volle gegenständliche wie persönliche Tatbestand der u. H. in der Vergangenheit gefordert; der entschiedene Fall selbst scheint jedoch auf die vorbeugende Unterlassungsklage hinzuweisen. Diese Entscheidung stellt jedenfalls nicht, wie vielfach angenommen wurde, eine Aufgabe der in den vorbezeichneten Urteilen aufgestellten Grundsätze dar (vgl. RG SeuffA 69 Nr 105 sowie Warn 1916 Nr 105), die in einer Reihe späterer Entscheidungen in dem gleichen Sinne weiter ausgestaltet worden sind (RG 78 S. 210 u. 256; 82, 59; 88, 130; 91 S. 265 u. 350; 95 S. 273 u. 339; JW 1911 S. 572[3] u. 760[10]; 1912, 587[7]; 1913, 34[23]; 1915, 29[13]; Warn 1914 Nr 17; 1915 Nr 20; 1916 Nr 105; 1918 Nr 95; SeuffA 69 Nr 105; LZ 1919, 1015[4]). Diese Klage ist zwar der abwehrenden Eigentumsklage nachgebildet; da sie aber auf rein persönliche Rechtsgüter oder Interessen sich bezieht, einen Eingriff in ein durch die Vorschriften des 25. Titels geschütztes Rechtsgut oder Interesse zur Grundlage hat und eine Ergänzung der Schadensersatzklage bildet, ist sie ebenfalls als Klage aus u. H. oder wegen u. H. anzusprechen. Der dingliche Charakter der abwehrenden Eigentumsklage geht ihr ab; der Unterlassungsanspruch entspringt hier nicht, wie bei der Eigentumsfreiheitsklage, dem verletzten ausschließlichen Recht, sondern der widerrechtlichen Störung des allgemeinen Rechtskreises des Beschädigten (vgl. RG 88, 130). b) Geschützte Rechtsgüter, denen die vorbeugende Unterlassungsklage dienen soll, sind einmal die in § 823 Abs 1 genannten: Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit; ferner die Interessenkreise des § 824: Kredit und Fortkommen, weiter auch die mittelbar durch Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 geschützten Rechtsgüter in den Grenzen dieses Schutzes (vgl. bes. RG 82, 59). Auch die Ehre gehört mit Rücksicht auf die Schutzgesetze der §§ 185—187 StGB zu den geschützten Rechtsgütern, deren Verletzung die Grundlage eines Unterlassungsanspruchs bilden kannn. An sich aber nur mit der Beschränkung des § 193 StGB. Die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses nimmt nach § 193 StGB wie nach § 824 Abs 2 BGB der Behauptung oder Verbreitung nicht erweislich wahrer Tatsachen den Charakter der gegenständlichen Widerrechtlichkeit. Ein berechtigtes Interesse ist aber im allgemeinen nicht mehr anzuerkennen, wenn die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache erwiesen ist. Deshalb ist eine Klage auf Unterlassung der weiteren Behauptung oder Verbreitung ehr- oder kreditverletzender Tatsachen dann als zulässig anzusehen, wenn der Kläger den Nachweis der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen erbringt, mag dem Beklagten auch für seine Behauptung bis dahin der Schutz der Wahrnehmung berechtigter Interessen zur Seite gestanden haben (RG 78, 256; 82, 59; 88, 130; 91 S. 265 u. 350; 95, 339; JW 1913, 34[23]; 1915, 29[13]; 1919, 993[3]; Warn 1914 Nr 17; 1915 Nr 20; 1918 Nr 95; SeuffA 69 Nr 105). Dies gilt jedoch dann nicht, und der Unterlassungsanspruch entfällt mithin, wenn es sich nicht sowohl um die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses als um die Ausübung im öffentlichen Recht begründeter Rechte oder um die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Pflichten (Zeugnispflicht, Beamtenpflicht) handelt (RG 78, 210; JW 1912 S. 290[11] u. 587[7]; SeuffA 69 Nr 105). Das Vermögen ist ein geschütztes Rechtsgut, soweit es durch § 263 StGB oder andere Strafgesetze besondern rechtlichen Schutz genießt, sowie auch als Gegenstand einer Schädigung wider die guten Sitten nach § 826; insoweit kann also auch die vorbeugende Unterlassungsklage auf Vermögensbeschädigungen gegründet sein und deren Wiederholung abwehren (vgl. RG 91, 350; Warn 1918 Nr 95). Im Falle des § 826 ist jedoch der gegenständliche Tatbestand vom

persönlichen nicht zu lösen, so daß eine abwehrende Unterlassungsklage nicht wohl anders als auf Grund des erfüllten Tatbestandes der u. H. in der Vergangenheit denkbar ist. c) Die erweiterte vorbeugende Unterlassungsklage soll einem dringenden Rechtsschutzbedürfnisse dienen; sie ist deshalb nur gegeben, wenn im Einzelfalle der Schadensersatz für die begangene u. H. nicht ausreicht, das angegriffene Rechtsgut für die Zukunft gegen ernstlich drohende Beeinträchtigungen gleicher Art zu schützen, und ein anderer gesetzlicher Schutz nicht gegeben ist. Ein solcher ist aber regelmäßig gegeben, wenn die u. H., deren Tatbestand in Frage steht, durch ein Strafgesetz unter öffentliche Strafe gestellt ist. Es besteht der Regel nach kein Rechtsschutzbedürfnis, durch Urteil auf die Unterlassungsklage eine Handlung nochmals zu verbieten, die bereits durch ein Strafgesetz verboten ist, und der Androhung der öffentlichen Strafe im Strafgesetz eine zivilrechtliche Strafandrohung hinzuzufügen. Dies sowohl dann, wenn die Strafverfolgung im Wege der öffentlichen Strafklage erfolgt, als wenn sie durch Privatklage zu geschehen hat. Aus dem Gesichtspunkte, daß letzten Endes das Rechtsschutzbedürfnis im einzelnen Falle für die Zulassung der vorbeugenden Unterlassungsklage maßgebend sein muß, bleibt es dem Kläger unbenommen, darzutun, daß die Androhung der öffentlichen Strafe ihm einen genügenden Rechtsschutz nicht gewährt, sei es, daß der Strafverfolgung Hindernisse entgegenstehen (Ausland), oder daß bei der Privatklage die jedesmalige Strafverfolgung ihm die Abwehr ungebührlich erschwere oder einen ausreichenden Schutz gegen die zu erwartende hartnäckige Wiederholung der Angriffe nicht bieten würde. Auch die kurze Verjährungszeit namentlich nach § 22 PreßG und die Antragsfrist des § 61 StGB für die Verfolgung von Beleidigungen kann für die Zulassung der Unterlassungsklage ins Gewicht fallen. Aus der Rechtsprechung: **RG** 71, 85 (hier ist die Klage auf Unterlassung eines weiteren ehebrecherischen Verkehrs mit der Ehefrau des Klägers aber vornehmlich wegen der besondern sittlichen Natur des ehelichen Verhältnisses für unstatthaft erklärt worden); 77, 217 (über diese Entscheidung vgl. das oben unter a Gesagte); 82, 59; 88, 130; 91 S. 265 u. 350; 95 S. 268 u. 339; JW 1912, 587[7]; 1913, 34[23]; 1919 S. 993[3] u. 594[6]; Warn 1918 Nr 95; über die Privatklage besonders **RG** 77, 217; JW 1913, 34[23] (hier ist die Frage, ob die Einschränkung des Rechtsschutzbedürfnisses auch im Falle der Zulässigkeit nur der Privatklage für die Strafverfolgung Platz zu greifen habe, noch offengelassen); **RG** 82, 59; 88, 130; 91 S. 265 u. 350 (in letzterer Entscheidung ist auch die mögliche Bedeutung der Verjährung der Strafklage und des Ablaufs der Antragsfrist für die Zulassung der Unterlassungsklage behandelt); 95 S. 273 u. 339; 98, 36 (Privatklage).

7. **Internationales Privatrecht.** Über das auf u. H. zur Anwendung kommende örtliche Recht enthält das EG nur die eine, durch den allgemeinen Vorbehalt in Art 30 (vgl. dazu **RG** JW 05, 320[6]) ergänzte Bestimmung des Art 12, wonach aus einer im Auslande begangenen u. H. gegen einen Deutschen bei den deutschen Gerichten nicht weitergehende Ansprüche erhoben werden können, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind. Dieser Satz schließt im übrigen die Anerkennung des Grundsatzes ein, daß u. H. nach dem Gesetze des Ortes zu beurteilen sind, wo sie begangen wurden. Danach richtet sich sowohl die Frage, ob eine Handlung als u. H. anzusehen ist, wie auch die, welche Rechtsfolgen sie nach sich zieht (**RG** 96, 96; JW 06, 297[1]). Der Tatbestand der u. H. begreift die Tätigkeit des Handelnden und die Verletzung, die Willenshandlung und das durch sie vollbrachte Geschehnis, die Rechtsverletzung, nicht aber auch deren Schadensfolgen. Tatort ist jeder Ort, an dem sich auch nur ein Teil des Tatbestandes der u. H. verwirklicht hat. Sind dies für die verschiedenen Teile des Tatbestandes verschiedene Orte, so wird die u. H. von einem jeden der in Betracht kommenden örtlichen Rechte beherrscht, so daß das eine oder das andere Recht (das dem Beschädigten günstigere **RG** 22. 12. 02 VI 280/02) zur Anwendung zu bringen ist; das trifft namentlich zu bei u. H., die durch Versendung von Briefen aus einem Rechtsgebiet in das andere begangen werden (**RG** 23, 305 in teilweiser Abweichung von **RG** 19, 382; ferner **RG** SeuffA 62 Nr 257 und die vorher angeführte Entscheidung). Insoweit es sich bei der u. H. um die Verletzung des Eigentums oder eines nach § 823 Abs 1 geschützten sonstigen Rechtes handelt, erstreckt sich dieser Schutz auch auf die nach ausländischem Recht begründeten Rechte, soweit der deutsche Richter für das Bestehen des Rechtes die Maßgeblichkeit der ausländischen Gesetze anzuerkennen hat (**RG** JW 1913, 202[14]). Über das örtliche Recht bei Schiffszusammenstößen vgl. aus der Rechtsprechung **RG** 21, 136; 29, 90; 49, 182; über nach dem Gesetz zum Schadensersatz verpflichtende Tatbestände **RG** 57, 142.

8. **Übergangsrecht.** Das auf u. H., die vor dem Inkrafttreten des BGB begangen sind, anzuwendende Recht bestimmt Art 170 EG: für ein Schuldverhältnis, das vor dem gedachten Zeitpunkt entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend. Entscheidend für die Entstehung des Schuldverhältnisses aus der u. H. ist die Erfüllung ihres persönlichen und gegenständlichen Tatbestandes. Bei denjenigen u. H., deren Tatbestand die Verletzung eines bestimmten Rechtes oder Rechtsguts erfordert (§§ 823 Abs 1, 825, 833—838), ist die u. H. vollendet mit der Verletzung des geschützten Rechtsguts, während der vom Handelnden zu vertretende Schaden für das Vermögen des Verletzten außerhalb des Tatbestandes liegt.

Wo der Verstoß gegen ein Schutzgesetz den Tatbestand der u. H. begründet (§ 823 Abs 2), ist dieser erfüllt erst mit dem Eintritt eines schädlichen Erfolges; das gleiche gilt, wo eine schädigende Handlung schlechthin ohne Rücksicht auf die Verletzung eines bestimmten Rechtes oder Rechtsguts als u. H. hingestellt wird (§ 826). „Wer vorsätzlich einen Schaden zufügt", heißt es in § 826; ohne Eintritt eines schädlichen Erfolges gibt es in beiden Fällen keine u. H.; auch die Übertretung des Schutzgesetzes ist ohne einen aus ihr sich entwickelnden Schaden zivilrechtlich ohne Bedeutung. Erst die Schadenszufügung stellt hier den gegenständlichen Eingriff in den fremden Rechtskreis dar, den die u. H. voraussetzt. Wo es sich um die Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen handelt, die eine Gefährdung herbeizuführen geeignet sein müssen (§ 824), ist die Mitteilung der Tatsache an den Dritten entscheidend. Je nach der Verschiedenheit der Merkmale und Voraussetzungen der u. H. ist demgemäß auch der Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses verschieden (ähnlich RG 52, 119). In den Fällen der Verletzung eines Rechtes oder Rechtsguts (§§ 823 Abs 1, 824, 825, 833—838) bestimmt sich das anzuwendende Recht nach dem Eintritt der Rechtsverletzung (Eigentums-, Körperverletzung). So kommt bei einer Eigentumsverletzung durch fahrlässige Brandstiftung das Recht zur Anwendung, unter dessen Herrschaft das Feuer entstanden ist, mag auch die Fahrlässigkeitshandlung (Kunstfehler in der Feuerungsanlage) weiter zurückliegen, und bei einer Körperverletzung infolge Ablösung von Teilen eines Gebäudes (§ 836) ist nicht der Zeitpunkt der fehlerhaften Errichtung oder der Säumnis in der ordentlichen Unterhaltung, sondern der Zeitpunkt der Ablösung des Teiles und der dadurch herbeigeführten Verletzung entscheidend. In den andern Fällen (§§ 823 Abs 2, 826) ist das alte Recht maßgebend, wenn der schädliche Erfolg vor dem Inkrafttreten des neuen Rechtes eintrat, während dieses anzuwenden ist, wenn dieser Erfolg erst unter seiner Herrschaft sich einstellte. Ist die schädigende Handlung unter der Herrschaft des alten Rechtes abgeschlossen, der Schaden aber teils unter diesem, teils unter dem neuen Recht eingetreten, so ist der erstere Schaden nach altem, der letztere nach neuem Recht zu beurteilen (RG 3. 2. 13 VI 441/12). Bei einer Ehrverletzung durch Brief oder durch Eingabe bei einer Behörde ist der Zeitpunkt des Eingangs des Briefes oder der Eingabe bei dem Empfänger oder der Behörde maßgebend, der die u. H. vollendet (RG 16. 2. 06 III 241/05; 13. 10. 08 II 92/08). Bei einer fortgesetzten Tätigkeit einheitlicher Art, die aus dem früheren in das neue Recht hinüberläuft, kommt das letztere zur Anwendung, weil selbst das wirkende Handeln des Täters erst unter der Herrschaft des neuen Rechtes zum Abschlusse gelangt ist (RG 48, 114; 56, 271; JW 1910, 109[9]; RG 19. 2. 06 VI 213/05). Das gleiche gilt bei einer fortgesetzten Unterlassung einer gebotenen Handlung, wie z. B. der dauernden Vorenthaltung von Eigentumsgegenständen (RG JW 07, 495[38]). Auf einen nur fortdauernden Zustand, der durch die abgeschlossene Tätigkeit des Handelnden unter dem früheren Recht bereits verwirklicht war, findet dies keine Anwendung; hier ist das bisherige Recht maßgebend (RG 5. 1. 01 V 256/00).

9. **Gerichtsstand der unerlaubten Handlung.** Für Klagen aus u. H. ist nach § 32 ZPO, jedoch nicht ausschließlich, das Gericht zuständig, in dessen Bezirke die Handlung begangen wurde. Der Begriff der u. H. ist ein Rechtsbegriff des materiellen Rechtes und bestimmt sich auch für die Auslegung des § 32 ZPO jetzt nach dem BGB. Als u. H. des § 32 ZPO ist mithin jeder Tatbestand anzusehen, der die in Vorbem 1 entwickelten Merkmale aufweist (RG 72, 41), so der Tatbestand nicht nur des § 2, sondern auch des § 1 RHaftpflG (RG 60, 300); nicht dagegen die Tatbestände der Gläubigeranfechtung (RG JW 1915, 251[13]; vgl. Vorbem 2d). Die Klage muß sich auf eine begangene u. H. stützen, d. h. die zur Begründung behaupteten Tatsachen müssen einen Tatbestand der u. H. ergeben; die bloße Rechtsbehauptung, daß ein Tatbestand als u. H. anzusehen sei, genügt nicht (RG 95, 268; JW 1912, 643[15]; Warn 1920 Nr 60). Die abwehrende Eigentumsklage wegen Störung eines ausschließlichen Rechtes (Vorbem 6 zu I) ist keine Klage aus u. H.; sie entspringt nicht der Rechtsverletzung, sondern dem angegriffenen Rechte selbst (s. Stein, ZPO, 10. Aufl., A III); wohl aber gehören die Unterlassungsklagen nach Vorbem 6 II u. III hierher (Unterlassungsklage aus Patentverletzung, RG Warn 1915 Nr 246). Über den Tatort der u. H. ist in Vorbem 7 gehandelt. Der Gerichtsstand der u. H. ist mithin in jedem Gerichtsbezirke begründet, in welchem ein wesentlicher Vorgang aus dem Gesamttatbestande der u. H. sich abgespielt hat (RG Gruch 45, 1045), bei Preßerzeugnissen, wo dieses hergestellt, von wo aus es verbreitet worden ist, und wo die Verbreitung selbst stattgefunden hat; § 7 Abs 2 StPO läßt sich nicht auf die ZPO übertragen (RG 60, 363; 78, 256). Die Einheitlichkeit des Handlungstatbestandes hat zur Folge, daß bei dem Gericht eines jeden dieser Bezirke der ganze aus der u. H. entstandene Schaden geltend gemacht werden kann (RGVZS 72, 41 gegen RG 60, 363). Der erhobene Anspruch muß nach Maßgabe des deutschen Rechtes den Tatbestand einer u. H. erfüllen, mag der Anspruch selbst auch von einem Ausländer erhoben werden (RG JW 1913, 202[14]). Daß der Gerichtsstand der u. H. nicht zugleich die Zuständigkeit des Gerichts der letzteren für einen andern Klagegrund (Vertrag, Bereicherung) begründet, ist RG 27, 385, neuerdings JW 1910, 23[39] ausgesprochen.

§ 823

[1]) Wer vorsätzlich[2]) oder fahrlässig[3]) das Leben[4]), den Körper, die Gesundheit[5]) [6]), die Freiheit[7]), das Eigentum[8]) oder ein sonstiges Recht[9]) eines anderen widerrechtlich verletzt[10]), ist dem anderen[11]) zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet[12]) [13]).

Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz[14]) verstößt[15]). Ist nach dem Inhalte des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein[16]).

E I 704 II 746; M 2 724—730; P 2 566—574; 6 200—201.

1. Allgemeines. Abs 1 des § 823 zählt als Gegenstände allgemeinen Rechtsschutzes zunächst mehrere Lebensgüter: das Leben selbst, die körperliche Unversehrtheit, die Gesundheit und die Freiheit des Menschen auf, die durch diesen Rechtsschutz als Rechtsgüter anerkannt werden. Wirkliche Rechte sind sie nicht, als Beispiele von solchen auch vom Gesetze nicht gedacht. Eine Ausdehnung des Schutzes auf andere Lebensgüter ist nicht statthaft; die Aufzählung in § 823 Abs 1 ist erschöpfend (RG 51, 369; 95, 173). Diesen Lebensgütern wird ein ausschließliches Recht, das Eigentum (§§ 903ff.), und weiter „ein sonstiges Recht" angeschlossen, so daß durch Abs 1 vor Eingriffen Dritter alle dinglichen oder sonst ausschließlichen Rechte (vgl. A 8), und außerdem jene vier Lebensgüter geschützt sind. Abs 2 ergänzt und erweitert diesen Rechtsschutz dahin, daß zu den gegen Eingriffe gesicherten Gegenständen des Abs 1 alle menschlichen Lebensinteressen hinzutreten, denen ein besonderes strafrechtliches oder zivilrechtliches Gebot oder Verbot schützend zur Seite steht. Da viele derartige gesetzliche Gebote und Verbote die Lebensgüter und Rechte des Abs 1 zum Gegenstande haben (so im StGB die §§ 211ff., 201ff. das Leben, §§ 223ff. Körper und Gesundheit, §§ 234ff. die Freiheit, §§ 242ff. u. 303ff. das Eigentum), kann ein Schadensersatzanspruch nach Maßgabe beider Absätze des § 823 begründet sein, sowohl in der Art, daß ein Zusammentreffen der Gesetze, wenn die Tatbestandsmerkmale sich vollständig decken, als in der Art, daß ein Zusammentreffen des Anspruchs, wenn die Tatbestände teilweise auseinanderfallen, vorliegt. Eine Beschädigung des Vermögens der Person im allgemeinen als u. H. kennt das BGB nicht. Der Vermögensschaden muß nach § 823 Abs 1 die Folge einer widerrechtlichen Verletzung der bestimmten geschützten Rechtsgüter und Rechte, oder nach § 823 Abs 2 die Folge einer Zuwiderhandlung gegen Schutzgesetze sein, oder es muß einer der sonstigen besonderen Tatbestände einer u. H. (§§ 824, 826, 839) gegeben sein, wenn ein Anspruch auf Ersatz des Schadens bestehen soll (RG 51, 92; 56, 271; 57, 353; 58 S. 24 u. 296; 62, 315; 63, 54; 65 S. 210 u. 292; 72, 61; 95, 173; 97, 89; JW 05, 367[6]; 07, 249[11]; 09, 684[3]; 1913, 34[23]; Warn 08 Nr 214; 1914 Nr 130 u. a.; anders nur RG 50, 191 und JW 03 Beil 115[253]). Weil danach eine Haftung für fahrlässige Vermögensbeschädigung nicht anzuerkennen ist, kann es auch aus dem Gesichtspunkte der u. H. weder einen Anspruch aus einem fahrlässig falsch erteilten Rat oder einer solchen Auskunft (RG 67, 394; 68, 278), noch einen Anspruch aus fahrlässiger Schädigung bei Verhandlungen zum Zwecke eines Vertragschlusses (culpa in contrahendo) geben (RG 62, 315; 76, 35; JW 09, 684[3]; 1919, 36[2]).

2. Vorsätzlich. Das BGB stellt im Abs 1 des § 823 den Verschuldungsgrundsatz an die Spitze der gesetzlichen Regelung der Voraussetzungen und Rechtswirkungen der u. H. und hält an diesem Erfordernis auch für die u. H. des Abs 2 fest. Vorsatz und Fahrlässigkeit begreifen nach § 276 die beiden Erscheinungsarten des Verschuldens, während eine Abstufung des Verschuldens nach Graden, wie sie die früheren Rechte aufwiesen, von wenigen Bestimmungen abgesehen (vgl. über deren Bedeutung für das Rechtsgebiet der u. H. Vorbem 4a), dem BGB unbekannt ist. Vorsatz bedeutet den Willen, eine Handlung vorzunehmen oder zu unterlassen, mit dem Bewußtsein, daß die Handlung oder Unterlassung einen für einen andern schädlichen Erfolg haben werde; dieser, ein schädlicher Erfolg, nicht schlechthin der Schadenserfolg, muß also von dem Handelnden vorausgesehen sein (RG 57, 239; 58, 214). Wo die u. H. selbst in der Zufügung eines Vermögensschadens besteht (§§ 826, 839), muß zwar das Bewußtsein und die Voraussicht des Handelnden hierauf sich beziehen (RG JW 05, 369[8]; 07, 201[5]); wo aber der Schaden, wie in § 823 Abs 1 nur die Folge der untersagten Verletzung eines Lebensguts oder Rechtes ist, hat der Vorsatz nur die Wirkung der Handlung auf das getroffene Lebensgut oder Recht zu begreifen; an einen daraus entspringenden Vermögensschaden braucht der Handelnde nicht gedacht zu haben; für ihn wird gehaftet, auch wenn er ganz außerhalb des Vorstellungskreises des Täters lag. Zum Vorsatze des Brandstifters gehört nur das Bewußtsein, daß seine Handlung das Eigentum des andern zerstören werde, nicht die Voraussicht und das Bewußtsein der Vermögensminderung. Auch wenn er glaubte, der Betroffene werde vollauf

versichert sein und aus dem Brande eher Vorteil als Nachteil haben, und selbst wenn er ihm diesen Vorteil durch seine Handlung zu verschaffen beabsichtigte, wird dadurch die Vorsätzlichkeit der Handlung nicht berührt. Der Arzt, der eine Operation vornimmt, obwohl er weiß, daß eine gültige Einwilligung des Kranken oder seines gesetzlichen Vertreters (RG JW 1911, 748[2]) fehlt, begeht eine vorsätzliche Körperverletzung, auch wenn er des Glaubens ist, er erweise dem Kranken eine Wohltat (RG 68, 431 und JW 1911, 748[2]). Der Vorsatz erfordert die Erkenntnis der Rechtswidrigkeit des Handelns (RG 72, 4), so daß die Überzeugung, in Ausübung eines Rechtes zu handeln, den Vorsatz der u. H. ausschließt (vgl. über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei dem operierenden Arzte RG 68, 431; 88, 436; JW 1911, 748[2]; über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bei Patentverletzungen RG 75, 225 und Warn 1911 Nr 159). Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit kann in besonderen Fällen auch durch Rechtsunkenntnis ausgeschlossen sein, so, wenn es sich um ein neues, noch wenig bekanntes Gesetz polizeilichen Charakters handelt (RG 72, 4; 84, 194). Eine Absicht, einem andern Schaden zuzufügen, verlangt der Rechtsbegriff des Vorsatzes nicht (RG 57, 238; 58, 214; JW 05, 369[6]; 07, 201[5]); auch nicht die Richtung gegen die bestimmte Person, deren Rechtsgut verletzt oder der ein Schaden zugefügt wird, sofern nur überhaupt die Verletzung des Rechtsguts oder der Schaden eines andern gewollt war (RG JW 06, 780[48]). Ein zur Verantwortung ausreichender Vorsatz ist der bedingte Vorsatz (dolus eventualis), bei welchem der Täter in dem Bewußtsein handelt, daß seine Handlung den andern verletzen könne, diesen möglichen, wenngleich von ihm nicht gewünschten Erfolg aber für den Fall seines Eintritts um des von ihm verfolgten Zweckes willen in seinen Willen aufnimmt und billigt, indem er die vorausgesehenen Folgen vorsätzlich unbeachtet läßt; doch darf es sich hierbei nicht um die Vorstellung einer entfernten Möglichkeit handeln, die der Täter ernstlich nicht erwartet (RG 56, 73; 68, 431; 75, 225; 76, 313; 79, 55; JW 06, 780[48]; 1911 S. 30[8], 213[7], 324[18], 650[22]; 1912, 36[25]; Warn 1911 Nr 159; 1912 Nr 166; Gruch 52 Nr 1040); s. A 3 zu § 826). Ein Erkennenmüssen ohne wirkliche Erkenntnis des schädlichen Erfolgs ist immer nur Fahrlässigkeit und vermag den Vorsatz nicht zu ersetzen (RG 57, 238; 76, 313; JW 1911, 213[7]). — Besondere Wirkungen der vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung sind der Ausschluß des Zurückbehaltungsrechts nach § 273 Abs 2 (vgl. dazu RG 72, 61) und § 1000, sowie der Verlust der Aufrechnungsbefugnis (§ 393; dazu RG Warn 09 Nr 179; 1911 Nr 69).

3. **Fahrlässig** handelt nach § 276, wer die im Verkehr erforderliche, d. i. die gewissen allgemeinen Anforderungen entsprechende und deshalb von allen gewissenhaften und besonnenen Menschen ohne Rücksicht auf persönliche Veranlagung anzuwendende Sorgfalt bei seinem Tun und Lassen außer acht läßt. Der Maßstab ist also ein allgemeiner, gegenständlicher, derjenige eines gesunden ordnungsmäßigen Verkehrs, aber doch desjenigen Verkehrs, der für die Kreise der Beteiligten in Betracht kommt. Auf persönliche Verhältnisse ist deshalb zwar nicht Rücksicht zu nehmen, wohl aber auf die Anschauungen der Gruppen und Kreise von Menschen, die sich zu einem festen bestimmten Typus entwickelt haben, sofern diese Anschauungen in den Grenzen der Ordnung und des gesunden Verkehrs sich bewegen (RG 95, 16). Ob die Sorgfaltspflicht auf einem allgemeinen Verkehrsbedürfnis beruht oder durch eine besondere Vertragsvereinbarung begründet ist, macht für die Bewertung des fahrlässigen Verhaltens keinen Unterschied (RG LZ 1917, 1069[13]; vgl. A 10). In der Anwendung auf die u. H. nach § 823 besteht die Fahrlässigkeit des Täters darin, daß er die Handlung vornimmt oder unterläßt, obwohl er bei gehöriger Sorgfalt die Gewißheit oder auch nur Möglichkeit des schädigenden Erfolgs seiner Handlungsweise im Hinblick auf die Verletzung des betroffenen Rechtsguts, nicht ihrer weiteren Schadensfolgen (vgl. A 2) hätte erkennen können und erkennen müssen. Nach den Regeln über den ursächlichen Zusammenhang (s. Vorbem 5) kommt jedoch nur der natürliche Verlauf der Dinge in Betracht; wenn nach diesem ein schädigender Erfolg nicht erwartet werden konnte, liegt ein Verschulden nicht vor. Entfernte Möglichkeiten in Betracht zu ziehen verlangt die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht (RG JW 04, 357[9]; 05, 16[9]; 07, 505[2]; 1911, 95[19]; 1914, 470[11]; Warn 1910 Nr 13; 1912 Nr 74). Die Voraussehbarkeit braucht sich nicht auf den besonderen schädlichen Erfolg zu erstrecken, der nachher eingetreten ist; es genügt die Erkennbarkeit einer Gefahr aus der Handlung in der Richtung auf diesen Erfolg überhaupt (RG 66, 51; JW 03 Beil Nr 280; 06, 740[3]; 09, 358[3]; 1910, 747[4]; 1912, 865[24]; 1913, 917[2]; 1915, 577[9]; Warn 1912 Nr 429). Besondere Fälle: Fahrlässigkeitsverschulden auf der Jagd RG JW 1911, 319[6]; Warn 1918 Nr 207; LZ 1919, 43[8]; Verschulden des Gläubigers bei der Zwangsvollstreckung gegenüber dritten Eigentümern der Pfändungsgegenstände RG Warn 1911 Nr 268; 1912 Nr 72; Außerachtlassung der Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaft RG 95 S. 180 u. 238; JW 1911, 335[41]; 1913, 197[7]; Aufsichtsverschulden von Eltern, Lehrern und andern Personen gegenüber Kindern RG JW 1911, 758[16]; 1912 S. 36[24] u. 190[7]; 1914, 470[11]; 1916, 1272[4]; fahrlässige Überschreitung des Züchtigungsrechts des Lehrers RG JW 1916, 189[7]; Warn 1912 Nr 163; ärztliche Kunstfehler RG 85, 183; JW 1911, 449[17]; 1913, 32[20];

1915, 577[9]; Warn 1916 Nr 79 u. 226. Von dem einzelnen kann in Verkehrsverhältnissen regelmäßig nicht gefordert werden, daß seine Erkenntnis weitergehe als die durchschnittliche der Fachleute und der zur Überwachung der Verkehrseinrichtung bestellten Personen (RG JW 05, 20[20]; 1910, 753[13]; Warn 1911 Nr 374), doch kann anderseits niemand, wenn die Gefährlichkeit seines Handelns erkennbar war, sich damit decken, daß die polizeilichen Überwachungsorgane gegen sein Verhalten nicht eingeschritten sind (RG JW 09, 432[40]); noch weniger kann er sich auf eine Übung der beteiligten Kreise berufen, vermöge deren eine behördliche Sicherheitseinrichtung unbeachtet geblieben ist (RG 23. 1. 13 VI 405/12). Besonders verkehrsgefährliche Handlungen verlangen eine erhöhte Sorgfalt (RG JW 06, 681[2]; 08 S. 106[3] u. 405[7]; Warn 08 Nr 310 u. a.). Hierher gehören die Gefahren der Luftschiffahrt. Eine Gefährdungshaftung besteht für Beschädigungen durch diese zur Zeit noch nicht; wegen der großen Gefahren, die sie für Dritte mit sich bringt, ist aber eine besonders große Vorsicht und Sorgfalt zu verlangen; diese ist gewahrt, wenn alle bisherigen Erfahrungen achtsam benutzt sind (RG 78, 171; Warn 1914 Nr. 142). Eine besonders erhöhte Sorgfalt, eine überlegene gesammelte Aufmerksamkeit fordert für den Entlastungsbeweis des Kraftfahrzeughalters als „jede nach den Umständen des Falles gebotene Sorgfalt" aus diesem Gesichtspunkte § 7 Abs 2 KraftFahrG, vgl. dazu RG Warn 1915 Nr 294 und die dort angezogenen weiteren Entscheidungen; sowie ferner RG 86, 149; 92, 38; Warn 1917 Nr 215 u. 1919 Nr 15. Anderseits kann der Unternehmer einer Einrichtung, mit deren in jedermanns Belieben gestellter Benutzung gewisse Gefahren notwendig verbunden sind, ja im Sportinteresse geradezu geschaffen werden (Sportplätze, Rennbahn, Reitbahn), in den Grenzen dieser von allen Benützern erkannten und gewollten Gefahr nicht für einen eingetretenen Schaden verantwortlich gemacht werden (RG JW 05 S. 46[13] u. 528[8]). Das Bestehenlassen eines an sich unbedeutenden Mangels einer Einrichtung, der sich bisher als verkehrsgefährlich nicht erwiesen hat, die Anordnung einer alltäglichen, an sich ungefährlichen Verrichtung ohne besondere Weisung und Warnung stellen kein Fahrlässigkeitsverschulden dar (RG JW 1914, 678[6]; Warn 08 Nr 213; 09 Nr 209); doch kann die fortdauernde Verwendung alter Verkehrsgegenstände mit fehlerhaften überholten Einrichtungen dann als schuldhaft angesehen werden, wenn die Beseitigung der Mängel ohne erhebliche Kosten und Schwierigkeiten erreicht werden konnte (RG JW 1916, 586[12]). Kein Fahrlässigkeitsverschulden ist ferner das Nichterkennen dem Auge sich verbergender und bei gewöhnlichen Aufsichtshandlungen nicht wahrnehmbarer Mängel (RG JW 06, 546[12]). Ein unrichtiges Verhalten in einer Zwangslage, die raschen Entschluß und tatkräftiges Handeln erfordert, kann dem Handelnden als Verschulden nur angerechnet werden, wenn er dabei ohne jede Vorsicht und Überlegung verfahren ist (RG 86, 149; 92, 38; JW 04, 287[7]; 05, 528[8]; 07, 678[8]; 1911, 982[17]). Ein entschuldbarer, nicht selbst durch Fahrlässigkeit verschuldeter Irrtum endlich, sei er Rechtsirrtum, sei er tatsächlichen Inhalts, schließt jedes Fahrlässigkeitsverschulden aus (RG 68 S. 431 u. 437; 73, 337; JW 06, 711[6]; 07, 251[12]); doch wird ein Rechtsirrtum nur unter besonderen Umständen als entschuldbar anzuerkennen sein (RG 73, 333; JW 07, 251[12]; 1912, 26[6]; 1913, 373[5]; 1915, 511[10]; Warn 1911 Nr 268; Gruch 55, 357). Die Beweislast, daß die auf Ersatz eines Schadens in Anspruch genommene Person durch ihr Verschulden den Schaden verursacht habe, trifft den Kläger. Hat dieser aber einen ordnungswidrigen Zustand nachgewiesen, der die tatsächliche Folgerung rechtfertigt, daß nur eine Versäumung der Verkehrssorgfalt ihn herbeigeführt haben kann, so muß der Sorgfaltspflichtige seinerseits den Beweis übernehmen, daß er seiner Verkehrspflicht genügt habe (RG 53, 276; 89, 136; 95, 68; 97, 116; JW 04, 486[9]; 08, 543[1]; 1912, 348[14]; 1913, 923[10]; 1919, 505[12]; Warn 08 Nr 183; 1910 Nr 278; 1915 Nr 18; 1916 Nr 125; 1917 Nr 242; 1920 Nr 12; LZ 1918, 378[10]; 1919 S. 245[9] u. 531[6]). Die juristische Person hat in solchem Falle darzutun, daß keinen ihrer Vertreter ein Verschulden trifft, daß insbesondere auch sachgemäße Vorschriften und die gehörige Aufsicht ihrer Erfüllung nicht vernachlässigt worden sind (RG JW 1913, 923[10]; Warn 1916 Nr 125; 1919 Nr 89 u. 187). Ein gelegentliches, formell zwar erlassenes, aber tatsächlich nicht beachtetes und aufrechterhaltenes Verbot mißbräuchlicher Übungen befreit nicht von der Verantwortung dafür (RG Warn 1917 Nr 240; LZ 1918, 378[10]).

4. Das Rechtsgut des **Lebens** kann nur durch seine Zerstörung, durch Tötung, verletzt werden. Tötung ist hier jede Handlung, durch die der Tod eines Menschen unmittelbar oder mittelbar herbeigeführt wird, auch wenn er nur die tatsächliche, von dem Handelnden nicht voraussehbare und nicht verschuldete Folge einer schuldhaften Verletzung des Körpers oder der Gesundheit ist (RG 66, 251; 69, 340; JW 07, 514[14]). Die Voraussehbarkeit, die zur schuldhaften Handlung gehört, muß sich dementsprechend nicht auf die vernichtende Folge für das Leben, sondern nur auf die verletzende Folge für Körper oder Gesundheit des andern erstrecken (RG ebenda sowie 17. 11. 11 III 611/10). Die Einwilligung in die Tötung schließt die Widerrechtlichkeit der Tötungshandlung nicht aus; eine solche Einwilligung in die eigene Tötung verstößt gegen die guten Sitten (RG 66, 306).

5. **Verletzung des Körpers** ist jeder äußere Eingriff in die körperliche Unversehrtheit,

Verletzung der Gesundheit die Verursachung einer Störung der inneren Lebensvorgänge. Der Eingriff in die körperliche Unversehrtheit durch den Arzt, der eine Operation vornimmt (RG 68, 431; JW 07, 505[2]; vgl. oben A 2), sowie die Züchtigung eines Kindes durch den Vater, Lehrer oder Lehrmeister, über die in A 9 zu handeln ist (Widerrechtlichkeit der Handlung), sind an sich Körperverletzungen. Verletzungen der Gesundheit kommen als Folgen schuldhaft falscher ärztlicher Behandlung (RG JW 1911, 449[17]; 1913, 32[20]) oder der Behandlung durch Kurpfuscher (RG Warn 1910 Nr 411), durch Verabfolgung gesundheitsschädlicher Stoffe anstatt eines Genußmittels (RG 97, 116); als Wirkungen körperlicher oder seelischer Einflüsse, wie Ansteckung mit Krankheiten, Erregung von Angst und Schrecken, von seelischen Ängsten (RG 85, 335; Warn 1911 Nr 259; 1915 Nr 12) in Betracht. Auch eine Gesundheitsbeschädigung durch Preßangriffe und Zeitungsartikel ist, sofern der ursächliche Zusammenhang im rechtlichen Sinne dargetan ist (s. Vorbem 5), nicht grundsätzlich abzulehnen. Endlich treten Gesundheitsbeschädigungen als mittelbare Wirkungen von Körperverletzungen (sog. traumatische Neurose) auf; über die durch die Prozeßaufregungen des Schadensersatzstreits ausgelösten Gesundheitsfolgen vgl. Vorbem 5a. Die uneheliche Beiwohnung als solche ist keine Körperverletzung und u. H. (RG 96, 224).

6. **Die Verkehrspflichten** (Anhang zu A 4 und 5). Im täglichen Leben nehmen von allen Ansprüchen aus u. H. diejenigen wegen erlittener Unfälle auf Straßen und in Häusern den breitesten Raum ein. Die in der Rechtsprechung für die Haftung aus solchen entwickelten allgemeinen Leitsätze sind folgende:

a) Wer auf dem ihm gehörigen oder seiner Verfügung unterstehenden Grund und Boden (RG 54, 53; JW 07, 332[9]; Warn 1910 Nr 438) einen Verkehr für Menschen eröffnet, muß auch für die Verkehrssicherheit Sorge tragen; die Zweckbestimmung erzeugt die Verantwortlichkeit (RG a. a. O.; 68, 358; JW 1911 S. 42[28] u. 759[17]; 1913, 736[4]; Warn 1912 Nr 383). Der Satz gilt für Orts- und Landstraßen, für Plätze und Brücken, aber auch für das Innere von Gebäuden, die ihrer Bestimmung nach dem Verkehr von Menschen geöffnet sind. Die Eröffnung des Verkehrs setzt einen Willensakt des Verfügungsberechtigten, vermöge dessen der Grund und Boden dem Verkehrszwecke gewidmet und bestimmt wird, voraus, der aber auch durch stillschweigende Willenserklärung, die in der tatsächlichen Widmung liegt, erfolgen kann (RG a. a. O.; 19. 1. 12 VII 315/11). Der Widmung steht eine bloße freundnachbarliche oder unverbindliche und widerrufliche Duldung nicht gleich; doch kann beim Obwalten eines anerkannten Verkehrsbedürfnisses in der fortgesetzten Duldung die stillschweigende Willenserklärung einer Widmung gefunden werden (RG 54, 53; JW 07, 364[12]; 08, 744[13]; Warn 08 Nr 373; 1911 Nr 117). Daß der Verkehr ein allgemeiner sei, wird nicht erfordert; auch die Eröffnung eines nur beschränkten Verkehrs verpflichtet in dem Umfange, in dem das Grundstück dem Verkehr bestimmt wurde (RG 88, 433; JW 1916, 263[9]; LZ 1918, 44[9]); die Vermietung oder Verpachtung von Räumen zum Zwecke der Benutzung erzeugt dem Mieter oder Pächter und seinen Angehörigen und Dienstleuten gegenüber ohne weiteres die Rechtspflicht, auch für eine sichere Benutzung Sorge zu tragen (vgl. Vorbem 4a; RG Warn 1915 Nr 233 und die vorangeführten Entsch.). Das Maß der anzuwendenden Sorgfalt richtet sich nach der Lebhaftigkeit des Verkehrs und nach den örtlichen Verkehrsverhältnissen, wobei auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unterhaltungspflichtigen in Rücksicht zu ziehen ist; an Landgemeinden und bäuerliche Wirte sind nicht dieselben Anforderungen zu stellen, wie an größere Stadtgemeinden und städtische Hausbesitzer (RG an den vorangeführten Orten; 28. 2. 13 III 398/12). Eine völlige Gefahrenfreiheit gibt es nicht und kann überall nicht verlangt werden (RG 10. 7. 11 VI 393/10 u. 557/10); der Verkehrssicherungspflicht wird genügt, wenn die nach dem jeweiligen Stande der Erfahrungen und der Technik geeignet und genügend erscheinenden Sicherungseinrichtungen getroffen werden, wobei auch eine vernünftige Übung zu berücksichtigen ist. Nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unterhaltungspflichtigen ist zu entscheiden, ob in Straße und Haus die Ersetzung älterer, unvollkommener Einrichtungen durch bessere neuere gefordert werden kann (RG JW 1916, 586[12]; 30. 11. 11 VI 51/11).

b) Nach diesen Grundsätzen haben vor allem die politischen Gemeinden für den verkehrssicheren Zustand der Ortsstraßen einschließlich der Plätze und Brücken zu sorgen; die öffentliche Straße ist für jede erlaubte Verkehrshandlung frei; auf ihre Verkehrssicherheit darf gerechnet werden (RG 89, 136; 95, 154; JW 03 Beil Nr 137 u. 241; 04, 232[2]; 05, 199[6]; 06 S. 378[4], 539[4] u. 746[17]; 08, 715[11]; 09, 161[8]; 1910, 618[10]; 1911, 759[17]; 1915, 395[7]; Warn 08 Nr 630; 09 Nr 264; 1910 Nr 438). Maßgebend für die Bestimmung, wann eine Straße dem öffentlichen Verkehr übergeben ist, ist vor allem der Zusammenhang ihrer Anbauten (RG 48, 297; JW 09, 161[8]); eine völlige Bebauung ist nicht erforderlich; der Einzelfall entscheidet, ob eine Widmung für den öffentlichen Verkehr stattgehabt hat; jeder Fürsorge kann sich aber auch bei einer noch unfertigen Straße die Gemeinde nicht entschlagen, nachdem sie die Errichtung von Wohnhäusern an ihr genehmigt und die Ingebrauchnahme der fertiggestellten zugelassen hat (RG a. a. O.); auch nicht angebaute Wege sind je nach den Umständen verkehrs-

sicher zu erhalten, wenn sie eine notwendige oder vom Verkehr regelmäßig benutzte Verbindung zwischen mehreren Ortsteilen oder Straßen darstellen (RG JW 1910, 618[10]; Warn 08 Nr 373). Die Verkehrssicherungspflicht begreift die Instandhaltung des Pflasters oder sonstigen Belags (RG JW 03 Beil Nr 241; 04, 232[2]; 06, 378[4]; 1910, 618[10]; 1911, 759[17]); kleine Unebenheiten sind indessen nicht zu vermeiden und begründen noch kein Verschulden (RG JW 04, 232[2]; 06, 378[4]; 3. 11. 11 III 572/10). Die Verkehrssicherungspflicht erstreckt sich ferner auf die Anbringung von Geländern oder sonstigen Verwahrungen an Brücken und Abhängen (RG 55, 24; JW 1911, 446[9]; 759[17]; 1912, 864[23]; Warn 1910 Nr 5 u. 438; 8. 10. 06 VI 40/06), die aber wegfällt, soweit der Zweck einer Anlage (Hafenkai) eine Sicherung nicht gestattet (RG JW 05, 340[10]); auf die Beleuchtung vom Eintritt der Dunkelheit bis zum Aufhören des regelmäßigen Verkehrs (RG 54, 53; 55, 24; JW 05, 199[1]; 1911, 759[17]; über die Beleuchtung wenig begangener Wege s. RG JW 08, 744[13]), auf das Bestreuen der Bürgersteige und Straßenübergänge mit abstumpfenden Stoffen bei Glatteis oder Schneeglätte (RG 54, 53; JW 1910, 618[10]; 1911 S. 583[25], 759[17]; 1912, 194[15]; Warn 08 Nr 47; 09 Nr 264; 1913 Nr 318), soweit die Verpflichtung hierzu nicht rechtsgültig durch Observanzen, Ortsstatut oder Polizeiverordnungen den Anliegern auferlegt worden ist (RG 52, 423; JW 04, 470[8]; 07, 251[12]; 1910, 152[16]; Warn 09 Nr 264 u. 476; über Observanzbildung in Preußen RG 52, 423; 76, 113; JW 1910 S. 662[30] u. 944[25]; 1910, 1012[33]; 1911, 323[16]; Warn 1912 Nr 23; Gruch 55, 97; die Entscheidungen RG 76, 164; JW 1911 S. 649[20], 980[23] u. 1015[8]; 1912, 864[22]; 1913, 91[8]; 1914, 244[6], die für Preußen die Gültigkeit der die Streupflicht festsetzenden Polizeiverordnungen auch ohne Grundlage einer Observanz anerkannten, haben durch das seit dem 1. April 1913 geltende preuß. Ges. über die Reinigung öffentlicher Wege vom 1. Juli 1912 (GS S. 187) ihre Bedeutung verloren; vgl. darüber RG 87, 159; Warn 1918 Nr 106. Das Maß und die Wiederholung des Streuens richtet sich nach dem Bedürfnisse des Verkehrs; ein erhöhtes Maß gilt bei besonders regem Verkehr, wie an Markttagen (RG 12. 10. 08 VI 535/07; 3. 7. 11 VI 567/10), ein vermindertes Maß für Streuen wie für Beleuchtung in ländlichen Gemeinden (RG JW 1913, 859[5]; Warn 1915 Nr 18; 29. 9. 04 VI 10/04; 11. 6. 08 VI 466/07; 3. 7. 11 VI 567/10). Da die Gemeinden mit ihrem Personal nicht gleichzeitig in allen Teilen des Ortes zum Streuen im Bedarfsfalle zur Stelle sein können, ist ihnen für die Ausführung nach Eintritt des Glatteises oder nach Aufhören des Schneefalls ein angemessener Zeitraum offenzulassen, der bei der den Anliegern obliegenden Streupflicht geringer zu bemessen ist (RG JW 1911, 583[25]; 1912, 194[15]). Die Übertragung der Streupflicht auf private Reinigungsinstitute befreit nicht von eigener Sorgfalt (RG Warn 1918 Nr 106; Gruch 54, 977). Auf Straßendämme ist die Streupflicht nicht allgemein zu erstrecken; nur belebte und unerläßliche Straßenübergänge sind gleich den Bürgersteigen zu bestreuen (RG JW 1913, 859[5]). Die Verkehrssicherungspflicht der Gemeinden begreift weiter die Anordnung von Sicherungsmaßregeln bei der Vornahme öffentlicher Arbeiten (Neupflasterung, Anlage von Kanälen und Leitungen), die die Gemeinden nicht auf die Unternehmer der Arbeiten abwälzen können; auch wo diese die Ausführung der Sicherheitsvorkehrungen vertragsmäßig übernommen haben, müssen die Gemeindeverwaltungen sich selbst darum kümmern (RG JW 05 S. 284[8] u. 486[4]; 06, 539[1]; 1913, 642[7]; 1915, 395[7]; Warn 08 Nr 630; 1911 Nr 180; LZ 1917, 1067[10]; 1919, 245[9]). Eine nur beschränkte Verkehrssicherungspflicht für Beleuchtung wie für Streuen besteht bei lediglich den Spaziergängern dienenden Lustwegen, sowie bei nur den Verkehr erleichternden Verbindungswegen: sie brauchen nicht bei jedem Wetter und zu jeder Jahreszeit geschützt zu werden (RG JW 00, 164[38]; 1910, 618[10]; 14. 1. 07 VI 196/06). Über die Verkehrsfürsorgepflicht der Gemeinden auf Gemeindefriedhöfen vgl. RG JW 1911, 981[14]; in städtischen Badeanstalten und Badeanlagen RG JW 1911, 42[28]; Warn 1913 Nr 133; der Eisenbahnverwaltungen bei Zugängen zum Bahnhof RG 53 S. 53 u. 276; 55, 335; JW 08, 715[11]; Warn 1917 Nr 242; 1919 Nr 187; zum Zuge JW 1915, 703[8]; der Kirchengemeinden auf Kirchenvorplätzen RG JW 09, 218[5]; 1910, 944[23]; endlich des Staates oder der größeren Kommunalverbände bei öffentlichen Landstraßen und auf öffentlichen Wasserstraßen RG 62, 31; 68, 358; JW 1911, 759[17]; 1915, 1119[4]; Warn 1912 Nr 383; Kanalunterhaltungspflicht durch den Eisenbahnfiskus, der für seine Zwecke den den öffentlichen Weg kreuzenden und bei mangelhafter Unterhaltung dessen Verkehrssicherheit gefährdenden Kanal angelegt hatte, RG LZ 1920, 233[1].

c) Auch der Privatmann, der durch Vermietung seines Hauses einen größeren oder, wenn er es allein bewohnt, damit einen kleineren Verkehr für andere zu dem Hause und in ihm eröffnet, übernimmt dadurch Verkehrspflichten. Er muß, mag er selbst im Hause wohnen oder nicht, die Flure und Treppen, wie die Zugänge zu dem Hause (RG JW 1911, 446[9]; Warn 1910 Nr 438) in verkehrssicherem Zustande erhalten (RG 74, 124; 90, 408; JW 05, 80[20]; 1912, 142[19]; 1913, 917[2]; 1914 S. 677[5] u. 678[6]; Warn 1919 Nr 33); sie in den Verkehrsstunden des Abends beleuchten (RG JW 06, 110[8]; 09, 415[11]; 1912, 142[19]; 1914 S. 677[5] u. 678[6]); Kellereingänge, die gefährlich werden können, verwahren und Kellertüren, die mit Wohnungseingängen

verwechselt werden können, verschlossen halten oder wenigstens deutlich kenntlich machen (RG JW 06 S. 710[5] u. 738[6]; Warn 08 Nr 309; 1910 Nr 329; LZ 1920, 566[4]; 1. 11. 11 III 552/10), die äußeren Zugänge zu den Räumen, wie Vorgartenwege, Vortreppen, Wege über den Hof beim Vermieten von Hintergebäuden, unter Umständen auch Teile des Hausflures, bei Winterglätte bestreuen (RG JW 1912, 194[15]; 3. 1. 10 VI 158/09). Die Mietsräume selbst sind dem Mieter nicht nur für seine Person zur Benutzung eingeräumt, sondern auch allen Angehörigen seines Hauswesens; ganz abgesehen vom Vertrage, aber kraft allgemeiner Verpflichtung hat daher der Vermieter auch den Mitgliedern des Hausstandes des Mieters für den verkehrssicheren Zustand der dem Verkehr übergebenen Räume einzustehen (RG JW 1910 S. 282[9] u. 1003[13]). Für die Eigentümerin, die mit ihrem Ehemann in gesetzlichem Güterstande lebt, hat diese Verkehrspflichten nach § 1363 der Ehemann zu erfüllen (RG JW 09, 415[11]); dasselbe gilt nach §§ 1443, 1519 bei gütergemeinschaftlicher Ehe. Die Verpflichtungen des Hauseigentümers gehen auf den *Mieter* über, wenn das Haus nicht in einzelnen Teilen oder Stockwerken, sondern im ganzen vermietet ist; denn dann ist es der Mieter, der den Verkehr für sich und seine Familie oder für sein Geschäft eröffnet (RG 68, 161; JW 05, 80[20]). Dem letzteren Falle steht es gleich, wenn bestimmte Teile eines Hauses von dessen allgemeinem Verkehre abgesondert, ausschließlich einzelnen Mietern überlassen sind (RG JW 06, 738[6]). Während danach der Kaufmann und der Gastwirt, die derart gesonderte Miet- oder Pachträume innehaben, der Regel nach Dritten allein haften, wenn es sich um den besonderen durch ihren Gewerbebetrieb bedingten Verkehr handelt (RG LZ 1917, 1068[11]), kann auch neben ihnen der Eigentümer verantwortlich sein, wenn mangelhafte bauliche Einrichtungen zu einer Beschädigung geführt haben (RG 92, 359; 95, 61). Was als Pflicht des bürgerlichen Hausbesitzers anzunehmen ist, gilt in noch höherem Grade für *öffentliche Behörden* in Ansehung ihrer Dienstgebäude und Diensträume, die einem Verkehr nicht nur geöffnet, sondern dafür geradezu bestimmt sind, wie Bahnhofsräume, Postgebäude, Gerichtsgebäude (RG JW 03 Beil Nr 294; 1910, 468[5]; 1911, 450[18]; 1912, 792[7]; Gruch 49, 635; 50, 361). Dahin gehören auch Kirchenräume (RG JW 1911, 182[8]); öffentliche Schlachthäuser (RG JW 1911, 958[36]). Über Theater s. RG Warn 1917 Nr 240; 1918 Nr 52; Erholungsgesellschaftsräume RG JW 1915, 578[12]; Ausstellungsräume (Grenzen der zu erfordernden Sorgfalt RG 96, 96); Eisbahnen (RG JW 1914, 926[12]). Besondere Sorgfaltspflichten treffen, auch abgesehen von dem bereits behandelten Falle der abgesonderten Mietsräume *neben* dem Eigentümer den *Kaufmann* und den *Gastwirt*, die einen allgemeinen Verkehr für ihre besonderen Geschäftszwecke eröffnet haben und deshalb auch als Mieter für die Verkehrssicherheit der Zugänge und der der Allgemeinheit zugänglichen Räumlichkeiten zu sorgen verpflichtet sind (Kaufleute RG 95, 61; JW 09, 493[15]; 1912, 586[6]; 1913, 23[10]; Gastwirte RG 58, 333; 65, 11; 85, 185; 87, 128; 95, 359; JW 05 S. 44[7], 45[9] u. 48[16]; 07, 332[9]; 08, 451[16]; 1910 S. 65[13] u. 281[7]; 1911 S. 40[25] u. 182[7]; 1912 S. 30[14], 530[7], 792[7] u. 793[9]; 1919, 241[7]; Warn 08 Nr 630; 09 Nr 393; 1911 Nr 27 u. 118; 1916 Nr 106 u. 245; LZ 1917 S. 1065[7] u. 1068[11], 1919, 532[7]). Über das Zusammentreffen mit der Vertragshaftung in solchen Fällen s. RG 54, 53; 58, 333; 65, 11; 74, 124; 85, 185; 90, 408; JW 04, 383[4]; 1911 S. 40[25] u. 182[7]; 1912, 142[19]; Warn 08 Nr 640; 1911 Nr 27; 1914 Nr 13; 1916 Nr 245; 1918 Nr 52; 1919 Nr 33, sowie Vorbem 4a). Sorgfaltspflichten besonderer Art treffen ferner die *Unternehmer* von gewerblichen Betrieben und Anlagen, die mit besonderen Gefahren verknüpft sind, namentlich wenn die gefährlichen Teile *Kindern* zugänglich sind (RG JW 06, 547[13]; 08, 745[14]; 1914 S. 758[5] u. 1037[2]; Warn 08 Nr 469 u. 515; 09 Nr 92 u. 205; 1914 Nr 13). *Widerrechtlich* zum Zwecke von Diebstählen und ähnlichen Handlungen eingedrungenen Personen haftet auch der Unternehmer gefährlicher Anlagen nicht wegen Vernachlässigung von Sicherungsmaßregeln (RG LZ 1918, 1577).

d) Diesen Verkehrspflichten, die durch eine Verkehrseröffnung geschaffen werden, treten diejenigen zur Seite, die die *Teilnahme am öffentlichen Verkehr oder dessen Nachbarschaft* erzeugt. Die öffentlichen Verkehrswege sind für die Allgemeinheit da; wer darauf sich bewegt oder sie für seine Zwecke in Benutzung nimmt, muß auf die Allgemeinheit Rücksicht nehmen und Sorge tragen, daß er nicht Gefahren für andere schafft. Der Fuhrherr muß die Fuhrwerke, die er in den öffentlichen Straßen laufen läßt, in ordnungsmäßigem Stande erhalten und den Betrieb dauernd überwachen (RG JW 06, 740[15]; 08, 524[9]; Warn 1917 Nr 87; LZ 1918, 625[19]); der Wagenlenker hat die Pflicht, auf den Verkehr der Straße und seine Wirrungen und Hindernisse sorgsam zu achten und danach seine Fahrbahn und die Geschwindigkeit seiner Fahrt einzurichten (RG JW 05, 492[17]; 06, 465[22]; 1911, 152[8]; 1912, 385[5]; Warn 09 Nr 280; 1910 Nr 328). Die gleiche Verpflichtung trifft natürlich auch den Reiter (RG Warn 09 Nr 94). Aber auch der Fußgänger muß acht geben, daß er nicht durch unvernünftiges Laufen andere Fußgänger anrenne, umstoße und verletze (RG JW 1912, 908[3]). Erhöhte Sorgfalt haben bei den gesteigerten Geschwindigkeitsleistungen ihrer Fahrzeuge und der dadurch bedingten besonderen Gefahr von Zusammenstößen die Radfahrer, namentlich die Kraftradfahrer zu beachten (RG JW 08 S. 106[3] u. 680[12]), vor allem aber die Lenker von *Kraftwagen* (RG 84, 415; JW 06, 681[2]; 08 S. 524[9] u. 678[9]; 1914, 353[5]; 1915, 275[3]; Warn 09 Nr 130; 1914 Nr 68), neben

denen auch die Eigentümer der Kraftwagen als die Geschäftsherren der Wagenführer, wenn sie im Wagen sitzen, die Gefahr erkannt haben oder hätten erkennen müssen und in der Lage waren, sie abzuwenden, verantwortlich sein können (RG JW 05, 287[11]; 08, 405[7]; 09, 276[11]; 1910 S. 105[3] u. 148[12]; 1911 S. 40[26] u. 218[22]; Warn 1913 Nr 209; 1915 Nr. 19 u. 151; 1917 Nr 28). Den Verkehr mit Kraftfahrzeugen regelt jetzt das RGes. v. 3. 5. 09, RGBl S. 437, das aber in § 16 die weitergehende Haftung nach §§ 823, 831 BGB unberührt läßt. Über Sportfahrten auf öffentlichen Landstraßen s. RG JW 1915, 1119[4]. Die Eisenbahn- und Straßenbahnunternehmer haften nach BGB, wenn sie in ihren Vertretern ein wirkliches oder (§ 831) vermutetes Verschulden trifft (vgl. RG JW 1911, 324[17]; Warn 1919 Nr 199: Mangel an Aufsichtspersonal, zu ausgedehnter Verkauf von Bahnsteigkarten). Über die Pflicht der Eisenbahnverwaltungen, an Wegeübergängen, wo es der Verkehr erfordert, Schranken anzubringen s. RG Warn 1910 Nr 57. — Den Hauseigentümern und den Bauunternehmern, die an der öffentlichen Straße Bauarbeiten oder sonstige den Verkehr beeinträchtigende Arbeiten ausführen lassen, obliegt die Pflicht, Vorkehrungen zur Sicherung des Verkehrs zu treffen: für gefahrlose Beschaffenheit der Baugerüste (RG JW 07, 10[11]; LZ 1918, 624[18])), für Schutzmaßregeln bei Dachausbesserungen (RG JW 05, 20[20]; 07, 673[7]; 1910, 747[4]; Warn 1919 Nr 169) Sorge zu tragen. Der Hausbesitzer ist aber regelmäßig gedeckt, wenn er die Arbeit einem als zuverlässig geltenden Handwerksmeister übertragen hatte (RG JW 1910, 747[4]; vgl. unter e). Ebenso haften Grundstückseigentümer und Bauunternehmer für Schaden, wenn sie Gegenstände an der Straße aufstellen, die durch Umfallen gefährlich werden können (RG 59, 203; Warn 1910 Nr 330), oder Wagen zur Nachtzeit unbeleuchtet auf den Straßen stehen lassen (RG JW 09, 134[8]). Die zu b behandelte Verkehrssicherungspflicht der Gemeinden betrifft den Zustand der in ihrem Eigentum stehenden oder ihrer Verfügung unterstehenden öffentlichen Straßen, Plätze und Brücken, nicht aber das Tun und Treiben der auf der Straße verkehrenden Menschen. Gegen ein verkehrsgefährliches Verhalten einzelner Personen auf der Straße einzuschreiten, ist nicht Sache der Gemeinden als solcher, sondern der Ortspolizeibehörde, die allerdings vielfach mit der Gemeindeverwaltung verbunden ist (RG JW 1911, 759[17]; 1915, 1119[4]).

e) Die unter a bis d geschilderten Verkehrspflichten werden ergänzt durch eine allgemeine Pflicht der Aufsicht, die die für die Erfüllung verantwortliche Person aufzuwenden hat, wenn sie die Ausführung der Schutzmaßnahmen zur Sicherung des Verkehrs Dritten überläßt. Diese allgemeine Aufsichtspflicht entspricht den menschlichen Verhältnissen; im Staats- und Gemeindeleben wie in Privatbetrieben und im kleinen in der häuslichen Wirtschaft wird das ordnungsmäßige Ineinandergreifen aller Glieder, die pflichtmäßige Erledigung der den einzelnen übertragenen Geschäfte nur durch eine regelmäßige Aufsichtstätigkeit gewährleistet. Diese Aufsicht fällt nicht zusammen mit der in § 831 als Pflicht des Geschäftsherrn erwähnten Leitung einer Verrichtung, also der einzelnen Arbeitsleistung eines Angestellten (vgl. über den Unterschied beider Begriffe RG 53 S. 53 u. 276; JW 02 Beil Nr 75; 03 Beil Nr 21; 06 S. 547[21] u. 745[16]; 07, 674[9]; 1910, 11[14]; 1911 S. 95[20] u. 218[22], 487[9]; Warn 08 Nr 184; 1910 Nr 19; 1915 Nr 124). Sie ist eine allgemeine, fortlaufende Überwachungstätigkeit, deren Maß und Umfang sich nach den Umständen zu richten hat und die bald eine regelmäßige Kontrolle, bald nur ein gelegentliches Nach-dem-Rechten-Sehen erheischt (RG 95, 180; JW 03 Beil Nr 294; 05, 144[24]; 06 S. 113[12] u. 427[13]; 08, 673[1]; 1910, 17[25]; 1911, 95[20]; 1914, 678[6]; 1915, 27[11]; Warn 1911 Nr 260; 1914 Nr 35; 1916 Nr 125; 1918 Nr 168; 1919 Nr 13 u. 36; LZ 1918, S. 369[1] u. 625[19]), aber niemals ganz entbehrt werden kann, und deren Versäumung den Aufsichtspflichtigen für den einzelnen Fall eines durch seine Leute angerichteten Schadens mittelbar verantwortlich macht, wenn anzunehmen ist, daß der Schaden bei ordnungsmäßiger Aufsicht vermieden worden wäre (RG JW 06, 547[13]; 1910, 17[25]; 1911, 487[8]). Gerade die in regelmäßiger Wiederkehr vorzunehmenden Verrichtungen mechanischer Art bedürfen einer gelegentlich auszuübenden aber stetigen Aufsicht (RG JW 1911 S. 487[9] u. 542[17]; 1912, 194[26]), von der auch die Übertragung der Aufsichtstätigkeit auf andere Personen den Geschäftsherrn nicht gänzlich befreit (RG 95, 180; Warn 1912 Nr 164). Der Natur dieser Aufsichtspflicht entspricht es, daß sie nicht erst eintritt, wenn sich Zweifel an der Zuverlässigkeit der Angestellten regen (RG JW 09, 659[10]); wohl aber müssen solche Zweifel die Aufsichtstätigkeit verschärfen (RG 53, 53). Je nach den Umständen begreift die Aufsichtspflicht auch eine Pflicht der Unterweisung für die vorzunehmende Tätigkeit (RG JW 04, 165[3]; 06, 339[20]; 1914, 678[6]; Warn 09 Nr 356; 1910 Nr 204; 1919 Nr 13). Eine Stadtgemeinde kann ihre Obsorge für den Verkehr nicht schlechthin auf den Unternehmer übertragen, den sie mit Straßenbauarbeiten betraut hat (s. oben unter a und RG JW 05, 486[4]; 06, 539[4]; Warn 08 Nr 471 u. 630; 1911 Nr 180); im übrigen besteht einem fachkundigen Unternehmer gegenüber eine weitere Aufsichtspflicht nur unter besonderen Umständen, wenn mit den ihm übertragenen Arbeiten besondere Verkehrsgefahren verknüpft sind, die auch von dem Nichtfachmann erkannt und abgestellt werden können (RG 76, 260; 90, 408; JW 08, 269[1]; Warn 08 Nr 471 u. 630; 09 Nr 407; 1919; Nr 169), oder wenn er erfahren hat, daß der Unternehmer die Sicherheitsmaßregeln vernachlässigt (RG 12. 5. 11

VI 399/10, 4. 1. 12 VI 146/11). Ein Bauunternehmer kann wiederum, ohne eine weitere besondere Aufsicht betätigen zu müssen, alltägliche, regelmäßig vorkommende Arbeiten einschließlich der zum Schutze des Verkehrs erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen einem tüchtigen Polier überlassen; nur bei außergewöhnlichen und besondere Vorsicht heischenden Umständen muß er ihm Anweisung erteilen und nach dem Rechten sehen (RG 59, 203; JW 06, 113[12]; 1910, 111[12]; 1913, 33[22]; Warn 08 Nr 212). Ähnliches gilt gegenüber den Angestellten von Zweigniederlassungen eines größeren Geschäfts (RG JW 1913, 23[10]). Die Beweispflicht, daß der Beklagte seine Aufsichtspflichten verletzt habe, trifft an sich den Beschädigten; ist aber ein ordnungswidriger Zustand von längerer Dauer nachgewiesen, der zunächst nur in der Versäumung der allgemeinen Aufsicht seine Erklärung findet, und bei gehöriger Überwachung der Wahrnehmung des Aufsichtspflichtigen nicht hätte entgehen können, so ist es Sache des Beklagten, darzutun, daß die Verletzung ohne sein Verschulden erfolgte und er seiner Aufsichtspflicht genügt habe (RG 53, 276; JW 06, 378[4]; 1910 S. 37[60] u. 333[9]; 1911, 95[20]; Warn 08 Nr 183; 09 Nr 208; 1912 Nr 383; 1916 Nr 125; LZ 1918, 369[1]).

f) Endlich muß nach heutiger Rechtsanschauung jeder, der einer selbständigen Wirtschaft vorsteht, für verpflichtet gelten, bei der Regelung der auf die Außenwelt wirkenden Angelegenheiten des täglichen Lebens auf fremde Rechtsgüter Rücksicht zu nehmen und sein Verhalten so einzurichten, daß dabei Verletzungen anderer möglichst vermieden werden. Er muß Sorgfalt darauf verwenden, daß die Personen seines Hausstandes, auch soweit eine Aufsichtspflicht nach § 832 nicht begründet ist, aber eine Verfügungsmacht über sie ihm zukommt, nicht Dritte verletzen können (Ansteckung durch kranke Hausgenossen; Schaden, den geisteskranke Angehörige anrichten RG 70, 48; 92, 125; Haftung für einen Angestellten, der infolge von Geisteskrankheit einen andern getötet hat RG JW 1910, 652[10]), und daß auch seine Eigentumsgegenstände nicht anderen gefährlich werden (RG 52, 373; 54, 53; 89, 120; JW 05, 370[10]; 1914, 757[1]; Warn 08 Nr 374; 1918 Nr 117 u. 168). Daß durch an sich ungefährliche Eigentumsgegenstände Dritte (auch Kinder) bei besonders unvorsichtiger und unvernünftiger Handhabung sich verletzen können, begründet für ihren Eigentümer jedoch eine Schadensersatzpflicht nicht (RG JW 09, 461[18]; Warn 09 Nr 205; 1. 3. 13 VI 492/12). Die Anwendung des Satzes im einzelnen ist wesentlich von den tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen zwischen dem Besitzer der Sache und dem Dritten abhängig (RG 81, 216).

7. Unter **Verletzung der Freiheit** sind im Sinne des § 823 Abs 1 nicht alle Beeinflussungen der freien Selbstbestimmung eines Menschen zu verstehen, zu denen der Handelnde kein besonderes Recht hat (so Staudinger A II A 2c; Dernburg Bd 2[2] § 390 II), insbesondere nicht die Verfolgung der eigenen Interessen im Widerstreit mit dem Willen des andern und mit dem vorausgesehenen Erfolge, daß dadurch das Gebiet der freien wirtschaftlichen Betätigung des andern eingeschränkt wird. Der Begriff muß vielmehr auf Aufhebung der Freiheit durch körperlichen oder geistigen Zwang, Anwendung von Gewalt oder den Willen beugender Drohung eingeschränkt werden. Es fällt darunter die Entziehung der körperlichen Bewegungsfreiheit, sowie die Nötigung zu einer Handlung durch Gewalt oder Bedrohung (RG 48 S. 114 u. 123; 58, 24; JW 08, 679[11]); ferner die Unterbringung einer Person in einer Irrenanstalt gegen ihren und ihrer gesetzlichen Vertreter Willen (RG JW 1910, 753[13]). Weiter geht RG 97, 343, indem es die Frage, ob eine unkörperliche Einwirkung auf die freie Willensbetätigung unter den Begriff der Freiheitsverletzung fällt, der Würdigung des Einzelfalles überweist. Gegen vorsätzliche Handlungen ist ein Schutz der Person bereits durch die §§ 234—241 in Verbindung mit § 823 Abs 2 gegeben; Abs 1 erweitert diesen Schutz auf fahrlässig verursachte Entziehungen der Freiheit (Einschließung von Bergarbeitern durch Einsturz eines kunstwidrig angelegten Schachtes oder Stollens).

8. Das **Eigentum** wird verletzt durch Zerstörung oder Beschädigung, aber auch durch dauernde oder vorübergehende Entziehung der Sache, die der Gegenstand des Eigentumsrechts ist. Die Verletzung kann durch tatsächliche Einwirkung auf die fremde Sache oder durch rechtliche Verfügung darüber, auch unter Zuhilfenahme behördlichen Zwanges (Pfändung und Zwangsvollstreckungsverkauf) erfolgen. Nicht unter § 823 fallen Verletzungen des Eigentumsanspruchs auf Herausgabe der Sache gegen den Besitzer; die Beziehungen zwischen Eigentümer und Besitzer sind in den §§ 989—993 besonders geordnet; nur verbotene Eigenmacht oder strafbare Handlung (§ 992) machen den Besitzer dem Eigentümer gegenüber aus u. H. haftbar (RG 56, 313; 72, 192; JW 1910, 110[10]). Eigentumsverletzungen durch Beschädigung sind die Beeinträchtigungen nach §§ 906, 1004 (RG 60, 130; JW 04, 360[16]), deren Abwehr nach Maßgabe der angezogenen Bestimmungen durch die Eigentumsfreiheitsklage erfolgt, während ein Schadensersatzanspruch daraus nur nach Maßgabe des § 823 gegeben ist (RG JW 04, 360[16]; Warn 1911 Nr 405). Wenn dem Eigentümer die Befugnis fehlt, den widerrechtlichen Eingriff selbst abzuwehren (§ 26 GewO), steht ihm ein Schadensersatzanspruch daraus jedoch auch ohne Verschulden des Störers zu (RG 58, 130; 63, 374; 70, 150; 81, 216; 86, 232; 93, 100; JW 04, 360[16]; 05, 503[36]; 06, 554[24]; 07, 299[1]; 1910, 580[15]; Warn 1911 Nr 331, 404 u. 405; 1912 Nr 342; 1914 Nr 89; 1915 Nr 81 u. 141; 1918 Nr. 55; vgl. Vorbem. 1

am Schlusse). Eine Beschädigung der Eigentumssache durch Verunstaltung behandelt RG JW 09, 275[9], durch Seuchenansteckung von Pferden infolge vernachlässigter Absperrung RG JW 08, 543[1], die Beschädigung eines Gebäudes durch ungenügende Sicherheitsvorkehrungen bei Kanalisationsbauten und Vertiefungsarbeiten auf dem Nachbargrundstück RG JW 08, 269[1]; 1910, 330[3]; Warn 1911 Nr 405; durch vorsätzliche Wegnahme eingebauter und dadurch zum Bestandteil des Gebäudes gewordener Baustoffe RG 73, 333; Warn 1910 Nr 403; Beschädigung von Dampfkesseln und in einer Fabrik zu verarbeitenden Stoffen durch Zuführung verunreinigten Wassers RG Warn 1910 Nr 420. Eine Gefährdung (feuergefährlicher Gewerbebetrieb auf dem Nachbargrundstück) ist noch keine Beschädigung (RG 50, 225). Keine Verletzung des Eigentums, weil keine rechtswidrige Einwirkung auf dessen Gegenstand, die Sache, ist der Bordellbetrieb auf einem Nachbargrundstück (RG 57, 239; a. M. Oertmann A 3a), der jedoch aus dem Gesichtspunkte des § 826 als gegen den Nachbar begangene u. H. betrachtet werden kann (vgl. § 826 A 5i). Keine Beschädigung des Eigentums, weil bloßes Vertragsunrecht, ist die Lieferung schlechter Baustoffe für das im Bau begriffene Haus des Eigentümers (RG JW 05, 367[6]). Verletzungen des Eigentums durch Entziehung der Sache sind Diebstahl und Unterschlagung, die zugleich u. H. nach Maßgabe des Abs 2 darstellen, sowie jede rechtswidrige Wegnahme (RG 57, 138); Wegnahme von Sachen unter dem Titel eines in Wahrheit nicht begründeten Pfandrechts, sowie die gesetzwidrig vorgenommene Veräußerung von Pfandstücken (RG 77, 201). Die wider den Willen des Verkäufers erfolgte Inbesitznahme verkaufter Ware durch den Käufer kann eine Verletzung des Eigentums des ersteren darstellen (RG LZ 1918, 258[9]). Die im guten Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs (§ 892) erfolgte Belastung eines Grundstücks mit Hypotheken und anderen Rechten ist mit Rücksicht auf den Schutz des Grundbuchs keine widerrechtliche Verletzung des Eigentums des wahren, nicht eingetragenen Eigentümers (RG 85, 61; 90, 395). Eine schuldhaft unrichtige Auskunft über einen Handlungsgehilfen verursacht die Eigentumsverletzung nicht, die der letztere nachher durch Unterschlagung dem Anfragenden gegenüber begeht (RG JW 05, 369[8] dahingestellt gelassen); der ursächliche Zusammenhang reicht hier nur für eine Vermögensbeschädigung im allgemeinen aus, für die bei wissentlich falsch erteilter Auskunft wiederum § 826 Schutz bietet (vgl. § 826 A 5h). Unter die Eigentumsverletzungen durch Entziehung der Sache fallen rechtswidrige Zwangsvollstreckungen in fremdes Eigentum, sofern dem Gläubiger das Nichteigentum des Schuldners bekannt war oder bekannt sein mußte (RG 61, 430). Der Gläubiger ist aber noch nicht im Verschulden, wenn ihm mitgeteilt wird, daß die Pfandstücke einem Dritten gehören; er darf erwarten, daß der Eigentümer die erforderlichen gesetzlichen Schritte nach §§ 769, 771 ZPO ergreift; erst eine Glaubhaftmachung, die dem § 769 ZPO genügt, setzt auch den Gläubiger in Verschulden (RG JW 1911, 978[10]). Eine allgemeine Rechtspflicht, fremdes Eigentum gegen Gefahren zu schützen und es vor Beschädigung und Zerstörung zu bewahren, besteht nicht; die Unterlassung eines solchen Schutzes ist eine u. H. daher nicht, die Verpflichtung zu solchem Schutze kann nur durch ein besonderes Rechtsverhältnis begründet werden und ist nach diesem zu beurteilen (RG 97, 12).

9. Was unter dem **„sonstigen Recht"** des § 823 Abs 1 zu verstehen sei, kann zweifelhaft sein. Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit sind Lebensgüter, aber keine Rechte, und es spricht nichts dafür, daß das BGB sie als solche aufgefaßt habe (a. M. u. a. Staudinger A II A 2e; Gierke Schuldrecht S. 886). Sie sind Lebensgüter, die mit der Persönlichkeit verbunden sind und den allgemeinen Rechtskreis der Person umschreiben, der von jedermann geachtet werden muß. Erst das hinter ihnen in § 823 Abs 1 genannte Eigentum ist ein wirkliches andere ausschließendes Recht, das einer Person zusteht. Da das „sonstige Recht" im Anschluß an das Eigentum genannt wird, ist es begrifflich als ein Recht zu fassen, das mit dem Eigentum den rechtlichen Charakter, mit dem Eigentum und den vorher aufgeführten Rechtsgütern das gemeinsam hat, daß es von jedermann beachtet werden muß. Es sind dies die von der Rechtsordnung besonders ausgestatteten und umschriebenen ausschließlichen Rechte (RG 51, 369; 57, 353; 58, 28; 59, 49; 82, 206; 95, 283), die alle Personen binden und deshalb auch von allen verletzt werden können. Dahin gehören einmal alle dinglichen Rechte, Erbbaurecht, Grundgerechtigkeiten (RG Warn 1911 Nr 331) und persönliche Gerechtigkeiten an Grundstücken, Hypotheken- und andere Pfandrechte (Schadensersatzanspruch der Hypothekengläubiger wegen Verschleuderung oder Entfernung von Zubehör des Pfandgrundstücks RG 69, 85; JW 07, 332[16]; Warn 1911 Nr 268; 1915 Nr 52 u. Nr 118; 1917 Nr 17; ebenso wegen Wegnahme von zum Bestandteil des Grundstücks gewordenen Baustoffen RG 73, 333; Warn 1910 Nr 403). Desgleichen das durch Pfändung und Überweisung von Forderungen begründete Einziehungsrecht (RG 95, 89). Ferner die aus dem Familienverhältnis entspringenden ausschließlichen Rechte des Ehemanns (RG 72, 128; vgl. dazu jedoch Oertmann A 3d γ; zweifelnd Warn 1917 Nr 118) und der Eltern (RG JW 1913, 202[14]); weiter das Namensrecht (§ 12), das Firmenrecht (§§ 17ff., insbes. § 37 HGB; RG JW 1910, 120[31]); die Urheber- (RG 63, 394) und die gewerblichen Erfinderrechte (RG 57, 38) — inwieweit auch vor Erteilung des gesetzlichen Erfinderschutzes,

darüber vgl. RG 77, 81 —, sowie die übrigen gewerblichen Schutzrechte (Musterschutz und Warenzeichen, RG JW 05, 174[15]); weiter die ausschließlichen Aneignungsrechte, das Bergwerkseigentum (RG 72, 303), Jagd- und Fischereirecht (RG JW 39, 429; Warn 1915 Nr 299), sowie Wassergebrauchsrechte; nicht aber das Recht auf den Gemeingebrauch an öffentlichen Sachen oder Gewässern. Der Besitz ist zwar kein Recht, wird aber von der Rechtsordnung gleich einem ausschließlichen Rechte gegen jedermann geschützt und ist deshalb auch im Sinne des § 823 Abs 1 den Rechten anzuschließen (RG 59, 326; 91, 60; Warn 1915 Nr 299). Nicht unter den Begriff des sonstigen Rechtes fallen die Forderungsrechte, die im Gegensatze zu den ausschließlichen Rechten nur die bestimmten Personen binden, die sich selbst gebunden haben und die von dritten Personen gar nicht verletzt werden können (M 2, 727; RG 57 S. 138 u. 353; 82, 189; 95, 283; JW 05, 367[6]; 1912 S. 129[2] u. 135[7]; Warn 08 Nr 46; a. A. teilweise Planck II 1f ε zu § 823). Auch die der Unfallversicherungsgesetzgebung entspringenden Rechte des Verletzten auf Leistungen dieser Versicherung sind nur persönliche Forderungsrechte (RG 95, 283). Das Mietrecht und ebenso das Pachtrecht sind zwar Forderungsrechte im letzteren Sinne; durch die Übertragung des Besitzes an der Mietsache erlangt es aber Dritten gegenüber einen dinglichen ausschließlichen Charakter (RG 59, 326; Warn 1915 Nr 299). Aus demselben Grunde wird von der Rechtsprechung des Reichsgerichts, obgleich diese im übrigen ein allgemeines Persönlichkeitsrecht als Gegenstand des Rechtsschutzes nicht anerkennt (RG 73, 107; JW 1915, 913[3]; Warn 09 Nr 505), der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb als verkörperter Wille im Gegensatze zu der bloßen Freiheit der wirtschaftlichen und gewerblichen Willensbetätigung zu den „sonstigen Rechten" gezählt (RG 48, 114; 56, 271; 58, 24; 64, 52; 65, 210; 92, 132; 94, 248; JW 05, 430[9]; 07, 505[1]; 08 S. 133[1] u. 482[15]; 09, 493[16]; 1915, 913[3]; 1917, 712[1]; Warn 1915 Nr 82; dagegen Planck A II 1f γ). Eine Verletzung dieses eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs als eines Rechtes kann aber nur dann angenommen werden, wenn der Eingriff sich unmittelbar gegen den Bestand des Gewerbebetriebs richtet, sei es, daß die Betriebshandlungen tatsächlich gehindert werden, wie durch Bedrohung oder gewaltsame Abhaltung von Kunden vom Besuch eines boykottierten Geschäfts, oder daß seine rechtliche Zulässigkeit verneint und seine Schließung oder Einschränkung verlangt wird (RG 58, 24; 64, 52; 65, 210; 73 S. 107 u. 253; 76, 35; 77, 217; 79, 224; 92, 132; 94, 248; JW 1915, 913[3]; 1917, 712[9]; Warn 1910 Nr 420; 1912 Nr 428; 1915 Nr 82). Der wirtschaftliche Wettkampf ist, soweit er mit erlaubten Mitteln (s. § 826 A 5n) geführt wird, niemals ein widerrechtlicher Eingriff in den fremden Gewerbebetrieb; die Aussicht auf Erwerb und auf Gewinnung von Kundschaft fällt nicht zusammen mit dem Gewerbebetriebe und ist nicht geschützt (RG 58, 24; 64, 52; 65, 210; 77, 217; 79, 224; 92, 132; JW 07, 251[13]; 09 S. 109[6] u. 493[16]; 1911, 712[12]; 1912, 290[11]; 1915, 913[3]; Warn 09 Nr 505). Die Entscheidungen RG JW 08, 133[1] u. 1911, 760[18], ebenso aus früherer Zeit JW 05, 174[15], wo aber § 824 angewendet ist, gehen anscheinend über die nach dem vorstehenden gezogenen Grenzen hinaus. Die Ausübung des ärztlichen Berufs ist dem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebe nicht gleichzustellen, soweit nicht damit das Unternehmen einer Privatkrankenanstalt zum Zwecke der Gewinnerzielung verbunden ist, das sie zum Gewerbebetriebe macht (RG 64, 155; 94, 109; JW 02 Beil Nr 88; 07, 491[34]; 08, 249[23]; Warn 1912 Nr 108). Die Ehre ist kein Recht, sondern ein Lebensgut gleich Gesundheit und Freiheit; sie wird durch § 823 Abs 2 in Verbindung mit §§ 185 ff. StGB und teilweise durch § 824, nicht als sonstiges Recht nach § 823 Abs 1 geschützt (RG 51, 369; 60, 1; JW 1913, 34[23]). Daß das Vermögen nicht als besonderes Recht oder Rechtsgut unter einen Rechtsschutz gegen Verletzungen gestellt wird, ist A 1 ausgeführt; unter den Begriff eines „sonstigen Rechtes" kann es keinesfalls gebracht werden (RG JW 1915, 913[3]). Die „Arbeitskraft" ist kein Recht und wird es auch nicht durch den Schutz des Reichs nach Art 157 der Verfassung v. 11. 8. 1919; sie ist lediglich die Betätigungsmöglichkeit der Person.

10. Das Merkmal der **Widerrechtlichkeit** der Verletzung bedeutet, wie die Hinzufügung der persönlichen Schuldmerkmale „vorsätzlich oder fahrlässig" deutlich ergibt, die sachliche (objektive) Widerrechtlichkeit (RG 50, 60). Ein Eingriff in einen fremden Rechtskreis ist immer widerrechtlich, wenn ihm nicht eine besondere Befugnis zur Seite steht, oder wenn die Handlung die Grenzen einer vorhandenen Befugnis überschreitet. Über die Grenzen erlaubter Interessenvertretung beim Eingriff in einen fremden Gewerbebetrieb vgl. RG 92, 132 (137). Eine Rechtsverletzung kann auch durch eine Unterlassung begangen werden. Eine Unterlassung kann aber nur widerrechtlich sein, wenn die unterlassene Handlung durch eine Rechtspflicht geboten war (RG 52, 373; 54, 53; JW 03 Beil 39[81]; 05, 370[10]; Warn 08 Nr 374). Das gilt insbesondere für die in A 6 behandelten Verkehrspflichten, und es begründet des weiteren keinen Unterschied, ob die außer acht gelassene Sorgfalt jemandem durch Gesetz oder durch Vertrag auferlegt war. „Wer es einem andern gegenüber vertraglich übernimmt, an dessen Stelle Obliegenheiten zu erfüllen, deren Vernachlässigung geeignet ist, das Leben, den Körper oder die Gesundheit dritter Personen zu verletzen, macht sich einer u. H. im Sinne des § 823 schuldig, wenn er vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, für die Erfüllung jener Obliegen-

heiten zu sorgen.“ So RG JW 06, 59[11] übereinstimmend mit RG 63, 308 und neuerdings Warn 1911 Nr 28 u. 1912 Nr 383; LZ 1917, 1069[13]; 1918, 623[17]; Gruch 55, 970; 17. 3. 10 VI 186/09; vgl. auch RGSt 10, 100. Er kann sich nicht darauf berufen, daß er die Verpflichtung nicht der Allgemeinheit, sondern nur dem Vertragsgegner gegenüber übernommen habe; er hat vielmehr dem anderen Vertragsteil gegenüber eine Pflicht gegen die Allgemeinheit übernommen. Das ist auch der Rechtsstandpunkt der Bestimmungen der §§ 831 Abs 2, 832 Abs 2, 834, 838. — Der Eingriff in den fremden Rechtskreis ist berechtigt, wenn dem Handelnden eine Befugnis, beruhe diese auf dinglichem (unwesentliche Beeinträchtigungen des Eigentums nach § 906), familienrechtlichem oder forderungsrechtlichem, privatrechtlichem oder öffentlichrechtlichem Grunde (Freiheitsentziehungen, Eigentumsverletzungen durch Amtspersonen in Ausübung ihres Amtes), zur Seite steht (vgl. RG 81, 216; Militärhoheitsrecht Warn 1915 Nr 255, 1919 Nr 1). Unter diesen Gesichtspunkt gehört das Recht der körperlichen Züchtigung unerwachsener Personen. Nach Reichsrecht steht ein Züchtigungsrecht den Eltern (§§ 1631, 1684—1686), dem Vormunde (§ 1800), sowie dem gewerblichen Lehrmeister (§ 127a RGewO) zu, nicht dem Dienstherrn gegen das Gesinde (Art 95 Abs 3 EG), nicht dem Ehemanne gegen die Ehefrau. Ob ein Züchtigungsrecht des Lehrers begründet ist, richtet sich nach Landesrecht (aus der Rechtsprechung: RGSt 2, 10; 5, 193; 9, 302; 15, 376; 16, 34; 19, 265; 20, 93; 22, 264; 23, 161; 26, 142; 28, 85; 30, 126; 31, 267; 33, 72; 34 S. 95 u. 118; 35, 182; 40, 132; 41, 98; 42 S. 142 u. 221; 45, 1; RG JW 06, 85[4]; 1916, 189[7]; Warn 1912 Nr 163; für Zwangserziehungsanstalten vgl. Art 135 EG mit RGSt 40, 91 u. 42, 347). Über das Recht des Waffengebrauchs der Polizeibeamten vgl. RG JW 06, 745[15]. Notwehr (§ 227; die Beweislast der Notwehr trifft den, der sich darauf beruft, RG JW 03 Beil Nr 125; 05, 14[6];, 07, 138[20]; Gruch 51, 907), ein Notstand (§ 228) oder erlaubte Selbsthilfe (§§ 229, 230, 859) schließen die Widerrechtlichkeit der Handlung aus. Überschreitung der Notwehr ist widerrechtlich, wenn sie verschuldet ist (RG JW 02 Beil 192; JW 1911 S. 578[12] u. 578[16]). Auch die Ausübung der Festnahmebefugnis des § 127 StPO schließt die Widerrechtlichkeit der Handlung aus (RG 64, 385). Daß der Verletzte in einem unerlaubten Handeln begriffen ist, berührt selbstverständlich die Widerrechtlichkeit der Schädigung nicht (RG Warn 1910 Nr 420). Die Einwilligung des Verletzten macht die Handlung zu einer befugten, wenn dem Einwilligenden über das verletzte Rechtsgut nach sittlicher Anschauung die Verfügungsmacht zustand; wo dies nicht der Fall ist, verstößt die Einwilligung gegen die guten Sitten und hebt die Widerrechtlichkeit der Handlung nicht auf (RG 66, 306). Unsittlich ist die Einwilligung in die eigene Tötung, Verstümmelung, Gesundheitsbeschädigung, Freiheitsberaubung; unbedenklich, aber nötig, um der Handlung die Widerrechtlichkeit zu nehmen, die Einwilligung in eine ärztliche Operation (RG 68, 431; 88, 433; JW 07, 505[2]; 1911, 748[2]; Warn 1911 Nr 431); unbedenklich die Einwilligung in Verletzungen des Eigentums (vgl. RG JW 05, 493[18]); unbedenklich sind endlich Abmachungen über die Übernahme der Gefahren für Körper, Gesundheit, Eigentum, die aus einer eigenen oder der Tätigkeit eines anderen hervorgehen können und die nicht eine Einwilligung in die Verletzung, sondern nur einen Verzicht auf Schadensersatzansprüche daraus darstellen (vgl. darüber Vorbem 4b). — Die Beweislast für die Widerrechtlichkeit der Handlung trifft ebenso wie für das Verschulden des Täters an und für sich den Beschädigten. Doch ist die Rechtsverletzung selbst von vornherein widerrechtlich und deshalb sind die Umstände, die sie nach der besonderen Sachlage berechtigt erscheinen lassen, besonderes Recht, Notwehr, Notstand, erlaubte Selbsthilfe, Einwilligung, von dem Täter nachzuweisen; für Notwehr, Notstand und Selbsthilfe ist dies im Gesetze selbst ausgesprochen. Anderseits muß bei einer in Ausübung eines Amtes vorgenommenen Handlung (des Lehrers, des Polizeibeamten; vgl. RG JW 06, 746[15]) die Widerrechtlichkeit besonders nachgewiesen werden, sofern nicht die Art der Rechtsverletzung eine Überschreitung der amtlichen Befugnisse von vornherein außer Zweifel stellt.

11. Der **Ersatzberechtigte** ist nur der unmittelbar Verletzte (RG 57, 353; 80, 48; 82, 189; 92 S. 401 u. 404; 97, 89). Das gilt auch im Falle des § 823 Abs 2 (RG 73, 30; 82, 189; 92, 404; 97, 89; Warn 1911 Nr 372). Schadensersatzansprüche dritter Personen aus einer gegen einen anderen begangenen u. H. sind nur in den Fällen der §§ 844, 845 gegeben, von denen § 844 nicht eigentlich eine Ausnahme von der Regel, sondern eine Ordnung innerhalb der Regel bildet, denn der Schaden der Tötung eines Menschen trifft unmittelbar die Hinterbliebenen (RG 55 S. 24 u. 30; 82, 189; 92, 404; 97, 89). So kann nicht der Theaterdirektor, dessen Unternehmen durch die Körperverletzung eines Künstlers benachteiligt worden ist, und nicht die Versicherungsgesellschaft wegen Tötung des Versicherten gegen den Täter Schadensersatzansprüche erheben, auch nicht eine Witwe den Schaden ersetzt verlangen, der ihr durch den Übergang der Unterhaltspflichten auf sie infolge der Tötung ihres Ehemanns entstanden ist (RG 64, 144; nicht der Dienstherr, der gegen einen durch die u. H. eines Dritten Verletzten die Ansprüche auf die Dienste verloren hat und diesem noch Ruhegehalt zahlen muß (RG 82, 189; 92, 401); nicht der Bauherr, dem die Fertigstellung seines Baues durch den von einem Dritten verschuldeten Unfall eines Bauhandwerkers verzögert worden ist, den durch diese Verzögerung ihm erwachsenen Vermögensschaden gegen den

Dritten einklagen (RG 97, 89). Von mehreren durch eine u. H. innerhalb eines Personenkreises verletzten Personen kann eine jede nur ihren eigenen Schaden geltend machen (RG 56, 271). Wenn durch dieselbe Eigentumsverletzung mehrere Personen unmittelbar beschädigt werden dergestalt, daß eine Ersatzleistung den allen entstandenen Schaden ausgleicht, kann die gutgläubige Leistung des Schadensersatzes an einen Beschädigten, den Besitzer, den Schädiger von weiteren Schadensersatzansprüchen befreien (§ 851). — Mit Ausnahme des Anspruchs auf Ersatz des nicht vermögensrechtlichen Schadens (§ 847) sind die Schadensersatzansprüche vererblich und mit der durch §§ 843, 844 im Zusammenhange mit § 850 Abs 1 Nr 2 u. Abs 3 ZPO und § 400 BGB gegebenen Beschränkung übertragbar. Über den Übergang der Schadensersatzansprüche aus Körperverletzung und Tötung auf die Reichsversicherungsanstalten vgl. § 1542 RVO; Rückübergang ohne Rückübertragung auf den ursprünglichen Ersatzberechtigten, wenn die Leistungen der Versicherungsanstalt wieder wegfallen RG 72, 430.

12. **Ersatzverpflichtet** für die u. H. ist nur der, der sie begangen hat. Der Vollmachtgeber haftet nicht für u. H. des Bevollmächtigten (RG JW 08, 678[10]), der Vertretene nicht für die u. H. seines gesetzlichen Vertreters (M 4, 1083; RG 61, 207; 62, 346; 67, 151; JW 1910, 280[5]). Eine Ausnahme macht die in §§ 30, 31, 89 bestimmte Haftung der Körperschaften des privaten und öffentlichen Rechtes für die von ihren verfassungsmäßig berufenen Vertretern in Ausübung der ihnen zustehenden Verrichtungen begangenen u. H. (§ 31 A 1 u. 2; § 89 A 1 u. 2). Hier haftet die juristische Person aus der schadenzufügenden Handlung ihrer Vertreter, die als ihre Handlung erscheint. Nach ständiger Rechtsprechung erstreckt sich diese Haftung auch auf die offenen Handelsgesellschaften für u. H. ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter (RG 76, 35; JW 1911, 97[23]), nicht aber auf nicht rechtsfähige Vereine; deren Vertreter kommen nach außen nur als zu einer Verrichtung bestellte Personen nach § 831 in Betracht (RG Warn 1912 Nr 428; 1913 Nr 319 u. 449; 11. 12. 11 VI 36/11). Neben der juristischen Person haften selbstverständlich die Vertreter aus der von ihnen verübten u. H. selbst (RG 91, 75; JW 1911, 939[2]). Ob die Vertreter bei der von ihnen verübten u. H. in den Grenzen ihrer Vertretungsmacht handelten oder ihre Befugnisse überschritten und im inneren Verhältnisse zur juristischen Person zu der Handlung nicht berechtigt waren, kommt für die Haftung der juristischen Person nicht in Betracht (RG JW 1919 S. 593[1] u. 594[2]; Warn 1916 Nr 125). Die Haftung der juristischen Person setzt eine von ihren Vertretern begangene u. H. in ihrem vollen gegenständlichen und persönlichen Tatbestande voraus; die §§ 30, 31 u. 89 begründen einen selbständigen Tatbestand u. H. nicht (RG LZ 1918, 369[1]). Die Haftung für die gesetzlichen Vertreter gilt für die Körperschaften des öffentlichen Rechtes nicht, soweit es sich um einen von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt anderen zugefügten Schaden handelt (§ 89 A 3). Hier ist in Art 77 EG ein Vorbehalt für die Landesgesetzgebung geschaffen. Den Bestimmungen der Landesgesetze unterliegen auch die von Reichsbeamten in Ausübung der öffentlichen Gewalt begangenen u. H., da es an einer reichsrechtlichen Regelung fehlt (RG 54, 198; 55, 171). Über die Begrenzung der Ausübung privatrechtlicher Befugnisse und staatlicher Hoheitsrechte bei Körperschaften des öffentlichen Rechtes vgl. RG 52, 369; 55, 364; 67, 117; JW 03 Beil 59[138]; Warn 1910 Nr 232 (Polizeigewalt); RG 54, 198; JW 06, 163[7]; Warn 1915 Nr 255; 1919 Nr 61 (militärische Übungen); RG 55, 171; JW 09, 654[2]; Warn 1919 Nr 1 (Verwaltung der Munitionsbestände durch den Militärfiskus und Marinefiskus); RG 56, 84 (Zwangsvollstreckungsgewalt des Gerichtsvollziehers); RG 56, 215; 78, 325 (Strafvollstreckung); RG 68, 278 (Sparkassenverwaltung einer Stadtgemeinde); RG 72, 44 (Anordnungen einer preuß. Landwirtschaftskammer über Abdeckereiverhältnisse). In den Fällen RG 55 171 u. 68, 278 sowie JW 09, 654[2] wurde die Ausübung obrigkeitlicher Gewalt verneint, in den übrigen Fällen bejaht. Ein PrGes. v. 1. 8. 09 (GS 691) hat die Haftung des Staates für die von den unmittelbaren Staatsbeamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt durch Verletzung der Amtspflicht begangenen Handlungen eingeführt. Ein gleiches Gesetz für das Reich ist am 22. 5. 10 erlassen (RGBl 798). S. darüber A 1 zu § 839.

13. a) Über den zu leistenden **Schadensersatz** enthält das BGB für die Fälle der gegen die Person gerichteten u. H., insbesondere Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung und Tötung in den §§ 842—847, sowie hinsichtlich der Entziehung oder Beschädigung von Sachen in den §§ 848—851 besondere Bestimmungen. Im übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249—253. Eine vermögensrechtliche Schädigung setzt § 823 nicht voraus, wie sich aus § 847 ergibt; der Schaden kann auch auf rein ideellem Gebiete liegen (RG 94, 1; Warn 1913 Nr 58). Soweit ein Schaden noch nicht entstanden, sein Eintritt aber zu erwarten oder auch nur möglich ist (insbesondere bei Körperverletzungen von Kindern, die ein erwerbsfähiges Alter noch nicht erreicht haben), dient die Feststellungsklage der Verfolgung der Ansprüche (RG JW 06 S. 16[11] u. 359[21]; 07, 832[9]; Warn 1911 Nr 179; LZ 1919, 46[12]). Über die Wiederherstellung durch fernere Unterlassung von Beeinträchtigungen ist in Vorbem 6 gehandelt. Schadensersatz in der Gestalt des Verlustes von Rechten auf seiten des Schädigers behandelt RG 70, 193; 90, 350; JW 1913, 539[1]; 1919, 498[2]; Gruch 58, 901. Öffentlicher Widerruf und

Abbitte sind kein Ziel des Schadensersatzes, da sie den Charakter einer Strafe an sich tragen (RG 60, 12; s. dagegen Dernburg JW 05, 161). Die Zurücknahme von beleidigenden Ausstreuungen nach § 823 Abs 2 und § 824 kann dagegen sehr wohl als Wiederherstellung nach § 249 in Frage kommen (RG 88, 129); sie ist, wo ein Vermögensschaden nicht entstanden und Wiederholung der verletzenden Ausstreuungen nicht zu besorgen ist, sogar der einzige Anspruch, der erhoben werden kann (RG JW 1919, 993[3]; Warn 1918 Nr 449). Ebenso ist bei Boykott- und Sperrmaßregeln die Aufhebung der verletzenden Maßregel das geeignete Mittel der Wiederherstellung des früheren Zustandes nach § 249 (RG JW 1915, 1424[1]; Warn 1914 Nr 160; 1916 Nr 193); wo die verletzende Kundgebung veröffentlicht worden war, ist auch die Veröffentlichung der Wiederaufhebung oder Zurücknahme am Platze (RG JW 1915, 1424[1]). Über einen Schadensersatz durch Herausgabe der genommenen Abschriften und Vervielfältigungen eines widerrechtlich erbrochenen Briefes oder einer entzogenen Urkunde vgl. RG 94, 1. Der Schadensersatz in Geld hat die Ausgleichung der Vermögensminderung zum Gegenstande, die das Vermögen des Beschädigten durch die Verletzung im Verhältnisse zu dem Bestande, wie er vor der Verletzung war, erlitten hat (RG 76, 147; 77, 101; 91, 60; JW 1912, S. 137[10], 863[21]; 1917, 104[6]; Warn 08 Nr 577; 1915 Nr 7 u. Nr 141; LZ 1919, 1015[7]). Bei dieser Ausgleichung sind alle aus derselben Wurzel entsprungenen Vermögensab- und -zugänge zu berücksichtigen (RG 54, 137; 80, 155). Der ausgefallene Hypothekengläubiger, der durch eine u. H. der in A 9 bezeichneten Art geschädigt ist, muß sich, wenn er das Pfandgrundstück in der Zwangsversteigerung selbst erstanden hat, der Regel nach auf den Ausfallschaden den Mehrwert des Grundstücks, den es über den Erstehungspreis hinaus hat, als Vorteil anrechnen lassen (RG 73, 333; 84, 386; JW 1916 S. 577[5] u. 1016[3]; Warn 1910 Nr 403; 1911 Nr 168). Das gilt aber nicht unbedingt und nicht einem jeden gegenüber in gleichem Maße; vgl. den Fall RG 80, 155. Als Zugänge dürfen nicht auch Vorteile angesehen werden, die nicht ihre Ursache, sondern nur ihren Anlaß in der u. H. gefunden haben (so die Leistungen aus einer Privatversicherung; vgl. RG 10, 50; 65, 57; JW 07, 23[26]; SeuffA 42 Nr 120). Bei der Beschädigung einer Sache besteht der Schaden in der Verringerung ihres Verkehrswerts (RG JW 09, 275[9]; Warn 1915 Nr 141); Geldentschädigung aus der widerrechtlichen Entziehung der ein Vertragsangebot enthaltenden Telegrammurkunde RG 91, 60. Das Erfüllungsinteresse eines unter betrüglicher Täuschung des einen Vertragsteils durch den andern geschlossenen Vertrags kann als Schadensersatz aus u. H. nicht gefordert werden (s. § 123 A 5; aus der neueren Rechtsprechung vgl. RG 83, 245; JW 1916, 1533[8]; Warn 1915 Nr 7; im Gesellschaftsverhältnis RG JW 1917, 104[6]; ausnahmsweise Erfüllungsinteresse in entsprechender Anwendung des § 162, wenn die Vertragsbedingung von vornherein nicht eintreten konnte und der Vertragsgegner den Beschädigten darüber arglistig täuschte (RG Warn 1915 Nr 200). Die Zuerkennung einer Buße bei Beleidigungen und Körperverletzungen im Strafverfahren schließt nach §§ 188, 231 StGB die Geltendmachung eines weiteren Schadensersatzanspruchs aus; nach RG 79, 148 aber nur demjenigen Ersatzpflichtigen gegenüber, der im Strafverfahren verurteilt wurde (a. M. BayObLG in SeuffA 57 Nr 215). Umgekehrt schließt die Zuerkennung eines Schadensersatzes im Zivilprozeß das Verlangen einer Buße im Strafverfahren nicht aus; nur ist bei Zuerkennung der Buße auf eine sonst geleistete oder zuerkannte Entschädigung Rücksicht zu nehmen (RGSt 9, 223).

b) Prozeßrechtliches. Nach § 287 ZPO entscheidet über die Entstehung und über die Höhe eines Schadens das Gericht unter Würdigung aller Umstände nach freiem Ermessen; es ist hierbei unabhängiger vom vorgetragenen Prozeßstoffe gestellt, als nach der allgemeinen Bestimmung des § 286 ZPO, indem es alle ihm zu Gebote stehenden Erkenntnismittel benutzen, angebotene Beweise — jedoch nicht willkürlich (RG 40, 422; 83, 65; JW 1912, 694[22]; 1914, 757[3]; 1916, 423[18]; Warn 1915 Nr 275; 1917 Nr 9) — ablehnen und ohne Beweisaufnahme entscheiden kann, dergestalt, daß der Revision nur die Nachprüfung überlassen bleibt, ob das Gericht einerseits der Freiheit seiner Stellung, anderseits der Schranken des freien Ermessens sich bewußt war, und ob nicht etwa irrige Rechtssätze der Schätzung zugrunde gelegt wurden (RG 6, 356; 51, 248; 76, 174). Diese seine freie Stellung bringt es mit sich, daß das Gericht, wenn es nur im allgemeinen zu der Überzeugung gelangt ist, daß ein Schaden entstanden sei, nicht wegen mangelnder tatsächlicher Begründung eines bestimmten Schadensbetrags die Klage abweisen darf, es sei denn, daß alle Unterlagen für eine Schätzung fehlen (RG 76, 174; 77, 201; 79, 55; JW 1919, 382[10]; Warn 09 Nr 534). Nach feststehender Rechtsprechung erstreckt sich das freie Ermessen des § 287 auch auf den ursächlichen Zusammenhang eines Schadens mit der die Grundlage des Anspruchs bildenden schädigenden Tatsache oder Handlung (RG 6, 356; 9, 416; 10, 64; 19, 432; 75, 120; 95, 103; JW 03, 30[32]; 04, 407[15]; 09 S. 463[24], 670[26] u. 692[24]; 1912 S. 694[22] u. 800[18]; 1915, 1199[9]; Warn 1912 Nr 73; 1915 Nr 50; 1916 Nr 226; Gruch 54, 1143; 60, 697). Für die Feststellung des Tatbestandes der schädigenden Handlung selbst, des Vorgangs oder der Vorgänge, die dem Schadensersatzanspruch zugrunde liegen, gilt dagegen § 286 ZPO (RG 45, 356; 46, 407; 98, 58; JW 1912, 800[18]; Warn 1912 Nr 73; Gruch 60, 697), wobei, wie die angezogenen Entscheidungen er-

geben, die Grenze dessen, was zum Tatbestande der u. H. gehört und was ihre Schadensfolgen darstellt, nicht immer in gleicher Weise gezogen worden ist. Nach richtiger Ansicht (vgl Vorbem 8 vor § 823) gilt z. B. bei einer Körperverletzung die Ermittelung des körperlichen Zustandes des Verletzten, der Wirkungen der Tat für den Körper oder die Gesundheit § 286 ZPO, da ohne solche Körperfolgen eine u. H. überhaupt nicht vorliegt, sie also einen Bestandteil des Tatbestandes bilden, während für die Feststellung der sich aus diesem Zustand ergebenden wirtschaftlichen Folgen in Ansehung der Erwerbsfähigkeit oder der Vermehrung der Bedürfnisse, die im Sinne der §§ 823, 842, 843, 696 den Schaden ausmachen, § 287 zur Anwendung kommt (RG Warn 1912 Nr 73; VI 197/18[11] 28. 11. 18; vgl RG 97, 120 sowie 98, 58).

14. I. Was ist ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz? Alle Gesetze, die die zum Staate geordnete Gesamtheit schützen, kommen auch dem einzelnen zugute, und alle Gesetze, die dem einzelnen einen Schutz gewähren, nützen auch der Gesamtheit. Deshalb können aber doch nicht alle zum Schutze der Gesamtheit erlassenen Gesetze als den Schutz eines anderen bezweckend angesehen werden, umgekehrt aber auch nicht nur die Gesetze, die lediglich auf den Schutz des einzelnen abzielen. Allerdings muß ein Gesetz, das der Anforderung des § 823 Abs 2 entsprechen soll, dem Schutze des einzelnen im Gegensatze zur Gesamtheit dienen und dienen sollen (RG 51, 177; JW 05, 142[21]; 1916, 38[4]); es darf ihm nicht nur die Wirkung zukommen, dem einzelnen zu nützen, sondern es muß auch die Bestimmung haben, gerade dem einzelnen einen Rechtsschutz zu verleihen; es muß also zum mindesten neben dem Schutze der Gesamtheit unmittelbar auch den Schutz des einzelnen im Auge haben, worüber der Inhalt des Gesetzes meist klare Auskunft gibt (vgl. RG 51, 177; 59 S. 49 u. 236; 63, 324; 70, 201; 79, 85; JW 04, 554[11]; 06, 780[48]). Nur Gesetze, die die Ordnung der Gesamtheit, das Staatsganze als solches, seine äußere Unversehrtheit, seine innere Verfassung und Verwaltung, zu schützen bestimmt sind, wie die Strafgesetze über Hoch- und Landesverrat, über Widerstand gegen die Staatsgewalt, über Verfassungsbruch (§ 105 StGB) und andere fallen vollständig außerhalb des Rahmens eines solchen Schutzgesetzes. Ein Gegensatz besteht nur zwischen der zur Staatsordnung zusammengeschlossenen Gesamtheit und dem einzelnen, während die Gesamtheit der Staatsbürger schlechthin (das Publikum) keinen Gegensatz zu dem einzelnen, sondern vielmehr deren Summe bildet. Gesetze, die die Gesamtheit in letzterem Sinne schützen, wie z. B. die Gesetze zum Schutze der Verkehrssicherheit, der öffentlichen Ruhe, über den Verkehr mit Nahrungsmitteln oder den Verkehr mit Sprengstoffen, sind also stets auch zum Schutze des einzelnen bestimmt. Wie schon in A 1 bemerkt, können Gegenstand dieses besonderen Schutzes alle Rechte der Person und alle menschlichen Lebensgüter und Interessen sein, die Lebensgüter und Rechte des Abs 1, die Ehre, die freie wirtschaftliche und gewerbliche Betätigung, auch das Vermögen schlechthin.

II. Gesetz im Sinne des Abs 2 ist, wie in Art 2 EG bestimmt ist, jede Rechtsnorm. Dazu gehören Normen des Privatrechts, auch des BGB selbst (RG 51, 177; 53, 312; 63, 324; 79, 85), die zahlreichen öffentlichrechtlichen Bestimmungen des StGB und anderer Einzelgesetze, Reichsgesetze und, innerhalb des diesen vorbehaltenen Rechtsgebiets, ebenso Landesgesetze einschließlich der örtlichen Polizeiverordnungen (RG 55, 316; JW 02 Beil 221[75]). In RG JW 1916, 38[4] werden dazu auch die Genehmigungen gerechnet, die auf Grund der §§ 16 ff. GewO für gewerbliche Anlagen und Betriebe von den Verwaltungsbehörden erteilt werden, da sie als Rechtsverordnungen mit rechtserzeugender Kraft erscheinen. Inhaltlich können als Schutzgesetze nur solche gesetzliche Bestimmungen angesprochen werden, die ein bestimmtes Gebot oder Verbot aussprechen, nicht allgemeine Grundsätze, die nur die Unterlage eines Schutzgesetzes abgeben können (RG JW 06, 780[48]). Deshalb kann auch Art. 157 der RVerf. vom 11. 8. 1919 nicht als Schutzgesetz angesprochen werden; nur das hier in Aussicht gestellte einheitliche Arbeitsrecht vermag Schutzgesetze zu schaffen. Die Form eines Gebots oder Verbots ist freilich gleichgültig; wesentlich ist nur der Inhalt (RG 79, 85).

III. Im einzelnen sind in der Rechtsprechung des Reichsgerichts als Schutzgesetze erklärt worden:

a) Aus dem BGB: § 226 Schutz gegen Schikane RG 58, 214; — § 394 Schutz der Diensteinkommensberechtigten gegen Aufrechnung RG 85, 118; — § 858 Besitzesschutz RG 59, 326; Gruch 51, 985; — §§ 906, 907, 909, 1004 Schutz gegen Eigentumsbeeinträchtigungen RG 51, 177; JW 04, 360[16]; Warn 1910 Nr 18; 1912 Nr 385; — § 1027 Schutz der Grundgerechtigkeiten RG Warn 1911 Nr 331; — §§ 1134, 1135 Schutz der Hypothekengläubiger RG JW 09, 416[5]; Warn 1910 Nr 281; 1914 Nr 287;

b) aus dem StGB: § 137 Arrestbruch RG Warn 08 Nr 46; — § 153 Meineid RG Warn 08 Nr 211; — § 163 Fahrlässiger Falscheid RG 59, 236; — § 172 Ehebruch; aber nur zum Schutze der ehelichen Lebensgemeinschaft, nicht wirtschaftlicher Interessen RG 72, 128; — §§ 185—187 Ehrverletzung, mit der Beschränkung des § 193 und mit der Erweiterung des § 192, zum Schutze natürlicher Personen RG 51, 369; 56, 271; 57, 157; 60 S. 1 u. 12; 82, 59; 91, 350; JW 1912 S. 290[11] u. 1105[6]; 1915, 1424[1]; Warn 1910 Nr 280; — § 189

Beschimpfung des Andenkens Verstorbener RG 91, 350; — §§ 223, 223a Körperverletzung RG 66, 251; — § 239 Freiheitsberaubung RG Warn 1917 Nr 118; — § 253 Erpressung RG 48, 114; — §§ 257, 258 Begünstigung, aber nicht soweit die Begünstigung den Täter nur der Bestrafung entziehen will RG 94, 191; JW 09, 161[9]; 1914, 192[9]; Warn 1914 Nr 52; — § 259 Hehlerei RG 94, 191; — § 263 Betrug RG 62, 315; 63, 110; 67, 146; 71, 184; 85, 293; JW 03 Beil Nr 70; Warn 1913 Nr 50; — § 299 Verletzung des Briefgeheimnisses RG 94, 1; — §§ 306—309 Brandstiftung, zum Schutze der Eigentümer und der dinglich Berechtigten RG 82 S. 206, 213; — § 340 Körperverletzung im Amte RG JW 06, 745[13]; — § 366[2] Übermäßig schnelles Fahren usw. RG JW 05, 242[21]; 1911, 759[17]; — § 366[5] Stehenlassen usw. von Tieren RG 20. 9. 02 VI 399/01; — § 366[7] Werfen mit Steinen usw. auf Menschen usw. RG30. 6. 04 VI 483/03; — § 366[8] Fahrlässiges Aufstellen oder Aufhängen von Sachen ohne Befestigung RG Warn 09 Nr 101; — § 366[9] Verkehrshinderung durch Aufstellung usw. von Sachen RG 47, 228; 11. 2. 09 VI 73/08; 30. 11. 12 VI 273/12; — § 366[10] Übertretung von Verkehrsverordnungen RG 11. 4. 00 VI 57/00; 25. 9. 02 VI 158/02; 2. 6. 04 VI 423/03; — § 367[3] Feilhalten von Giften und nicht freigegebenen Arzneien, aber nicht zum Schutze der Apotheker RG 77, 217; — § 367[6] Gefährliche Aufbewahrung entzündlicher Gegenstände RG 21. 12. 02 VI 281/02; — § 367[7] Feilhalten verdorbener oder verfälschter Genußwaren RG Warn 1918 Nr 115; — § 367[8] Abbrennen von Feuerwerkskörpern usw. RG JW 08, 525[10]; — § 367[11] Halten wilder oder Umherlaufenlassen bösartiger Tiere RG Warn 1918 Nr 168; 14. 5. 00 VI 91/00; 5. 12. 01 VI 272/01; — § 367[12] Unverdeckt- oder Unverwahrtlassen von Öffnungen, Gruben usw. RG 54, 53; 87, 334; JW 01, 127[23]; 04, 165[3]; 05, S. 340[10] u. 388[5]; 06 S. 59[11], 137[9] u. 710[5]; 08, 744[13]; 1910, 286[18]; 1911, 713[13]; 1912 S. 30[14], 86[37] u. 348[14]; 1913 S. 33[21] u. 33[22], 864[10]; 1915, 395[7]; Warn 08 Nr 311; 1910 Nr 329; 1911 Nr 239; 1916 Nr 16 (Tages- und Nachtzeit) u. 163; — § 367[14] Vornahme von Bauten ohne die erforderlichen Sicherungsmaßregeln RG 51, 177; 54, 53; 70, 200; JW 1910, 11[14]; 1913, 33[22]; Warn 1912 Nr 383; 30. 11. 12 VI 273/12; 5. 12. 14 VI 282/14; — § 367[15] Ausführung von Bauten ohne polizeiliche Genehmigung RG 23. 3. 01 V 13/01; 8. 1. 08 V 186/07; — § 368[4] Unterlassung der Reinigung von Feuerstätten RG 21. 3. 01 VI 12/01; — § 368[6] Anzünden von Feuer an gefährlichen Orten RG Warn 09 Nr 96; — § 368[7] Schießen oder Abbrennen von Feuerwerk an gefährlichen Orten RG JW 08, 525[10];

c) aus anderen Reichsgesetzen: ZPO § 829 gegen den Schuldner, nicht gegen andere Gläubiger RG 12. 7. 11 V 23/11; — HGB § 314 RG 16. 9. 08 I 628/07; — KO § 243, aber nur für Konkursgläubiger RG 28. 6. 10 III 475/09; — RGewO §§ 135, 154 RG 64, 52; GenG §§ 146 u. 147 RG 81, 269; 87, 306; JW 1910, 109[9]; Warn 1914 Nr 130; — Kaiserl. VO v. 22. 10. 01 über den Verkehr mit Arzneimitteln RG 77, 217; — die Bestimmungen des UnlWG RG JW 05, 174[15]; 17. 9. 07 II 214/07; — § 4 Abs 2 WarenZG RG 12. 11. 06 II 85/06; — § 49 KrankVG gegen Inanspruchnahme der Kasse durch Unberechtigte RG 73, 211; — § 25 LitUG für das ideelle und das Vermögensinteresse RG 81, 120; — § 94 BörsG RG Warn 1918 Nr 208; — § 1 BaufordSich,G RG 84, 415; Warn 1915 Nr 106; — SeestrO v. 5. 2. 06 RG 73, 8; — § 7 des Kinderschutzgesetzes v. 30. 5. 03 RG JW 1914, 644[6]; — EisenbBetrO §§ 78 u. 81 RG 3. 7. 13 VI 137/13; — BRV über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen v. 3. 2. 10 RG 84, 415; Warn 1914 Nr 318;

d) aus Landesgesetzen: § 270 PrStGB RG Warn 1911 Nr 181; — die gemeinrechtlichen Flußinterdikte RG 64, 249; JW 1915, 102[20]; — § 43 Abs 1 des preuß. Fischereigesetzes v. 30. 5. 74 RG Warn 1915 Nr 299; LZ 1920, 159[9]; — § 1 des preuß. Deichgesetzes v. 28. 1. 48 RG JW 1912, 391[12]; — Eisenbahnbetriebsvorschriften RG JW 04, 407[15]; — Vorschriften über den Waffengebrauch der Polizeibeamten RG JW 06, 745[15]; — Feuerlöschvorschriften in Polizeiverordnungen RG JW 1913, 863[9].

IV. Verneint wurde die Eigenschaft von Schutzgesetzen für die §§ 832, 1627 RG 57, 239; — § 907 BGB RG Warn 1915 Nr 239; — §§ 29, 31, 58, 106 HGB über die Anmeldungen zum Handelsregister RG 72, 408; — §§ 241, 249 HGB RG 63, 314; 73, 392; — §§ 11, 15, 41, 42, 64, 83, 84 GmbHG RG 73, 30; — § 52 ebenda RG 73, 392; — §§ 180, 361[6] StGB zum Schutze fremden Eigentums RG 57, 239; — § 34 GenG RG Warn 1914 Nr 130; — § 120a—c RGewO RG 48, 127; — § 3 Nr 1 AnfG RG 74, 224; 5. 4. 06 IV 433/05; 19. 9. 10 VI 403/09; — §§ 126 Abs 2, 128 PrBergges. RG JW 06, 780[48]; — für die Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften, die im Interesse der Berufsgenossenschaften selbst, um Vermögensopfer von ihnen abzuwenden, erlassen sind, RG 48, 327; 95 S. 180 u. 235; JW 02 Beil 172; 1911, 335[41]; Warn 1910 Nr 13 u. 384 (über ihre Bedeutung sonst vgl. A 3); aus demselben Grunde für die Vorschriften des InvVG über die Mitwirkung der Arbeitgeber beim Einziehen der Versicherungsbeiträge RG 63, 53, und § 32 KrankVG v. 15. 6. 83 RG 97, 196. Unentschieden blieb die Frage für §§ 1627, 1631 BGB RG JW 1912, 190[7]; § 360[8] StGB RG 95, 268; § 10 RGewO RG 79, 224; für die Disziplinarordnungen der Universitäten RG Warn 1913 Nr 449.

15. Der **Verstoß gegen das Schutzgesetz** verpflichtet den Handelnden zum Schadensersatze, wenn dadurch die Gefahr verwirklicht worden ist, die die Schutzvorschrift verhüten wollte, wenn das Rechtsgut oder Interesse verletzt ist, zu dessen Schutze sie erlassen wurde, und wenn die Person durch den Verstoß geschädigt worden ist, die sie schützen wollte (RG 63, 324; 73, 30; 82, 206, 213). Nur der unmittelbar durch das Schutzgesetz geschützte „andere", der durch die Verletzung des Schutzgesetzes unmittelbar Beschädigte, hat den Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs 2 (RG 73, 30; 82, 213; Warn 1911 Nr 372). Der Tatbestand der Verletzung des Schutzgesetzes muß nach seinen gegenständlichen (objektiven) und persönlichen (subjektiven) Merkmalen vollständig erfüllt sein (RG 51, 369). Das Erfordernis der Widerrechtlichkeit des Handelns, ohne das eine u. H. nicht denkbar ist, besteht auch für die u. H. nach Abs 2 (vgl. darüber oben A 10 u. RG LZ 1919, 205[13]); deshalb kann kein Verstoß gegen §§ 185—187 StGB den Tatbestand einer u. H. darstellen, wenn ein berechtigtes Interesse nach § 193 der Ehrverletzung den Charakter der Widerrechtlichkeit nimmt (RG 51, 319; 56, 271; 57, 157; 60, 1; 60, 12). Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verstoße gegen das Schutzgesetz und der Entstehung des Schadens muß von dem Beschädigten nachgewiesen werden; eine Vermutung zu seinen Gunsten, wie nach § 26 Teil I Tit 6 ALR, besteht nicht (RG 52, 119; JW 02 Beil 212[54]; 03 Beil 126[281]; 04, 407[15]). Prozeßrechtlich unterliegt die Würdigung dieses ursächlichen Zusammenhangs dem freien Ermessen des § 287 ZPO (s. A 13b). Der ursächliche Zusammenhang wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der schädliche Erfolg möglicherweise auch bei Befolgung des Schutzgesetzes eingetreten wäre, wenn nur die letztere dem Zwecke des Schutzgesetzes gemäß eine erhöhte Sicherheit gegen den Schaden geboten hätte (RG JW 09, 135[9]; 20. 2. 13 IV 375/12).

16. Auch die u. H. nach § 823 Abs 2 setzt ein **Verschulden** des Täters voraus, selbst dann, wenn das Schutzgesetz, wie dies bei Vorschriften polizeilichen Charakters zuweilen der Fall ist, von einem solchen Tatbestandsmerkmal absieht. Aber das Verschulden gestaltet sich nach Abs 2 anders wie für die u. H. des Abs 1. Da der Tatbestand der u. H. nach Abs 2 in dem Verstoße gegen das Schutzgesetz erschöpft ist, kann das Verschulden des Täters sich auch nur auf diesen selbst beziehen, und die Voraussicht oder Voraussehbarkeit des rechtsverletzenden Erfolgs, wie der Vorsatz oder die Fahrlässigkeit nach Abs 1 sie erfordern (vgl. A 2 u. 3), scheidet für Abs 2 aus. Nur darauf kommt es an, ob der Täter schuldhafterweise gesetzwidrig gehandelt hat (RG 66, 251; JW 02 Beil 172; 04, 407[15]; 05, 142[21]; 09 S. 134[8] u. 313[10]; 1910, 1003[12]; 1916, 38[4]; Warn 09 Nr 86). Die Übertretung ist schuldhaft, wenn der Übertreter bewußtermaßen die gebotene Handlung unterließ oder die verbotene ausführte, sowie wenn er aus schuldhafter Vergeßlichkeit gegen die ihm bekannte Vorschrift handelte; sie ist auch schuldhaft, wenn er sich unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt über das Bestehen des Schutzgesetzes zu unterrichten unterließ (RG Warn 09 Nr 297; 7. 1. 13 VI 450/12). Ein entschuldbarer Rechtsirrtum (s. darüber oben A 3) über das Bestehen oder die Rechtsgültigkeit des Schutzgesetzes vermag ihn dagegen zu entlasten (RG JW 07, 251[12]; 1910, 1003[12]; 5. 3. 08 VI 261/07). Bei im Erfolge ungenügender Ausführung der durch das Schutzgesetz gebotenen Handlung ist ein schuldhafter Verstoß vorhanden, wenn der Handelnde sich sagen mußte, daß seine Art und Weise der Befolgung des Gesetzes die Gefahr nicht beseitigen würde, der vorzubeugen das Gesetz bestimmt war (RG JW 05, 142[21]); ein Verschulden ist nicht vorhanden, wenn die Art und Weise der Ausführung bei vernünftiger und umsichtiger Würdigung der Verhältnisse eine Gefahr nicht befürchten ließ (RG JW 04, 165[3]). Ein Verschulden kann fehlen, wenn ein Angestellter auf Anweisung des Dienstherrn handelte und voraussetzen durfte, daß dieser bei der Anordnung die gebührende Rücksicht auf bestehende Vorschriften nehmen würde (RG Warn 09 Nr 96); es kann bei dem Dienstherrn fehlen, wenn er einem tüchtigen Angestellten die gebotene Verrichtung übertragen, diesen gehörig unterwiesen und es an gehöriger Aufsicht über ihn nicht hatte fehlen lassen (RG JW 1911, 487[9]; 1912 S. 390[10], 536[14]). Die Beweislast für das Verschulden des Übertreters trifft zwar, wie nach Abs 1, den Beschädigten. Doch begründet die Unterlassung einer durch Polizeigesetz gebotenen Tätigkeit zunächst regelmäßig die tatsächliche Folgerung, daß sie auf einem Verschulden beruhe; dem Beklagten liegt dann der Widerlegungsbeweis ob, daß er dasjenige getan habe, was geeignet war, die Ausführung des Gesetzes zu sichern (RG JW 09 S. 134[8] u. 687[12]; 1911 S. 542[17] u. 980[13]; 1912 S. 348[14] u. 390[10], 536[14]; 1913, 864[10]; 1915 S. 395[7] u. 1119[4] — hier Beweis der Unbekanntschaft mit dem Polizeigesetz zur Ausräumung des Verschuldens —; 1916, 38[4]; Warn 1910 Nr 329; 1912 Nr 21).

§ 824

[1]) **Wer der Wahrheit zuwider [3]) eine Tatsache behauptet oder verbreitet [2]), die geeignet ist, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen [4]), hat dem anderen**

den daraus entstehenden Schaden auch dann zu ersetzen[6]), wenn er die Unwahrheit zwar nicht kennt, aber kennen muß[5]).

Durch eine Mitteilung, deren Unwahrheit dem Mitteilenden unbekannt ist[8]), wird dieser nicht zum Schadensersatze verpflichtet, wenn er oder der Empfänger der Mitteilung an ihr ein berechtigtes Interesse hat[7])[9]).

E II 748; P 2 637—638.

1. **Kreditgefährdung.** In den Grenzen der §§ 185—187 StGB wird die Ehre einschließlich des eine Seite der Geschäftsehre darstellenden Kredits, sowie als weiterer Folgezustand der Unversehrtheit des Rufes der Erwerb und das Fortkommen einer Person durch § 823 Abs 2 geschützt. Allein die genannten strafrechtlichen Bestimmungen setzen für die Behauptung oder Verbreitung unwahrer Tatsachen über einen anderen entweder ein Handeln wider besseres Wissen (§ 187) oder zum mindesten das Bewußtsein von dem ehrenkränkenden Charakter der aufgestellten Behauptung (§ 186) voraus. Damit kann sich das Strafrecht, nicht aber das bürgerliche Recht begnügen. § 824 füllt diese Lücke aus, indem er auch die fahrlässige Behauptung oder Verbreitung von Tatsachen, wenn sie geeignet sind, den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen des Betroffenen zu gefährden, als Unterlage eines Schadensersatzanspruchs anerkennt, während Abs 2 die Haftungsbefreiung des § 193 StGB, jedoch unter Erweiterung dieser Bestimmung auch auf das Interesse des Empfängers der Mitteilung für den neu geschaffenen Tatbestand des Abs 1 in das BGB aufnimmt, weil ein berechtigtes Interesse das für die u. H. wesentliche Merkmal der Widerrechtlichkeit des Verhaltens aufhebt (RG 51, 369; 56, 271; 57, 157; 60, 1; 60, 12). Die Bestimmung des Abs 1 macht nicht eigentlich die Ehre zum Gegenstand ihres Schutzes und zu einem Rechtsgut im Sinne der im § 823 Abs 1 besonders aufgeführten Rechtsgüter. Sie stellt als geschützte Rechtsgüter diesen vielmehr den Kredit, den Erwerb und das Fortkommen des Benachteiligten an die Seite (vgl. RG 60, 6 und 61, 366; ebenso 29. 1. 12 VI 131/11). Die Verletzung der Ehre kommt nur als Mittel zur Verletzung dieser Güter in Betracht. Zum Tatbestande des § 824 gehört jedoch nicht, wie nach § 823 Abs 1, die Verletzung der Rechtsgüter, sondern nur deren Gefährdung, und ersetzt wird der aus dieser Gefährdung erwachsende Schaden. Die Bestimmung des § 824 schützt nicht, wie die §§ 185—187 StGB, nur die natürliche, sondern auch die juristische Person (RG 96, 350; Warn 1918 Nr 95).

2. Das erste Merkmal des Tatbestandes des § 824 ist die **Behauptung oder Verbreitung einer Tatsache,** also die Aufstellung der Wahrheit oder die Weitergabe der von einer anderen Person gemachten Aufstellung der Wahrheit einer Tatsache. Einer Tatsache, d. i. eines bestimmten äußeren oder inneren Geschehnisses oder Zustandes, nicht eines Urteils (RG 51, 369; 60, 1; 84, 294; 88, 437; 94, 271; 98, 36; JW 1911, 780[49]; 1919, 458[16]; Warn 1914 Nr 17). Doch kann sich unter der Form eines Urteils die Behauptung einer Tatsache verstecken, wenn damit zugleich über eine bestimmte Person oder bestimmte Leistungen eines anderen etwas als geschehen oder vorhanden ausgesagt wird, so daß erst nach Maßgabe dieser tatsächlichen Aussagen das Urteil aufgestellt wird, und das scheinbare Urteil so als abfällige Äußerung über ein bestimmtes Verhalten einer Person, nicht als Ausdruck persönlicher Anschauung erscheint (RG 58, 207; JW 09, 670[35]; Warn 09 Nr 296).

3. Die Tatsache muß **der Wahrheit zuwider** behauptet oder verbreitet sein; sie muß mithin sachlich unwahr sein. Die sachliche Wahrheit oder Unwahrheit wird durch den Inhalt der Äußerung, wie er bei natürlicher Auffassung erscheint, bestimmt, nicht danach, was vielleicht jemand herauslesen könnte (RG Warn 1915 Nr 20). Sachlich unwahr kann auch eine übertreibende oder durch Umkleidung der wahren Tatsache mit unwahrer Schilderung von nicht schlechthin unwesentlichen Nebenumständen entstellende Darstellung sein (RG 75, 61; 1. 12. 10 VI 33/10); doch machen einzelne übertreibende Wendungen, wenn sie nicht den Tatsachen ein anderes Gesicht geben, noch keine wahrheitswidrige Entstellung aus (RG JW 1912, 290[11]). Die Unwahrheit der Tatsache muß bestehen zu der Zeit, wo der Täter die Mitteilung macht (RG 66, 227).

4. Die behauptete oder verbreitete Tatsache muß **geeignet sein, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen.** Es ist nicht erforderlich, daß die behauptete Tatsache einen ehrenrührigen Charakter hat (RG 56, 271; RGStS 44, 158); auch Ausstreuungen anderer Natur: daß jemand krank und arbeitsunfähig oder daß er Ausländer sei oder daß er einer bestimmten Religion, Rasse, Partei angehöre, ferner: ein gewerblicher Unternehmer habe Arbeiter entlassen, weil sie an einem Ausstande teilgenommen (RG 61, 366), ein Arzt sei (lediglich) Arzt für Naturheilverfahren (RG 57, 157); in einer Heilanstalt sei eine ansteckende Krankheit ausgebrochen u. dgl., gehören hierher; ebenso kann die Verfolgung eines grundlosen Argwohns gegen eine Person von untadelhafter Lebensführung durch Überwachung seitens dazu bestellter Personen (Detektivs) den Tatbestand des § 824 darstellen (RG JW 1912, 1105[6]). Es ist auch nicht nötig, daß ein

Nachteil für die bedrohten Rechtsgüter, für das allgemeine Vertrauen in die Zahlungsfähigkeit (Kredit) oder die wirtschaftliche Stellung (Erwerb) oder die wirtschaftlichen Zukunftsaussichten (Fortkommen) bereits eingetreten sei. Die Tatsache muß lediglich nach der allgemeinen Erfahrung als Ursache von Benachteiligungen jener Art gedacht und von der Allgemeinheit, an die die Mitteilung gerichtet ist, als von Einfluß für die öffentliche Meinung über den Betroffenen aufgefaßt werden können (RG 56, 271; 23. 4. 07 II 479/06). Behauptung eines Vertragsbruchs als einer kreditgefährdenden Tatsache (RG Warn 1913 Nr 416).

5. Die u. H. nach § 824 setzt ein Verschulden des Täters voraus, nicht Vorsatz — denn bei dessen Vorhandensein treten § 823 Abs 2 in Verbindung mit §§ 186, 187 StGB oder § 826 ein, so daß es des § 824 nicht mehr bedarf —, aber Fahrlässigkeit; es ist erfordert, **daß der Täter die Unwahrheit der Tatsache zwar nicht kennt, aber kennen müßte,** wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt angewendet hätte, sich über ihre Wahrheit oder Unwahrheit zu vergewissern, ehe er sich zu ihrem Mundstücke hergab (RG 83, 366; Warn 1915 Nr 20; 1918 Nr 95). Die Frage, ob sich dieses Verschulden auch auf die Nichterkenntnis der den Kredit, den Erwerb oder das Fortkommen des andern gefährdenden Eigenschaft der behaupteten oder verbreiteten Tatsache zu erstrecken habe, ist nicht von Bedeutung. Denn wenn die Feststellung dieser gefährdenden Eigenschaft der Behauptung davon abhängt, ob auf Grund allgemeiner Erfahrung ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Behauptung und jenem benachteiligenden Erfolge gedacht werden kann, dann ist die Nichterkenntnis dieser erfahrungsgemäß möglichen Wirkung der Behauptung oder Verbreitung nach dem Regelmaßstabe des § 276 für den Begriff der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (RG JW 06, 160[2]; 1910, 37[60]) eine Fahrlässigkeit. Einer ausdrücklichen Feststellung bedarf diese Fahrlässigkeit danach keinesfalls. Daß die Fahrlässigkeit sich nicht weiter auf die möglichen Schadensfolgen der Gefährdung oder Benachteiligung der Rechtsgüter des § 824 zu erstrecken hat, ergibt sich aus dem in § 823 unter A 3 Gesagten.

6. Über die **Verpflichtung zum Schadensersatze** vgl. § 823 A 13; über die Klage auf Unterlassung der Wiederholung der Behauptung oder der weiteren Verbreitung der Tatsache Vorbem 6 vor § 823, in der besonderen Anwendung auf § 824 RG 91, 350; JW 1915, 29[13]; Warn 1914 Nr 17; 1915 Nr 20; 1918 Nr 95; über die Klage auf Zurücknahme der aufgestellten Behauptungen A 13a zu § 823; über die Verurteilung zur öffentlichen Bekanntmachung des Zurücknahmeurteils im Falle öffentlicher Ausstreuung ebenda. Ein Schadensersatz in Geld kann nur verlangt werden, wenn ein Vermögensschaden eingetreten ist (§§ 253, 847), was § 824 nicht notwendig voraussetzt.

7. Abs 2 des § 824 entspricht im wesentlichen dem § 193 StGB. Die Abweichungen bestehen einmal darin, daß § 824 unter allen Umständen ein in sich (objektiv) **berechtigtes Interesse** verlangt (RG 51, 369; 56, 271; 85, 440), während für § 193 StGB auch die irrige Annahme eines solchen genügt, sodann darin, daß § 824 dem Schutze des berechtigten Interesses des Behaupters oder Verbreiters der Tatsachen den gleichen Schutz für den Empfänger der Mitteilung hinzufügt. Der Schadensersatzanspruch des Abs 1 ist sonach ausgeschlossen, wenn für den Behaupter oder Verbreiter der Tatsache oder für den Empfänger der Mitteilung ein Interesse daran besteht, dessen Wahrnehmung rechtlich erlaubt ist und nicht den guten Sitten zuwiderläuft (RG a. a. O.). Ein berechtigtes Interesse wird namentlich begründet durch die öffentlichrechtliche Pflicht, über tatsächliche Vorgänge vor Gericht oder anderen Behörden Zeugnis abzulegen (RG JW 1912, 587[7]; 29. 1. 12 VI 131/11), oder durch andere öffentliche Pflichten, z. B. die des Seelsorgers (RG JW 1912, 290[11]), ferner auch durch die Zwecke der Rechtsverfolgung oder der Rechtsverteidigung im Prozesse, ohne Rücksicht darauf, ob das Vorbringen im besonderen Falle für die Entscheidung des Rechtsstreits von maßgebender Bedeutung ist (RG 85 S. 440, 443). Auch die Wahrnehmung fremder Interessen ist im Sinne des Abs 2 gestattet, wenn der Handelnde dazu berufen war oder die Angelegenheit ihn irgendwie persönlich nahe berührte (RG 51, 369). Ein Recht der Tagespresse, allgemeinhin Rechte und Interessen dritter Personen zu wahren und vermeintliche Übelstände in der Öffentlichkeit zu rügen, ist nicht anzuerkennen; ein anderes ist es, wenn in Fachzeitschriften das besondere Fach berührende Vorgänge zum Gegenstande der Erörterung gemacht werden (RG 83, 362; LZ 1919, 1015[7]; 4. 3. 04 II 337/03). Die Handelsbeilage einer politischen Zeitung macht aber diese Abteilung der Zeitung nicht zu einem Fachblatt (RG 83, 362). § 824 Abs 2 hat nicht den Satz des § 193 StGB aufgenommen, daß der an sich gegebene Schutz des berechtigten Interesses entfällt, wenn das Vorhandensein (die Absicht) der Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den begleitenden Umständen hervorgeht. Der Satz gilt gleichwohl auch hier, und selbst, wenn das berechtigte Interesse nicht bei dem Urheber oder Verbreiter der Mitteilung, sondern bei dem Empfänger vorliegt (RG 21. 11. 04 VI 24/04); denn eine in beleidigender Absicht verbreitete oder in der Form gehässige, den Betroffenen persönlich herabwürdigende Darstellung der Tatsachen verstößt gegen die guten Sitten (§ 826; RG JW 07, 333[11]; 1919, 993[3]). Daß neben dem berechtigten Interesse

ein persönlicher Beweggrund, etwa der Rache, zur Geltung kommt, schließt an sich das erstere nicht aus (RGSt 20, 164; JW 1919, 993[3]). Eine vorbeugende Unterlassungsklage wegen kreditgefährdender Behauptungen ist trotz des Vorliegens eines berechtigten Interesses zulässig und begründet, wenn der Verletzte den Beweis der Unwahrheit der behaupteten Tatsachen führt; s. darüber Vorbem vor § 823 unter 6 IIIb. Dasselbe muß von der Klage auf Zurücknahme einer beleidigenden oder kreditgefährdenden Behauptung oder Verbreitung gelten (RG JW 1919, 993[3]).

8. Für die Berücksichtigung eines berechtigten Interesses ist nur Raum, **wenn die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Tatsache dem Mitteilenden unbekannt ist.** Ist sie ihm bekannt, so liegt der Tatbestand des § 824 Abs 1 nicht eigentlich vor (RG 29. 1. 12 VI 175/11, vgl. oben A 5). Die Mitteilung ist auch dann wissentlich falsch, wenn der Mitteilende etwas zu wissen behauptet, wovon er innerlich selbst keine sichere Überzeugung hat, sofern er sich der Unsicherheit seines Wissens bewußt ist (RG 76, 313; JW 1911, 213[7]; 1912, 1105[8]; Warn 08 Nr 214 u. 518; 21. 11. 04 VI 24/04; 10. 2. 13 VI 476/12), und sie ist ebenso dann wissentlich falsch, wenn durch geflissentliches Verschweigen wesentlicher Umstände oder durch übertreibendes Ausmalen begleitender Umstände der Sachverhalt in seinem Zusammenhange vorsätzlich entstellt wird (RG 75, 61; 12, 290[11]; 27. 4. 05 VI 351/04). Dem Falle, daß die Unwahrheit der behaupteten Tatsache dem Mitteilenden bekannt war, steht aber auch der Fall gleich, daß jemand eine ihm bekannte wahre Tatsache der Wahrheit gemäß mitteilen wollte, aus Fahrlässigkeit aber der Mitteilung eine der Wahrheit widersprechende Fassung gibt, so daß die mitgeteilte Tatsache von der Allgemeinheit und von dem Empfänger in einem anderen Sinne aufgefaßt werden mußte, als sie gemeint war. Auch hier kannte der Mitteilende die Unwahrheit der Tatsache, die er in Wirklichkeit mitgeteilt hat, und ein berechtigtes Interesse für die Verbreitung dieser Mitteilung ist nicht denkbar (RG 57, 157).

9. **Beweislast.** Die Haftung aus § 824 beruht auf Fahrlässigkeit, also auf einem Verschulden des Mitteilenden. Eine Vermutung für ein Verschulden beim Behaupten oder Verbreiten einer unwahren Tatsache ist nicht aufgestellt. Der Kläger muß somit das Verschulden des Beklagten beweisen; er muß dartun, daß der Beklagte bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Unwahrheit der Tatsache hätte erkennen müssen. Dieser Beweis schließt aber notwendig den anderen ein, daß die Tatsache selbst unwahr sei, so daß sich auch hierauf die Beweislast des Klägers erstreckt (RG 51, 369; 56, 271). Anders bei der in den Tatbestandsmerkmalen ähnlichen, mit der u. H. aus § 824 vielfach zusammentreffenden Zuwiderhandlung aus § 6 UnlWG (§ 14 in der Fassung v. 7. 6. 09), die dem Kläger insofern günstiger ist, als er nur die kreditgefährdende Eigenschaft der Tatsache nachzuweisen hat, wogegen dem Beklagten der Nachweis der Wahrheit seiner Behauptung obliegt (RG 58, 207; 61, 366; JW 05, 174[15]; 09, 670[25]). Das Vorhandensein eines berechtigten Interesses für ihn oder den Mitteilungsempfänger hat der Beklagte zu beweisen (RG 56, 271).

§ 825

[1]) Wer eine Frauensperson [2]) durch Hinterlist [3]), durch Drohung [4]) oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses [5]) zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt [6]), ist ihr zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet [7]).

1. Der erst durch den Reichstag in das BGB eingefügte § 825 setzt gleich dem § 824 einen Sondertatbestand einer unerlaubten Handlung, der nicht durch den § 823 gedeckt wird. § 823 Abs 1 ist nur anwendbar, wenn durch die gestattete geschlechtliche Beiwohnung die Frauensperson widerrechtlich körperlich verletzt worden ist (Übertragung einer Geschlechtskrankheit); § 823 Abs 2 trifft die Fälle der §§ 174, 176, 177, 179, 182 StGB. § 825 erweitert den durch diese Bestimmungen den Frauenspersonen gebotenen Geschlechtsschutz. Daneben gibt § 1300 der unbescholtenen Verlobten, die ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet hat, einen Anspruch auf billigen Ersatz des Nichtvermögensschadens.

2. Darauf, ob die **Frauensperson** unbescholten ist (§ 1300 BGB, § 182 StGB), kommt es nicht an; auch das Alter ist gleichgültig.

3. **Hinterlist** ist ein vorbedachtes, die wahre Absicht verdeckendes Handeln zu dem Zwecke, den unvorbereiteten Zustand eines andern zur Verwirklichung eines Vorhabens zu benutzen (RG JW 06, 352[12]). Die Anwendung von Kunstgriffen (§ 181 Nr 1 StGB) wird in § 825 nicht erfordert (RG ebenda). Beispiele von Hinterlist sind die Versetzung der Frauensperson in trunkenen Zustand, um sie in diesem gefügig zu machen (RGSt 22, 311), sowie die Verschweigung des ehelichen Standes des Mannes, wenn dabei eine Täuschungsabsicht erkennbar, insbesondere, wenn das Verschweigen mit einem Eheversprechen an die Frauensperson verbunden ist (RG JW 06, 352[12]; 09, 415[12]). Das bloße Verschweigen des verheirateten Standes ist dagegen noch keine Hinterlist (RG a. a. O.); auch nicht das bloße nicht ernstlich gemeinte

Eheversprechen, dieses aber dann, wenn es nur vorgespiegelt war, um die Duldung der Beiwohnung herbeizuführen.

4. Unter **Drohung** (vgl. § 123) ist jede Inaussichtstellung eines Übels, das den Willen der Frauensperson zu bestimmen geeignet ist, zu verstehen.

5. Der **Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses:** eine, wenn auch nur tatsächliche Überlegenheit der Stellung muß zu dem Zwecke ausgenützt werden, eben dadurch einen maßgebenden Einfluß auf die Entschließung der Frauensperson auszuüben. Nicht erforderlich ist, daß ihr für den Fall der Weigerung Nachteile in Aussicht gestellt werden. Solche Abhängigkeitsverhältnisse sind dasjenige des Dienstboten zum Dienstherrn, der Schülerin zum Lehrer, des Mündels zum Vormund, auch der Patientin zum Arzt. Eine bloße wirtschaftliche Überlegenheit genügt nicht. Das Abhängigkeitsverhältnis kann auch ein mittelbares sein: so, wenn der Täter der Arbeitgeber des Vaters der Frauensperson ist.

6. Die **außereheliche Beiwohnung** (geschlechtliche Vereinigung) muß stattgefunden haben und die Frauensperson muß zu ihrer Gestattung durch die vorangeführten Mittel **bestimmt** worden sein; diese müssen also angewendet sein mit dem Vorsatze, dadurch auf die Willensentschließung der Frauensperson einzuwirken und sie müssen diesen beabsichtigten Erfolg auch herbeigeführt haben dergestalt, daß die Frauensperson ohne die Anwendung jener Mittel die Beiwohnung zu gestatten sich nicht entschlossen haben würde. (**RG** Warn 1915 Nr 236).

7. Der **Schaden** ist vorwiegend Nichtvermögensschaden (§ 847); im Falle der Schwangerschaft auch der hierdurch der Frauensperson erwachsende Vermögensschaden (Erwerbsverlust u. a.). Für den Schadensersatzanspruch aus § 825 kommt, wenn der Geschlechtsverkehr zur Geburt eines Kindes geführt hat, die Vermutung des § 1717 nicht zur Anwendung (**RG** JW 09, 415[12]). — Prozeßrechtlich ist zu bemerken, daß für Ansprüche aus § 825 die Bestimmung des § 23 Nr 2 GVG, wonach ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes das Amtsgericht zuständig ist, nicht Anwendung finden kann, da es sich nicht um einen Anspruch aus außerehelichem Beischlaf handelt.

§ 826

[1]) Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise [2]) einem anderen vorsätzlich [3]) Schaden zufügt [4]) [5]), ist dem anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet [6]) [7]).

E I 705 II 749; M 2 726, 727; P 2 575—578; 6 202.

1. Allgemeines. Den engbegrenzten Tatbeständen der §§ 823 Abs 1 u. 824 fügt § 826 eine Bestimmung weiten Umfangs und allgemeiner Natur hinzu. Wie die §§ 157 u. 242 den Vertragsverkehr auf den beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben stellen, so soll durch § 826 auch der allgemeine nachbarliche Rechtsverkehr der Personen zueinander (vgl. Vorbem 1 vor § 823) unter den die Verfolgung der gegensätzlichen Interessen begrenzenden, die Freiheit des einen durch die Rücksicht auf die gleichen Rechte des anderen beschränkenden Gesichtspunkt der guten Sitte gebracht werden. § 826 trifft jeden gegen die Grundsätze der Sittlichkeit verstoßenden Gebrauch, sei es eines gegebenen Rechtes, sei es der allgemeinen menschlichen Betätigungsfreiheit zum Schaden eines anderen (**RG** Warn 1911 Nr 79). Die Frage, ob die nach § 826 zum Schadensersatz verpflichtende Handlung dadurch zugleich zu einer rechtswidrigen werde, ist in bejahendem Sinne zu beantworten (vgl. **RG** 58, 214). Wie § 138 ein gegen die guten Sitten verstoßendes Rechtsgeschäft in gleicher Weise für nichtig, also rechtlich unwirksam erklärt, wie ein gegen gesetzliche Verbote verstoßendes (§ 134), so ist auch eine gegen die guten Sitten verstoßende Handlung in gleicher Weise rechtswidrig, wie die gegen ein bestimmtes Rechtsgut des andern oder gegen bestimmte Gesetze gerichtete. Die Rechtsordnung schützt den Gebrauch der Rechte, aber nicht ihren Mißbrauch; dieser ist schlechthin widerrechtlich. Durch Sondergesetze wird die Anwendung des § 826 nicht ausgeschlossen. Freilich kann, wo ein Sondergesetz für einen gewissen Tatbestand rechtswidrigen Handelns ausdrücklich und absichtlich einen weitergehenden Schutz ausschließt, wo es selbst erschöpfend regeln will, ein solcher Schutz nicht aus dem BGB abgeleitet werden (**RG** 73, 294). Das gilt nicht von dem UnlWG, mit dem sich in der Richtung auf den Schutz des allgemeinen Rechtsverkehrs gegen Schädigungen durch Mißbrauch der allen Personen zustehenden Betätigungsfreiheit § 826 eng berührt, dessen nicht zu geschlossener Einheit zusammengefaßte Einzelbestimmungen aber durch die allgemeinere Vorschrift des § 826 in wirksamer Weise ergänzt werden. In einem ähnlichen Verhältnisse steht § 826 zu mehreren Bestimmungen des Warenzeichengesetzes (vgl. über das Verhältnis des § 826 zu beiden Gesetzen **RG** 48, 114; 66, 236; 78, 78; 79, 415; 92, 133; JW 05 S. 237[25] u. 743[11]; Warn 09 Nr 452; 1911 Nr 79, 119, 401, 432; SeuffA 60 Nr 174; Gruch 53, 1155). Anders ist das Verhältnis zum Anfechtungsgesetz (vgl. darüber Vorbem 2 vor § 823). Aus der weiten Fassung des § 826 ergibt sich, daß unter dessen Tatbestand auch viele Handlungen fallen (so alle betrüglichen oder diebischen Schädigungen eines anderen), die bereits durch § 823 Abs 2 betroffen werden (vgl. **RG** JW 06, 60[12]).

Ein dem ordentlichen Rechtsweg entzogener öffentlichrechtlicher Anspruch kann nicht in Gestalt eines Schadensersatzanspruchs aus § 826, wegen unsittlichen Handelns des den Staat vertretenden öffentlichen Beamten, vor den ordentlichen Richter gebracht werden (RG 87, S. 114, 119).

2. Das gegenständliche (objektive) Merkmal der u. H. des § 826 ist der **Verstoß gegen die guten Sitten.** Der Maßstab für die Beurteilung, was die guten Sitten erlauben oder verbieten, ist ein allgemeiner und durchschnittlicher, der aus dem herrschenden Volksbewußtsein, oder, sofern die Handlung nur in einem bestimmten Volkskreise vorzukommen pflegt, aus der sittlichen Anschauung dieses bestimmten Volkskreises entnommen wird (RG 48, 114; 58, 214; 73, 107; JW 06, 16[15]). Es ist, wie die erstangezogene Entscheidung sich ausdrückt, „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“. Von der Anschauungsweise der auf der Höhe sittlicher Bildung stehenden Personen von vornehmer Denkart und verfeinertem Anstandsgefühl ist hierbei ebenso abzusehen, wie anderseits offenbare Unsitten im Geschäftsleben keine Rücksicht beanspruchen können (RG 55, 367; 58, 214; 73, 107). Eine bloße Unbilligkeit des Handelns genügt nicht, um einen Verstoß wider die guten Sitten annehmen zu können (RG 86 S. 191, 195). Wie in § 276 die Besonnenheit und Überlegung des verständigen Durchschnittsmenschen als Maß für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt genommen ist, so in § 826 die Ehrbarkeit und Gewissenhaftigkeit des anständigen Durchschnittsmenschen. Der Maßstab ist wie in § 276 ein allgemeiner und unpersönlicher (RG 48, 114; 58 S. 214 u. 219; 65, 423; 74, 224; 76, 313; 79, 17; JW 1911, 761[19]; 1912, 290[11]). Die gegen die guten Sitten verstoßende Handlung kann, wie bei den Tatbeständen des § 823, ebensowohl in einer Tätigkeit bestehen, wie in der Unterlassung einer solchen; letzteres dann, wenn die unterlassene Handlung einem sittlichen Gebote entsprach. Beispiele mögen sein die vorsätzliche Unterlassung der Warnung eines andern vor einem gegen ihn seitens eines Dritten geplanten Verbrechen; das arglistige Verschweigen wesentlicher Umstände bei einem Vertragsschlusse (vgl. A 5b); das Verschweigen einer Fälschung, die dem dadurch Getäuschten Schaden bringt, auf dessen Anfrage, wenn eine sittliche Pflicht zur Aufklärung anzuerkennen ist (RG JW 1910, 470[7]); anders, wenn erlaubte Rücksichten das Verschweigen rechtfertigen (RG JW 1911, 761[19]). Sittlich verwerflich kann eine Handlung erscheinen ihrem Ziele nach oder in Ansehung der Mittel, mit denen die an sich sittlich erlaubten, selbst die an sich billigenswerten Ziele verfolgt werden (RG JW 1914, 460[2]; Warn 1916 Nr 250). Die Verfolgung des eigenen Rechtes oder Interesses ist, für sich betrachtet, niemals eine Handlung wider die guten Sitten, auch wenn sie einem andern zum Schaden gereicht; denn niemand hat die Pflicht, sein eigenes erlaubtes Interesse dem eines andern nachzusetzen oder die Ausübung eines Rechtes zu unterlassen, weil dadurch das Interesse eines andern geschädigt wird (RG 58, 214; 63, 146; 71, 170; 86, 191; 92 S. 133 u. 143; 98, S. 15 u. 70; Warn 1919 Nr 63). Deshalb ist auch die Ausnutzung einer durch die Verhältnisse gebotenen Sachlage zu eigenem Vorteile nicht wider die guten Sitten (RG JW 1913, 489[11]; Warn 1919 Nr 63). Sittlich verwerflich dem Ziele nach ist die absichtliche planmäßige Schadenszufügung innerhalb wie außerhalb von Vertragsverhältnissen (RG 51, 357; 56, 317; 58, 219; 74, 224; JW 08, 653[2]; 1914, 460[2]; Warn 1916 Nr 250; Gruch 49, 902), sei es durch Mißbrauch von Rechten, wobei die Schranke des § 226, daß die Handlung nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen, nicht besteht (RG 58, 214; Warn 1911 Nr 79), oder in Betätigung der allgemeinen Freiheit (RG 58, 214). Sittlich verwerflich ist ferner die bewußte Unwahrheit in Mitteilungen, wenn damit das Bewußtsein der Schädigung (s. A 3) verknüpft ist. Auch selbst die auf grober Fahrlässigkeit beruhende Verbreitung einer unwahren Tatsache kann den Tatbestand des § 826 erfüllen, wenn die Berufsstellung des Verbreiters der Mitteilung ein besonderes Ansehen gibt: so wenn ein Arzt ohne tatsächliche Unterlagen die Behauptung verbreitet, eine Person sei geisteskrank (RG 72, 175), oder wenn ein Bankkaufmann in äußerster Leichtfertigkeit eine falsche Auskunft über Kreditverhältnisse gibt (RG JW 1911, 584[27]); nicht dagegen, wenn ein Rechtsanwalt eine Auskunft über die Kreditwürdigkeit einer Person in grob fahrlässiger Weise erteilt, zu dessen Berufstätigkeit eine Auskunftserteilung in solchen Dingen nicht gehört, auch nicht in Beziehung steht (RG 20. 5. 12 VI 416/11). Auch im wirtschaftlichen Kampfe kann durch frevelhaft in grober Fahrlässigkeit verbreitete unwahre Mitteilungen ein Verstoß gegen die guten Sitten begangen werden (RG JW 1912, 749[14]). Eine fahrlässige Handlungsweise kann aber den Tatbestand der Handlung wider die guten Sitten nur erfüllen, wenn sie eine besonders große Fahrlässigkeit, nicht nur Leichtfertigkeit, sondern Gewissenlosigkeit ist (RG 90, 106; JW 1917, 540[8]; Warn 1914 Nr 122; 1916 Nr 254; 1917 Nr 291). Die bloße Weiterverbreitung einer jemand unter dem Siegel der Verschwiegenheit mitgeteilten Tatsache ist eine Verletzung des gesellschaftlichen Anstands, aber nicht der guten Sitten (RG Warn 08 Nr 472). Sittlich verwerflich durch die Mittel der Verfolgung berechtigter Ziele sind vor allem die in bewußter Überschreitung der Grenzen der erlaubten Kampfmittel im wirtschaftlichen Wett- und Lohnkampf vorgenommenen Maßregeln. Vgl. im einzelnen zu allem vorstehenden die reichhaltige Rechtsprechung in A 5. Daß der Handelnde

sich bewußt sei, er verstoße mit seiner Handlung gegen die guten Sitten, gehört nicht zum Tatbestande des § 826 (RG 79, 17; JW 1910, 18[26]; 1915, 913[3]; Warn 1914 Nr 122; 10. 7. 11 IV 634/10). Auch kommt, wenn die Handlung selbst nach dem allgemeinen Sittenmaßstabe als unerlaubt nicht angesehen werden kann, ein sittenwidriger Beweggrund des Handelns, wie etwa der Rache für erlittene Unbill, nicht in Betracht; nur die rein feindselige Gesinnung, neben der die Wahrnehmung berechtigter Interessen keinen Raum mehr findet, die Absicht der Schädigung, begründet ohne weiteres die Anwendung des § 826 (RG 71, 170; 74, 224; 79, 415; JW 1911, 402[15]; 1912, 290[11]; Warn 1910 Nr 286; LZ 1919, 1015[7]; 18. 6. 12 VI 95/12). Gleichgültig ist für den Tatbestand des § 826 die innere Gesinnung des Täters aber dennoch nicht. Einerseits kann von der sittlichen Verwerflichkeit einer Handlung nicht mehr die Rede sein, wenn der Handelnde sie in der zu dem Bewußtsein der Unsittlichkeit gegensätzlichen redlichen Überzeugung vornimmt, daß er rechtmäßig in Verfolgung seines erlaubten Interesses oder gar einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht so handeln dürfe und müsse (RG 71, 108; 79, 17; 91, 350; JW 1912, 290[11]; 1915, 913[3]; Warn 09 Nr 506). Auf der andern Seite vermag ein Mißbrauch der Stellung oder der wirtschaftlichen Übermacht zum Schaden anderer rein aus feindseliger, gehässiger Gesinnung, wie schon bemerkt, eine an sich erlaubte Handlung zu einer sittlich verwerflichen zu stempeln (RG 74, 224; JW 1911, 402[15]; 1917, 713[10]; Warn 1910 Nr 286; 1916 Nr 250). — Ob eine Handlung einen Verstoß gegen die guten Sitten enthält, ist Rechtsfrage (RG 51, 369; 58 S. 214 u. 219; 86, 191; JW 05, 370[9]).

3. Die Schadenszufügung im Sinne des § 826 muß **vorsätzlich**, der Wille des Handelnden muß darauf gerichtet sein. Hierin besteht das persönliche (subjektive) Merkmal des Tatbestandes des § 826. Grobe Fahrlässigkeit genügt hier dem Erfordernis des Tatbestandes nicht, wie der Wortlaut des Gesetzes klar besagt. Sie kann das gegenständliche Merkmal der Sittenwidrigkeit erfüllen, aber nicht den Vorsatz der Schädigung ersetzen (RG 90, 106; JW 1917, 540[8]). Doch ist nicht erforderlich, daß der Handelnde von der Absicht der Schädigung geleitet werde; er muß sich nur bewußt sein, daß die Handlung den schädlichen Erfolg haben werde, und diese dennoch wollen (RG 58 S. 214 u. 219; 63, 146; 79, 55; 91, 350; JW 05, 369[8]; 07, 201[5]; 1911, 324[18]; Warn 1914 Nr 122; 1917 Nr 291; s. über den Vorsatz im allgemeinen § 823 A 2). Das Merkmal der Vorsätzlichkeit der Schädigung wird auch schon durch das Bewußtsein des Täters erfüllt, daß infolge seiner Handlungsweise der andere Schaden leiden könne, sofern er diesen möglichen Erfolg in seinen Willen aufgenommen und für den Fall seines Eintritts gebilligt hat (dolus eventualis; RG 56, 73; 68, 431; 76, 313; 79, 55; 90, 106; JW 06, 780[48]; 1911, 650[22]; 1914, 678[7]; Warn 1912 Nr 166; 1914 Nr 122; 1916 Nr 271; 1917 Nr 291; 1919 Nr 63; Gruch 52, 1040; 54, 972); nur darf sich der mögliche Erfolg dem Täter nicht als eine so entfernte Möglichkeit darstellen, daß er im Ernste nicht damit rechnen zu müssen glaubt (RG JW 06, 780[48]; 1911, 650[22]; 1912, 36[25]; Warn 1917 Nr 291). Über die Grenze des sog. dolus eventualis und der Fahrlässigkeit, insbesondere bei der Erteilung unwahrer Auskünfte und der Aufstellung ehrverletzender Behauptungen vgl. RG 76, 313; 90, 106; JW 1911, 213[7]; 1917, 34[1]; Warn 1914 Nr. 109 u. Nr 122. Sind Folgen eingetreten, die der Täter nicht in den Kreis seiner Vorstellungen aufgenommen hatte, dann fehlt es insoweit an dem Vorsatze (RG 2. 5. 07 VII 417/06). Darauf, ob der Täter die Höhe des Schadens vorausgesehen hat, kommt nichts an (RG JW 03 Beil 142[313]; Warn 08 Nr 605). Der Vorsatz kann sich auch gegen eine andere Person richten, als gegen diejenige, welche den Schaden erleidet, wenn dieser letztere nur in der Richtung des Vorsatzes liegt (RG Gruch 54, 972; 25. 10. 06 VI 47/06; 7. 7. 10 IV 446/09, 10. 2. 13 IV 476/12). Ist durch dieselbe Handlung mehreren Personen ein Schaden erwachsen, so ist dieser dem Täter als vorsätzlich zugefügt insoweit zuzurechnen, als ihm zum Bewußtsein gekommen ist, daß der Schaden sich weiter fortpflanzen oder werde weitergetragen werden (RG JW 03 Beil 142[313]). Auf die Sittenwidrigkeit der Handlung braucht sich das Bewußtsein des Täters nicht zu erstrecken (s. oben A 2).

4. § 826 spricht von der **Zufügung eines Schadens** schlechthin, mag die Beschädigung unmittelbar das Vermögen oder ein Recht oder Rechtsgut der Person treffen, durch dessen Verletzung mittelbar der Vermögensschaden besteht. Deshalb ist nach § 826 jeder schadensersatzberechtigt, der durch die Handlung einen Schaden erleidet, der ihm vorsätzlich zugefügt ist, auch der mittelbar Beschädigte (RG 79, 55; 84, 332). Auch ein nicht vermögensrechtlicher Schaden ist möglich (RG 7. 7. 10 IV 532/09), für seinen Ersatz gilt § 253; es kann Wiederherstellung, aber nicht Entschädigung in Geld verlangt werden (RG 94, 1; Warn 1913 Nr 53). Davon abgesehen ist Schaden jede Vermögensminderung, auch die Beeinträchtigung einer bloß tatsächlichen Erwerbsaussicht, des Kundschaftsverhältnisses, die Abschneidung von Bezugsquellen für Waren u. a. (RG 48, 114; 58, 219; 75, 61; 79, 55; JW 02 Beil Nr 237; 05, 20[19]; 06, 198[15]; 1911, 111[50]), doch ist eine wirkliche Schädigung erforderlich; es genügt nicht, daß der Kläger einen Schaden erleiden kann (RG Warn 08 Nr 632). Eine freiwillige Aufwendung ist an sich niemals ein Schaden; wurde der Wille aber durch arglistige Täuschung bestimmt, so war er nicht frei, und die Aufwendung erscheint als Schaden (RG 88, 406).

5. Ob in einer Handlung eine vorsätzliche Schädigung eines andern gegen die guten Sitten zu erblicken ist, kann nur aus der Sachlage des einzelnen Falles, der Betrachtung der Ziele der Handlung und des Verhältnisses zu den Mitteln, mit denen der Handelnde diese verfolgt, entschieden werden. Die reichhaltige **Rechtsprechung des RG** kommt hier mehr als Wegweiser zu den wesentlichen Betrachtungspunkten, als für die grundsätzliche Auslegung des Gesetzes in Betracht. Von diesem Gesichtspunkt aus ist die nachfolgende Darstellung der hauptsächlichen Entscheidungen des RG zu dem Paragraphen zu würdigen.

a) Die Berufung auf ein Gesetz, das jemand zur Seite steht, ist niemals gegen die guten Sitten; es ist nicht angängig, das Gesetz dadurch wirkungslos machen zu wollen, daß der dadurch geschützten Partei der Vorwurf des Handelns gegen die guten Sitten gemacht wird (RG 58, 214; 77, 277; JW 09, 59[32]). Deshalb verstößt es auch an sich niemals gegen die guten Sitten, wenn sich jemand auf den Mangel der gesetzlichen Form eines Vertrags beruft und deshalb seine Erfüllung weigert (RG 52, 5; 72, 342; 82, 199; 96, 315; Warn 1917 Nr 174). Dasselbe gilt, wenn die Form auch nur vereinbart war (RG 58, 214), und auch dann, wenn der Zurücktretende weiß, daß der Vertragsgegner für die Ausführung des Vertrags bereits Aufwendungen gemacht hat, die nun nutzlos werden (RG Warn 09 Nr 537). Anders jedoch, wenn der eine Teil absichtlich den Abschluß des Vertrags in der gehörigen Form verhinderte, um sich später gegebenenfalls auf den Mangel berufen zu können (RG 82, 199; 96, 315; Warn 1917 Nr 174); aber auch schon dann, wenn er überhaupt die Schuld daran trägt, daß der Vertrag nicht formgerecht abgeschlossen wurde, so, wenn von der andern Seite die Erfüllung der Form vorgeschlagen, von ihm aber für unnötig erklärt worden war: es ist wider die guten Sitten, wenn er später aus diesem eigenen Verhalten einen Vorteil herleiten will (RG 82, 299; 96, 315; Warn 08 Nr 38; dagegen Oertmann Recht 1914, 8ff.). Der Wechsel des Rechtsstandpunkts bei Verfolgung seiner Rechte kann niemand zum Vorwurf gemacht werden, auch wenn er dem Gegner nachteilig ist, es sei denn, daß damit die Absicht verbunden ist, die Lage zum Schaden des Gegners auszunutzen (RG JW 06, 15[13]; Warn 09 Nr 451). Kein Verstoß wider die guten Sitten ist es, wenn jemand ihm an sich zustehende Ansprüche erhebt, auf die er in einem nach § 138 BGB nichtigen Rechtsgeschäfte verzichtet hatte, indem er sich auf diese Nichtigkeit beruft (RG Warn 1914 Nr 273); doch darf er wiederum nicht aus der Nichtigkeit des Geschäfts Vorteile sich verschaffen wollen; er handelt arglistig und wider die guten Sitten, wenn er behalten will, was er auf Grund des nichtigen Geschäfts erhalten hat, aber auch noch das fordert, was er zur Erlangung der Vorteile dieses Geschäfts aufgegeben hatte (RG Warn 1917 Nr 16). Ebenso darf kein Schuldner aus der Nichtigkeit einer von ihm bestellten Sicherheit das Recht herleiten, sich der Erfüllung der Verpflichtung, für die die Sicherheit bestellt war, überhaupt zu entziehen; will der Gläubiger trotz der verlorengegangenen Sicherheit an dem Vertrage festhalten, so muß sich der Schuldner dem fügen (RG JW 1916, 390[1]). Ebensowenig wie die Berufung auf das Gesetz begründet die Ausübung von Vertragsrechten einen Verstoß gegen die guten Sitten. Wer sich einem Vertrage unterworfen hat, der ihm Opfer auferlegt und ihn Schädigungen aussetzt (Tarifvertrag mit Schaden bei Vertragsverletzungen), h t diese Wirkungen selbst gewollt (RG 81, 4; 88, 406). Eine planmäßig mittels wissentlich unrichtiger Einwendungen bewirkte Prozeßverzögerung verstößt gegen die guten Sitten, wenn nicht besondere Umstände eine andere Beurteilung rechtfertigen (RG 95, 310). Wider die guten Sitten ist es ferner, wenn ein Gläubiger sich einen Geldbetrag durch Überweisung zahlen läßt, von dem er weiß, daß der Zahlende ihn unrechtmäßig erworben hat; daß ihm das Geld nicht körperlich übergeben wurde, schützt ihn gegen die Eigentumsklage; das darf ihm jedoch nicht dazu verhelfen, die Beute in Sicherheit zu genießen (RG 94, 191). Ein Gewerbeunternehmer haftet nicht schon deshalb aus § 826, weil er bei Errichtung einer für die Nachbargrundstücke gefährlichen und lästigen Anlage die Entwertung dieser Grundstücke mit Sicherheit voraussehen konnte; wohl aber, wenn er die den Gewerbebetrieb zulassende polizeiliche Genehmigung arglistig durch Täuschung der Behörde erschlichen hatte (RG Warn 1914 Nr 251); eine Anhäufung eingetragener Warenzeichen auf Vorrat, um andere von der Eintragung ähnlicher Zeichen auszuschließen, kann gleichfalls nicht als sittenwidrig erachtet werden (RG 97, 90). Über die Vollstreckung einwandfrei erlangter Urteile vgl. zu d.

b) Über die arglistige Täuschung beim Vertragsschlusse und deren Rechtsfolgen ist § 123 A 2 u. 5, sowie Vorbem 4e vor § 823 gehandelt. Sie erfüllt nicht notwendig den Tatbestand einer u. H. Derjenige des § 826 setzt zum mindesten einen Schaden des Getäuschten und das Bewußtsein der Schädigung bei dem Täuschenden voraus. Ersterer fehlt z. B., wenn jemand einen Geldmann bestimmt, einem Dritten Kredit zu geben unter der falschen Angabe, dieser habe eine große Erbschaft gemacht, sofern der Dritte auch ohne die Erbschaft kreditwürdig und zahlungsfähig ist (RG 1. 7. 12 VI 112/12). Das Bewußtsein der Schädigung fehlt, wenn der Täuschende seine ins Blaue hinein abgegebene Versicherung unwahrer Tatsachen (so des Feuerkassenwerts eines Grundstücks) nur in der Absicht abgibt, dadurch den Vertrag zustande zu bringen, ohne dabei an eine mögliche Schädigung des

Getäuschten zu denken (RG Warn 1913 Nr 42). Die arglistige Täuschung wider die guten Sitten kann begangen werden durch Erregung eines Irrtums oder durch Ausnutzung eines solchen, ferner sowohl durch die Versicherung unwahrer wie durch die Verschweigung wahrer Tatsachen; so durch Zusicherung der Beschlagnahmefreiheit von Waren, deren Beschlagnahme, wie dem Verkäufer bekannt war, bevorstand (RG Warn 1920 Nr 41). Fälle der Erregung eines Irrtums durch arglistige Versicherung unwahrer Tatsachen bei Grundstücks- und Hypothekenverkäufen s. RG IW 1912, 536[15]; Warn 1911 Nr 31; 1914 Nr 49; 1918 Nr 181; beim Warenkauf Warn 1916 Nr 77; Vortäuschung von Börsentermingeschäftsfähigkeit bei der Eingehung von Börsentermingeschäften Warn 1917 Nr 207. Übertreibende, beschönigende, verschleiernde Redensarten sind im kaufmännischen Verkehr gang und gäbe und verstoßen noch nicht wider die guten Sitten, wenn nicht damit eine Täuschung über wesentliche Bedingungen des abzuschließenden Vertrags bezweckt wird (RG IW 06, 60[12]). Mit der Ausnutzung eines vorhandenen Irrtums handelt noch nicht sittlich verwerflich, wer ein Vertragsangebot in der Erkenntnis annimmt, daß der Anbietende sich in der Ansetzung des Angebotspreises nach Maßgabe der geltenden Wertverhältnisse geirrt habe, und diesen Irrtum zu seinem Vorteil benutzt; er hat nicht die Pflicht, den Vertragsgegner auf den Irrtum aufmerksam zu machen. Wer eine rechtsgeschäftliche Erklärung abgibt, muß selbst aufmerksam sein (RG 55, 367). Ein Verstoß wider die guten Sitten liegt jedoch dann in der Benutzung des Irrtums des andern, wenn der Unterschied des bedungenen Preises und des wirklichen Verkaufwerts ein ganz unverhältnismäßig großer ist, so daß aus seiner bewußten Ausnutzung auf einen Schädigungsvorsatz geschlossen werden muß (RG IW 1910, 187[10]; 12. 6. 11 VI 281/10). Eine arglistige Täuschung durch Stillschweigen wird begangen, wo die Umstände nach Treu und Glauben das Reden forderten (RG 62, 149; 69, 13; 77, 309; 91, 80; Warn 1914 Nr 38 u. 185; 1919 Nr 168; LZ 1917, 1071[15]). Freilich besteht keine allgemeine Offenbarungspflicht über alle Verhältnisse, die für einen Vertragsschluß von Bedeutung sein können; namentlich ist kein Kaufmann verpflichtet, einem Dritten, der als Bürge für einen Schuldner des Kaufmanns einzutreten bereit ist, seine Geschäftsbeziehungen zu diesem aufzudecken (RG 91, 80; LZ 1917, 1071[15]); arglistig und wider die guten Sitten ist nur die vorsätzliche Unterlassung derjenigen Mitteilungen, die der Vertragsgegner nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (RG a. a. O.; IW 1911 S. 213[8], 324[18], 575[7]). So das Verschweigen des Kredit begehrenden Warenkäufers, daß sein ganzes Warenlager einem andern Gläubiger übereignet ist (RG IW 1911, 324[18]); des Verkäufers eines Grundstücks, daß eine darauf lastende Hypothek gekündigt ist (RG 15. 6. 10 V 321/09); das Verschweigen bei der Abtretung einer Hypothek, daß die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung über das Pfandgrundstück eingeleitet ist (RG IW 1911, 213[8]); das Verschweigen der wahren Geschäftslage, wenn bei einem Anstellungsvertrage der Anzustellende verpflichtet wird, Gesellschaftsanteile zu erwerben, die in Wirklichkeit wertlos sind (RG Warn 1912 Nr 166). Gegen die guten Sitten verstößt endlich die Ausbeutung eines Geistesschwachen, der zu einem ihm schädlichen Vertrage bestimmt wird (RG 67, 393; 72, 61).

c) Die Verletzung bestehender Vertragspflichten durch Nichterfüllung ist nicht schlechthin unsittlich. Nur darf keine Vertragspartei darauf ausgehen, den Vertragszweck für den andern Vertragsteil zu vereiteln (RG Warn 09 Nr 89). Ein Gesellschafter handelt unsittlich, wenn er hinter dem Rücken der übrigen für sich selbst Geschäfte macht und deren Abschluß für die Gesellschaft vereitelt (RG IW 1917, 104[6]), nicht dagegen, wenn er in Verfolgung seines erlaubten Interesses den Gesellschaftsvertrag rechtsgültig kündigt und dann darauf hinarbeitet, die Lieferanten und Kunden der Gesellschaft an sich allein heranzuziehen (RG IW 1917, 217[5]). Unsittlich ist der Vertragsbruch eines Treuhänders, der bestellt ist, die Interessen aller Gläubiger zu schützen, und sich als Gläubiger Sondervorteile vom Schuldner ohne Wissen der anderen ausbedingt (RG 79, 194). Der Schuldner hat nicht die Verpflichtung, nur für seinen Gläubiger zu leben und zu arbeiten. Es ist nicht wider die guten Sitten, wenn ein Schuldner, um mit seiner Familie wirtschaftlich bestehen zu können, in einem Anstellungsvertrage die Entlohnung für zukünftige Dienste sich in der Weise versprechen läßt, daß ein kleinerer Gehaltsbetrag ihm gezahlt, daneben eine größere Leistung seiner Ehefrau gemacht wird, sofern die Höhe des der Ehefrau zugewiesenen Gehaltsteils in angemessenen Grenzen bleibt und einer standesgemäßen bescheidenen Lebensführung des Schuldners sich anpaßt (Fünfzehnhundert-Mark-Vertrag; RG 69, 59; 81, 41; IW 1912, 689[13]); ebenso nicht, wenn ein Schuldner sein Geschäft auf seine Ehefrau überträgt und ihr in dem Geschäfte seine Dienste unentgeltlich zu widmen sich verpflichtet (RG 67, 169). Aber es ist gegen die guten Sitten, wenn der Schuldner das vorhandene Hab und Gut durch treuhänderische Veräußerungsgeschäfte in nach außen nicht erkennbarer Weise an Dritte als Vertreter überträgt und übereignet, um es den Gläubigern zu entziehen (RG 74, 224; IW 04, 499[32]; 1911 S. 324[18], 576[10], 650[22]; 1913, 318[4]; Warn 1912 Nr 155). Auf seiten des Gläubigers ist dementsprechend ein Verstoß gegen die guten Sitten gegeben, wenn er sich das ganze gegenwärtige und zukünftige Warenlager, sowie alle gegenwärtigen und zukünftigen Außenstände

des Schuldners übereignen und übertragen läßt, wodurch er diesen seiner wirtschaftlichen Selbständigkeit beraubt, andere Gläubiger darüber notwendig täuscht und sie um die Mittel ihrer Befriedigung bringt, mag selbst seine Absicht die gewesen sein, dem Schuldner aufzuhelfen (Knebelvertrag; RG 85, 343; JW 1911, 576[10]; 1913, 916[1]; 1914, 83[15]; 1915, 191[2]; 1917, 460[2]; 1919, 443[1]; Warn 1913 Nr 400; 1915 Nr 134; 1916 Nr 271; 1919 Nr 189). Der Gläubiger handelt ferner wider die guten Sitten, wenn er, um dem Schuldner die, wie er weiß, begründeten Einreden abzuschneiden, gegen eine ausdrückliche Vereinbarung oder auch ohne eine solche, die ihm vom Schuldner gegebenen Wechsel auf dritte gutgläubige Erwerber überträgt (RG 51, 357; 56, 317; Warn 1912 Nr 386). Noch mehr, wenn der Gläubiger durch eine Reihe ineinandergreifender planmäßiger Handlungen seinem Schuldner selbst den allgemeinen Kredit abschneidet und ihm die Möglichkeit verlegt, ihn, den Gläubiger, zu befriedigen, um in der Zwangsversteigerung die Grundstücke des Schuldners billig an sich zu bringen (RG 58, 219), oder wenn er sonst durch sein Verhalten die rechtliche oder wirtschaftliche Lage seines Schuldners zu verschlechtern trachtet (RG 58, 425). Es ist eine im Bauverkehr nicht seltene hierher gehörige Erscheinung, daß der Baugeldgeber, wenn der Bau zum größeren Teile fertiggestellt ist, mit seinen weiteren Vertragsleistungen unter nichtigen Vorwänden zurückhält, um das Baugrundstück, für das im unfertigen Bauzustande nur schwer Kauflustige sich finden, zur Zwangsversteigerung und darin an sich zu bringen. Gegen die guten Sitten handelt ferner der Vermieter, der gegen den Mieter mit einer Räumungsklage vorgeht, nachdem er ihn vorher durch vertragswidrige Weigerung der Zustimmung zu einer Untervermietung außerstand gesetzt hatte, den Mietzins zu zahlen (RG 22. 11. 07 III 326/07). Nicht gegen die guten Sitten handelt ohne hinzukommende andere Tatbestandsmomente der Darlehnsgläubiger, der die ausgefallene Forderung gegen den persönlichen Schuldner beitreibt, obwohl er selbst das Pfandgrundstück so billig erstanden hat, daß der Mehrwert seine Forderung deckt; denn er handelt in erlaubter Verfolgung seines Rechts (RG 80, 153 u. a.); vgl. darüber auch unter g. Kein Verstoß wider die guten Sitten ist die Vereitelung des Zustandekommens eines Vertrags, für den ein bindendes Vertragsangebot noch nicht vorlag (RG Warn 1914 Nr. 3).

d) Die Schadensersatzpflicht aus § 826 wird auch durch ein rechtskräftiges Urteil zugunsten des Schädigers nicht grundsätzlich gehindert. Zwar kann die Geltendmachung eines rechtskräftigen Urteils, auch in Kenntnis seiner sachlichen Unrichtigkeit (z. B. wenn es auf einer falschen Zeugenaussage beruht), noch nicht als ein Verstoß gegen die guten Sitten angesehen werden, wie RGSt 34, 279 anzunehmen scheint; denn dadurch, daß jemand angehalten wird, eine ihm aus einem rechtskräftigen Urteil obliegende Verbindlichkeit zu erfüllen, wird ihm kein Schaden zugefügt, und zur Beseitigung eines auf falscher Beweisgrundlage beruhenden rechtskräftigen Urteils bietet die ZPO die Mittel, von denen der Benachteiligte Gebrauch machen kann (§§ 580ff. ZPO; RG 67, 151; 80, 153; Gruch 63, 611; 22. 2. 12 VI 231/11). Ein Schadensersatzanspruch aus § 826 entsteht auch dann nicht, wenn die Prozeßpartei bei der Urteilserwirkung gegenüber dem Prozeßgegner ganz offen handelte und nur den Richter täuschte (RG Warn 1914 Nr 278). Das gleiche gilt von der Geltendmachung der Rechte aus einem Vergleiche, dessen Forderungsgrundlage nicht besteht, wenn dieses Nichtbestehen der Forderung beim Abschlusse des Vergleichs dem andern Teile ebensowohl bekannt war (RG Gruch 52, 1027). Anders jedoch, wenn der Gläubiger des rechtskräftigen Urteils dieses selbst hinter dem Rücken des Schuldners in Kenntnis des Nichtbestehens seiner Forderung in der Art erwirkt hatte, daß der Schuldner sich nicht verteidigen konnte (z. B. durch öffentliche Zustellung, von der er wußte, daß sie den Gegner nicht erreichen würde, und obwohl er wußte, wo dieser sich aufhielt). „Die Wirkung der Rechtskraft hört auf, wo sie bewußt rechtswidrig zu dem Zwecke herbeigeführt ist, dem, was nicht Recht ist, den Stempel des Rechtes zu geben" (RG 46, 75; 61, 359; 75, 213; 78, 389; JW 05, 234[16]; 12, 37[26]; 1916, 1195[16]). Der Schadensersatz geht in solchem Falle auf Herausgabe des Vollstreckungstitels und Einstellung der Zwangsvollstreckung. Einen Fall der arglistigen Erwirkung eines rechtskräftigen Zuschlagsurteils in der Zwangsversteigerung zum Nachteil eines Hypothekengläubigers behandelt RG 69, 277. Ein gegen die guten Sitten verstoßender Mißbrauch der Rechte aus einem rechtskräftigen Urteile ist es ferner, wenn der obsiegende Teil die Verurteilung des Gegners in einer über ein vernünftiges Maß hinausgehenden Weise öffentlich bekanntmacht, während ihm in gehörigen Schranken das Recht einer solchen Mitteilung an den dabei interessierten Personenkreis nicht zu versagen ist (RG JW 07, 527[39]).

e) Die zwischen anderen Personen bestehenden persönlichen Schuldverhältnisse können von einem Dritten nicht verletzt (vgl. § 823 A 9) und brauchen von ihm nicht beachtet zu werden (RG Gruch 51, 987). Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß ein komplottmäßiges Zusammenwirken des einen Vertragsteils mit einem Dritten zum Schaden des andern Vertragsteils nicht nur den verräterischen Vertragsteil, sondern auch den Dritten gegenüber dem beeinträchtigten Vertragsteile nach § 826 verantwortlich macht (RG 62, 137; 83, 237; 88, 361; 90, 350; JW 1910, 390[7]; Gruch 51, 987). Sittlich verwerflich ist des-

halb der in planmäßigem Zusammenwirken mit einem Wechselgläubiger erfolgte Erwerb von Wechseln, um dem Schuldner Einreden abzuschneiden (RG Warn 1912 Nr 386; die bloße Kenntnis der Einreden macht den Erwerb nicht sittenwidrig, RG 57 S. 65 u. 391; JW 08, 151[25]). So wird dem geschädigten Vertragsteile ferner haftbar, wer von dem Mißbrauch einer Vertretungsmacht zu Geschäften, für welche sie im inneren Verhältnisse nicht erteilt war, Kenntnis hat (RG 58, 356; Warn 09 Nr 481; JW 03 Beil 74[170]). Wer sich in Kenntnis des vertragsmäßigen Rechtes eines Dritten auf Bestellung einer Hypothek an einem Grundstücke wegen einer für ihn bestehenden Forderung vorher eine Hypothek eintragen läßt, handelt noch nicht unsittlich (RG JW 1910, 390[7]; Gruch 51, 987; vgl. RG 73, 50); ebenso nicht schon, wer in Kenntnis eines älteren persönlichen Anspruchs auf Eigentums- oder Besitzübertragung sich das Eigentum oder andere dingliche Rechte an Sachen einräumen läßt (RG 83, 237); wohl aber, wer, mag er auch nebenbei eigene erlaubte Zwecke verfolgen, im arglistigen planmäßigen Zusammenwirken mit dem Eigentümer eine Auflassung entgegennimmt, um dadurch diesem einen unliebsamen Veräußerungsvertrag mit einem Dritten beseitigen (RG 62, 137; vgl. dazu RG 83, 237) oder die Begründung einer Grunddienstbarkeit hintertreiben zu helfen, zu der er sich verpflichtet hatte (RG Gruch 50, 971). Ebenso verstößt gegen die guten Sitten die Übertragung einer Hypothek und deren Annahme durch ein Scheingeschäft zu dem Zwecke, das Recht eines Dritten auf Vorrechtseinräumung zu vereiteln (RG 95, 160). Ein sittenwidriger Eingriff in ein zwischen anderen Personen bestehendes Schuldverhältnis liegt auch vor, wenn der Käufer den Verkäufer veranlaßt, an ihn unter Umgehung des Verkaufsmaklers zu verkaufen, dem der Verkäufer die Verkaufsvermittlung gegen einen Mäklerlohn übertragen hatte (RG Warn 09 Nr 142), oder wenn jemand den beauftragten Geschäftsführer eines andern durch Bestechung gewinnt, hinter dem Rücken seines Auftraggebers zu dessen Nachteile tätig zu sein und ihm Kauflustige abwendig zu machen, anstatt sie ihm zuzuführen (RG Warn 09 Nr 97). Maßnahmen eines Gläubigers zur eigenen Sicherung sind nicht schon deshalb unsittlich, weil sie zu einer Schädigung anderer Gläubiger führen; sie mögen zur Gläubigeranfechtung führen, begründen aber noch keinen Schadensersatzanspruch aus § 826 (RG Warn 1915 Nr 134; LZ 1917 S. 1070[14] u. 1254[9]). Sittlich verwerflich kann es sein, wenn sich ein Gläubiger, der sich gleich den übrigen mit dem Schuldner auf einen Prozentsatz der Forderung verglichen hat, hinterher und hinter dem Rücken der anderen die Zahlung der ganzen Forderung versprechen läßt (RG 79, 194). Die Verleitung eines Vertragspflichtigen zum Vertragsbruch, insbesondere eines Angestellten zur vertragswidrigen Auflösung des Dienstverhältnisses, verstößt dagegen ohne anderweite Schädigungsabsicht nicht schlechthin gegen die guten Sitten, sofern nicht Umstände hinzutreten, die das Verhalten verwerflich erscheinen lassen (RG 78, 14; JW 06, 465[23]; 1910, 705[5]; 1913, 866[11]; Warn 1910 Nr 183; 1913 Nr 322; 12. 4. 11 VI 417/10; zu weit geht RG JW 1913, 325[10], wo abweichend hiervon jede Verleitung eines bei einem Dritten unter Konkurrenzverbot Angestellten zum Vertragsbruch für unsittlich erklärt wird; ähnlich weitgehend in der Begründung RG JW 1916, 413[13]; in beiden Fällen handelt es sich aber um unlauteren Wettbewerb, was die Entscheidungen annehmbar macht; vgl. anderseits die angezogene Entscheidung Warn 1913 Nr 322). Nicht unsittlich ist regelmäßig die Verleitung zur Lösung eines Vertragsverhältnisses auf dem ordentlichen Wege der Kündigung (RG JW 1916, 1115[4]; vgl. dazu JW 1917, 217[5]). Über die Berufung auf ein nach dem Anfechtungsgesetz anfechtbares Rechtsgeschäft durch den Erwerber gegenüber dem Gläubiger des Veräußerers vgl. Vorbem 2d vor § 823. Über Knebelverträge, die zugleich den Schuldner wie dessen übrige Gläubiger schädigen, s. A 3c. Beihilfe zur Begründung eines äußerlich glänzend ausschauenden, in Wahrheit nicht lebensfähigen Geschäfts eines Schuldners durch einen Gläubiger in eigennütziger Absicht RG JW 1917, 37[4].

f) Eine Handlung wider die guten Sitten ist es, wenn bei Vertragsverhandlungen ein Dritter, der nicht Vertragspartei ist, in Unterstützung der einen Vertragspartei den andern Vertragsteil durch arglistige Täuschung zum Abschlusse des Vertrags bestimmt (RG 61, 250; 63, 146). So, wenn der Makler bei Kaufverhandlungen dem Verkäufer einen Kauflustigen zuführt und ihm über dessen Zahlungsfähigkeit wissentlich falsche Angaben macht (RG Warn 08 Nr 49); wenn ein Dritter bei Gründung einer G. m. b. H. durch wissentliche Überwertung der Sacheinlage eines Gesellschafters die Gesellschaft schädigt (RG 84, 332). Hierher gehört ferner der Fall, daß jemand einen andern zur Eingehung einer Wechselbürgschaft für die Wechselverpflichtung eines Dritten an bestimmter Stelle veranlaßt unter dem Vorgeben, daß er vor ihm als Bürge zeichnen werde und, nachdem jener unterzeichnet hat, seine Unterschrift erst hinter ihm abgibt, während an die vordere Stelle eine zahlungsunfähige Person geschoben wird (RG Warn 08 Nr 517). Oder daß bei einem auf bestimmte Unternehmer beschränkten Ausschreiben von Arbeiten oder Lieferungen (Submission) ein Unternehmer die anderen durch Abfindungen bestimmt, nur Scheingebote abzugeben, damit er der Mindestfordernde bleibt (RG Warn 08 Nr 50; Gruch 52, 1037). Keinen Verstoß wider die guten Sitten bedeutet es, wenn ein Rechtsanwalt bei Vergleichs-

verhandlungen mit dem Gegner seiner Partei die Vereinbarung eines Sonderhonorars, das ihm diese zugesichert hat, verschweigt; es besteht keine Verpflichtung, die eigenen Verhältnisse dem Gegner zu offenbaren (RG 98, 74).

g) Der letztbehandelte Fall leitet hinüber zu den Maßregeln, die bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks von Hypothekengläubigern oder sonstigen Kauflustigen zum Nachteile anderer Hypothekengläubiger oder des Eigentümers vorgenommen werden. Kein Hypothekengläubiger hat die Verpflichtung, bei der Zwangsversteigerung des Pfandgrundstücks mitzubieten; deshalb enthält auch eine Vereinbarung mehrerer Gläubiger, sich des Bietens zu enthalten, an sich nichts Unsittliches. Sie wird jedoch zu einem Verstoße gegen die guten Sitten, wenn sie bezweckt, alle in Betracht kommenden Bieter überhaupt auszuschalten, so daß zum Schaden des Eigentümers oder anderer Hypothekengläubiger der Zweck der gesetzlichen Zwangsversteigerung, durch Erzielung eines möglichst dem Grundstückswert entsprechenden Gebots bei freiem Wettbewerb der Bieter die Deckung der auf dem Grundstücke ruhenden Lasten herbeizuführen, vereitelt wird (RG 58, 393; JW 07, 201[5]). Gegen die guten Sitten handelt ein nachstehender Hypothekengläubiger, der dem vorstehenden gegenüber übernommen hat, ihn herauszubieten, wenn er zum Nachteile des daraufhin im Versteigerungstermine nicht vertretenen Vorgläubigers eine diesem unbekannte Sachlage ausnützt, ohne ihn nach Treu und Glauben von dieser Sachlage, soweit dies ohne Schwierigkeit möglich, zu benachrichtigen (RG 69, 277; Warn 1911 Nr 326). Kein Verstoß gegen die guten Sitten ist es aber, wenn ein Hypothekengläubiger in der Zwangsversteigerung von einem Bieter nach § 67 ZVG wegen seines Gebots Sicherheit verlangt, auch wenn er vorher diesen Bieter als Hypothekengläubiger selbst bewogen hatte, mit seiner vorstehenden Hypothek hinter die seinige zurückzutreten (RG 58, 214). Kein Verstoß gegen die guten Sitten ist es auch wenn der Gläubiger bei der Versteigerung des Grundstücks oder der für ihn gepfändeten beweglichen Sachen diese ersteht, beim Weiterverkauf einen seine Forderung übersteigenden Erlös erzielt, gleichwohl aber seine Forderung geltend macht (RG 80 S. 153, 161; JW 1916, 400[5]; 1917, 812[3]).

h) Rat, Auskunft und Empfehlung bilden, wenn sie wissentlich unwahr erteilt werden, die Grundlage für einen Schadensersatzanspruch nach § 826 (vgl. § 676 A 3). Hierher gehört insbesondere die wider besseres Wissen oder wenigstens mit dem Bewußtsein, daß sie falsch sein könne, erstattete Auskunft über die Kreditwürdigkeit eines Kaufmanns (RG 94, 318; JW 1911 S. 43[29], 584[27]; 1917, 285[5]; Warn 08 Nr 214 u. 518; 1910 Nr 327; einen Fall grob fahrlässiger Beauskunftung behandelt JW 1911, 584[27]; vgl. oben A 2); eine solche Auskunft ist aber zusammenhängend als Ganzes zu würdigen; eine Bank kann nach der bestehenden Übung einer erbetenen Auskunft nicht wohl ausweichen, braucht aber auch ihre eigenen Beziehungen zu dem Geschäftsmann, über den Auskunft begehrt wird, nicht aufzudecken; das nötigt sie zu vorsichtiger Zurückhaltung in ihrer Auskunft, auf die der Anfragende sich einstellen muß (RG JW 1916, 36[3]; Warn 1917 Nr 110). Eine gelegentliche Auskunft bei zufälligem Zusammentreffen, die der Befragte nicht für verbindlich erachten muß, begründet keine Schadensersatzpflicht nach § 826 (RG Warn 1915 Nr 84). Über die Pflicht einer Berichtigung hinsichtlich einer gegenständlich unwahren, persönlich gutgläubigen Auskunft nach erlangter Kenntnis von der Unrichtigkeit handelt RG JW 1917, 285[5]. In ähnlicher Weise ist die Auskunft des Kaufmanns oder das Zeugnis über einen früheren Angestellten zu beurteilen, wobei namentlich die Verschweigung von Unehrlichkeiten in Betracht kommt (RG JW 05, 308[8]; 1916, 1190[9]; Warn 1916 Nr 76; 1917 Nr 88), ebenso die wissentlich unwahre Empfehlung eines Angehörigen für eine Stellung unter Verschweigung früherer Veruntreuungen (RG Warn 1912 Nr 24; vgl. aber auch JW 1913, 431[8]). Ferner ist hierher zu rechnen die wissentlich falsche Auskunft des Bankkaufmanns über Wertpapiere (RG JW 03 Beil 142[313]) oder die des Maklers über die Zahlungsfähigkeit eines Käufers, den er seinem Auftraggeber zuführt (RG Warn 08 Nr 49); die Verleitung zum Abschlusse von gewagten Börsenspielgeschäften durch den Bankkaufmann und den Dritten, der diesen die Spiellustigen zuführt (RG 1916 Nr 277). Wider die guten Sitten verstößt es weiter, wenn ein Hauseigentümer, der das Haus verkaufen will, mit einem Mieter vereinbart, daß dieser bei Besichtigungen des Hauses den Kauflustigen wahrheitswidrige günstige Auskünfte über das Haus erteilen oder wahrheitswidrig ungünstige Umstände verschweigen soll, wogegen die bloße Abrede, daß der Mieter keine ungünstigen Auskünfte gebe, nicht schlechthin die guten Sitten verletzt (RG Warn 09 Nr 89). Darüber, was als wissentlich unwahr anzusehen ist, vgl. § 824 A 8; über die Haftung dritten Personen gegenüber, an welche die Austunft weitergegeben wird, oben A 3 am Schlusse und RG JW 1912, 293[12]; über die Erfüllung des Tatbestandes des § 826 unter besonderen Umständen auch durch grob fahrlässige Mitteilungen, oben A 2 am Schlusse; über die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit bei Auskünften RG 76, 313; vgl. auch Warn 1914 Nr 109.

i) Eine Haftung aus § 826 kann durch den Mißbrauch des Eigentums und anderer ausschließlicher Rechte zum Schaden eines andern begründet werden. Die Entziehung von

Licht und Luft für den Nachbar durch eigene Veranstaltungen ist nicht wider die guten Sitten, wenn sie im erlaubten Interesse, nicht in Schädigungsabsicht erfolgt (RG 98, 15). Der Bordellbetrieb in einem Hausgrundstück ist an sich gegen die guten Sitten; wenn er auch in natürlichem Sinne (physisch) in das Eigentum der Nachbargrundstücke nicht hinübergreift, kann er doch eine Entwertung der letzteren durch Sinken der Mietpreise und des Verkaufswerts bedingen, die ihre Eigentümer schädigt. Wenn der Bordellbesitzer sich dessen bewußt ist, wird er den Nachbarn nach Maßgabe des § 826 schadensersatzpflichtig (RG 50, 225; 57, 239; Warn 08 Nr 312). Einen Mißbrauch ausschließlicher Rechte unter vorsätzlicher Schädigung anderer stellt die Benutzung von Warenzeichen, die an sich in gesetzmäßiger Weise erworben sind, zum Zwecke der Täuschung über Herkunft oder Beschaffenheit von Waren dar (einzelne Fälle RG 66, 236; 81, 330; 85, 197; JW 08, 281[23]; 1911, 111[50]; 1915, 1262[7]), nicht aber schon das Erwirken der Eintragung des Warenzeichens in dem Bewußtsein, daß ein anderer vorher das gleiche Zeichen benutzt habe, und die Untersagung der Weiterführung des Zeichens gegen den andern auf Grund der erwirkten Eintragung (RG Warn 09 Nr 40). Über die Eintragung von Warenzeichen auf Vorrat vgl. RG 97, 90. Einen Mißbrauch des eigenen Namens zur Schädigung eines andern behandelt RG Warn 1911 Nr 401. Der Verkauf der Pfandsache durch den Pfandgläubiger, um einen Dritten zum Erwerbe der Sache zu verhelfen, ist nicht wider die guten Sitten, sofern er nicht aus Schikane erfolgt; er ist die Ausübung eines Rechts (RG 98, 70).

k) Durch einen Mißbrauch der persönlichen Stellung handelt wider die guten Sitten der Ehemann, der seine Schuld ohne Zustimmung der Ehefrau aus deren Vermögen bezahlt, mit ihm der Gläubiger, der in voller Kenntnis der Sachlage die Zahlung entgegennimmt (RG JW 05, 391[9]); der Vater, der aus nichtigen und verwerflichen Gründen seine zunächst in Aussicht gestellte Einwilligung in die Eheschließung der Tochter verweigert, gegenüber dem Verlobten, der bereits kostspielige Aufwendungen für die künftige eheliche Wirtschaft gemacht hat (RG 58, 248); der Vorerbe, der Nachlaßforderungen lediglich zu dem Zwecke einzieht, den Wert seiner Ehefrau und deren Verwandten zuzuwenden, damit die Nacherben nichts bekommen (RG 70, 332). Im wirtschaftlichen und Berufsleben ist es keine Handlung wider die guten Sitten und kein Mißbrauch des Ansehens, daß ein Ärzteverein, eine freigeschaffene Vereinigung der Berufsgenossen zur Wahrung der Standesinteressen, in deren Wahrnehmung und ohne Verletzung des öffentlichen Interesses (RG 68, 186) den Mitgliedern zur Pflicht macht, ihre Dienstleistungen den Krankenkassen nicht unter einem Mindestsatze zu gewähren (RG JW 03 Beil 40[83]), oder ihnen mit bestimmten Personen des ärztlichen Standes die gegenseitige Vertretung und den Beratungsverkehr untersagt (RG 64, 155), und wenn er Gegner der von ihm verfolgten Berufsinteressen von der Mitgliedschaft des Vereins ausschließt, um sie von dessen Wirkungskreise fernzuhalten (RG 93, 302; JW 1912, 294[13]; 1914, 35[5]). Sittlich verwerflich ist es aber, wenn der Ärzteverein einem Arzte ein Verbot des Verkehrs mit einem andern Arzte unter Androhung der Verrufserklärung auferlegt und die letztere dann auch ausspricht und neben den Mitgliedern Krankenhäusern und medizinischen Fakultäten mitteilt, ohne den Arzt über die Gründe des Verbots aufzuklären und in den Mitteilungen den Sachverhalt darzulegen (RG 79, 17); ferner wenn er gegen seinen Satzungen nicht unterworfene Berufsgenossen, um sie dem Vereinswillen gefügig zu machen, planmäßig mit Maßregeln vorgeht, so, wenn er die bereits aus dem Verein freiwillig ausgetretenen Ärzte aus diesem ausschließt, um ihnen den beruflichen Verkehr mit anderen Ärzten abzuschneiden (RG JW 1914, 460[2]), oder wenn er einem Arzte die Verpflichtung auferlegt, sich innerhalb einer längeren Zeit ohne seine Genehmigung nicht an einem andern Orte, als seinem derzeitigen Wohnorte, niederzulassen (RG 68, 186). In ähnlicher Weise ist es kein Mißbrauch der Machtstellung einer Reederei, wenn sie von ihren Angestellten verlangt, daß sie einem Verbande von Seeleuten fernbleiben, der die Stellung und die Rechte der Reedereien ihren Beamten und Angestellten gegenüber herabzudrücken sich zum Ziele gesetzt hat (RG Warn 09 Nr 556).

l) Über den Mißbrauch einer Vertretungsmacht zum Nachteile des Vertretenen s. oben unter e. Bestimmungen über einen Mißbrauch der Stellung gesetzlicher Vertreter wirtschaftlicher Körperschaften enthalten § 314 HGB, § 147 GenG, § 82 GmbHG. Die wissentlich falsche Darstellung oder die wissentliche Verschleierung der Vermögenslage der Gesellschaften nach diesen Gesetzen enthält, wenn sie zum Zwecke der Täuschung Dritter erfolgt, die der Gesellschaft Kredit gewähren sollen, zugleich eine Zuwiderhandlung gegen § 826, dessen Tatbestand an die engeren Merkmale jener Paragraphen hinsichtlich des Gegenstandes der unwahren Darstellung nicht gebunden ist, und macht die Vertreter den geschädigten Dritten haftbar (RG JW 08, 149[23]). Im inneren Verhältnisse der Gesellschaft und ihrer Vertretung zu den Mitgliedern kann der Beschluß der Generalversammlung auf Entlastung des Vorstandes und des Aufsichtsrats, wenn die Mehrheit vorsätzlich zum Nachteile der Minderheit gehandelt hat, einen Verstoß gegen die guten Sitten bedeuten (RG 68, 314); ein solcher liegt aber noch nicht darin, daß der Mehrheitsbeschluß willkürlich und in den Augen der Minderheit dem

Gesellschaftsinteresse schädlich erscheint (RG 68, 235; Hiberniafall). Die Schiebung von Aktien, denen für eine Beschlußfassung der Generalversammlung nach § 252 Abs 3 HGB das Stimmrecht entzogen ist, an Dritte zu dem Zwecke, daß sie im Sinne des Veräußerers an der Abstimmung teilnehmen, ist dann wider die guten Sitten, wenn eine Bindung des Willens stattfand oder das Geschäft gar nicht ernstlich gemeint war (RG 85, 170).

m) Ein gegen die guten Sitten verstoßender Mißbrauch der Dienststellung ist es, wenn gewerbliche Angestellte eines gewerblichen Unternehmers während des Dienstverhältnisses anderen Unternehmern, die mit dem Dienstherrn jener im Wettbewerbsverhältnis stehen, über Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens ihres Dienstherrn (Verfahren, Maschinen, Verarbeitungsstoffe, Bezugsquellen) Mitteilungen machen (RG 65, 333). Mitteilungen über die geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmens an eine Organisation der Angestellten zum Zwecke der Beratung der letzteren bei der Stellenbewerbung sind dagegen innerhalb der Grenzen erlaubter Interessenvertretung ebensowenig sittenwidrig wie das Ersuchen um solche Mitteilungen (RG 92, 132). Nach Beendigung des Dienstverhältnisses besteht eine Verpflichtung des Angestellten, Geschäftsgeheimnisse seines früheren Dienstherrn zu bewahren, an und für sich nur, wenn sie vertraglich übernommen war. Dem Interesse des Betriebsinhabers steht das Interesse des früheren Angestellten am eigenen Fortkommen ebenso berechtigt gegenüber, und es ist ihm nicht verwehrt, hierbei, was er in dem Betriebe des früheren Dienstherrn gelernt und erfahren hat, für sich zu benutzen (RG a. a. O.). Anders, wenn der frühere Angestellte eine besondere Vertrauensstellung einnahm, für die er dementsprechend entlohnt wurde, oder wenn er sich die Kenntnis der Geheimnisse nicht aus der eigenen Beobachtung des Betriebs erwarb, sondern auf unlauterem Wege hinter dem Rücken des Dienstherrn sich verschaffte (RG JW 1912, 697[27]; 11. 3. 04 II 493/03).

n) Die erfolgreiche Betätigung des eigenen geschäftlichen Interesses im wirtschaftlichen Wettkampfe ist regelmäßig mit einer Schädigung der anderen Wettbewerber verbunden. Wie in A 2 ausgeführt, ist niemand verpflichtet, sein eigenes Interesse einem fremden hintanzusetzen, und niemand hat einen Anspruch, in seiner wirtschaftlichen Betätigung nicht gestört zu werden; die Freiheit des einen findet an der Freiheit des andern ihre natürliche Schranke. Selbst das Bewußtsein der Schädigung der anderen Wettbewerber kann deshalb, solange ein jeder das erlaubte Interesse mit erlaubten Mitteln verfolgt, einen Verstoß wider die guten Sitten nicht begründen (RG 58, 214; 63, 146; 71, 170; Warn 1912 Nr 253; 1914 Nr 186; 1916 Nr 66; 1919 Nr 63). Die Betätigung vornehmer Gesinnung ist im Wettbewerbe nicht zu verlangen und nicht zu erwarten. Was dem Wettkampfe den Stempel des Unerlaubten und Sittlichverwerflichen aufdrückt, sind die Kampfmittel, die über das zur Erreichung der eigenen Zwecke erforderliche Maß hinausgehen, die wirtschaftliche Vernichtung des Gegners herbeizuführen bestimmt und geeignet sind oder ihm so schweren Schaden zufügen, daß dieser zu den erstrebten Vorteilen in keinem erträglichen Verhältnisse steht, und die in Mitteilungen an Dritte die Grenzen der Wahrheit überschreiten. Die Mitteilung wahrer Tatsachen verstößt nur unter besonderen Umständen, so wenn ein Interesse an der Mitteilung für das Publikum nicht besteht, gegen die guten Sitten (RG 76, 112; Warn 1914 Nr 186; 1916 Nr 66). Die bloße Erschwerung des Geschäftsbetriebs eines andern, die bei an sich berechtigtem Ziele mit einer Maßregel des Wettkampfes verbunden ist, reicht zur Erfüllung des Tatbestandes des § 826 nicht aus (RG 56, 271; 71, 170; Gruch 52, 1023). Wenn aber der angreifende Wettbewerber darauf ausgeht, den unbequemen Gegner unmöglich zu machen oder durch Entziehung seiner Kundschaft und Vernichtung seiner geschäftlichen Beziehungen ihn vollständig lahmzulegen, so ist damit ein Verstoß wider die guten Sitten gegeben (RG 48, 114; 60, 64; 76, 110; JW 02 Beil Nr 237). Planmäßiges Zusammenwirken zur Verdrängung anderer Wettbewerber mit unlauteren Mitteln behandelt RG 95, 54. Die Nachahmung fremder Erzeugnisse ist ohne Hinzutreten anderer Umstände noch nicht wider die guten Sitten; wohl aber, wenn sie mit Ausnutzung der Arbeitsleistung und des Kostenaufwandes des ersten Erzeugers verbunden ist (RG 73, 294), oder wenn der Nachahmer sich die Erzeugnisse nebst Mitteilung der Verkaufspreise von dem ersten Erzeuger unter der Täuschung verschafft hatte, daß er eine Bestellung machen wolle (RG Warn 1911 Nr 80). Ein Bewerber um die Ausführung technischer Leistungen handelt nicht wider die guten Sitten, wenn er den ihm bekannten Plan eines Mitbewerbers auch seinerseits benutzt, soweit es sich nicht um eine eigentümliche Schöpfung handelt und er sich nicht einer Verletzung gewerblicher Urheberrechte schuldig macht (RG Warn 1914 Nr 269); anderseits ist es wider die guten Sitten, wenn der Veranstalter des Wettbewerbs die eigentümliche Lösung der Aufgabe durch einen Bewerber einem Mitbewerber zugänglich macht, um ihm die Bestellung zuzuwenden (RG 83, 37), oder wenn ein Fabrikant Modelle eines Kunden, der bei ihm danach Werke oder Werkteile herstellen ließ, nach Beendigung des Vertragsverhältnisses zu Wettbewerbszwecken für sich verwertet (RG 83, 384). Nachahmung des fremden Fabrikats zugleich mit einer das Publikum täuschenden Nachahmung der Bezeichnung ist wider die guten Sitten (RG JW 1915, 579[13]). Ebenso die zum Zwecke der Täuschung erfolgte Nachahmung der

äußeren Ausstattung oder Bezeichnung fremder Erzeugnisse für die eigene Ware (RG 77, 431; Warn 1917 Nr 80; 19. 12. 12. II 344/12). Sittlich verwerflich ist es, wenn ein Gewerbetreibender eine andere Person als Gesellschafter in sein Geschäft aufnimmt, um zum Zwecke des Wettkampfs seinen dem eines Wettbewerbers gleichen Namen in seine Firma einfügen zu können (RG Warn 1910 Nr 441), oder wenn er seinen eigenen Namen oder die eigene Firma unter denselben Umständen zum Zwecke der Täuschung zur Bezeichnung seiner Ware verwendet (RG Warn 1911 Nr 401; 1917 Nr 80). Eine wahrheitsgemäße Vergleichung der eigenen Ware mit der des Wettbewerbers oder eine wahrheitsgemäße Darstellung des Geschäftsgebarens des letzteren ist nicht gegen die guten Sitten, es sei denn, daß in Schadensabsicht längst vergessene frühere Geschehnisse von neuem aufgedeckt werden (RG 76, 110; JW 08 S. 272[7], 333[16] u. 482[15]; Warn 1911 Nr 402); wohl aber verstößt eine unter Entstellung der Wahrheit das fremde Geschäft herabsetzende Darstellung bei solcher Vergleichung in Mitteilungen an Dritte gegen die guten Sitten (RG JW 02 Beil Nr 23; 05, 209; 06, 198[15]; Warn 09 Nr 210; 1910 Nr 280; nicht aber schon der Gebrauch scharfer Ausdrücke in einer sonst nicht wahrheitswidrigen Darstellung Warn 1913 Nr 225). Jeder darf ferner seine Ware zu billigeren Preisen als ein anderer anbieten und verkaufen (RG 63, 394; SeuffA 60 Nr 174); aber er handelt wider die guten Sitten, wenn er sich die Waren, die er sonst nicht erhalten haben würde, unter Täuschung über den Zweck des Ankaufs von der Fabrik verschafft hat (RG 63, 394; Warn 1910 Nr 183). Er verstößt ferner gegen die guten Sitten, wenn er Ausschußwaren, die nicht als solche kenntlich sind, mit ungewöhnlich billigen Preisbezeichnungen in das Schaufenster legt, um die Allgemeinheit in den Glauben zu versetzen, die in seinem Geschäft geführten Waren würden überhaupt zu diesen Preisen verkauft (RG JW 05, 507[27]). Es ist kein sittlich verwerflicher Wettbewerb, wenn ein Unternehmer elektrischer Anlagen (Überlandzentrale) die Stromabnehmer verpflichtet, die Einführung und Anbringung von ihm vornehmen zu lassen und die Beleuchtungskörper von ihm zu beziehen; aber es ist wider die guten Sitten, wenn er dabei ungewöhnlich hohe Preise fordert und unbillige Bedingungen setzt (RG 79, 224). Auch Abkommen zwischen Unternehmern zum Schutze gegen das Unterbieten bei öffentlichen Verdingungen sind nicht als solche unsittlich, wenn sie nicht auf Erzielung unberechtigter Vorteile gerichtet sind (RG Warn 1913 Nr 397). Kartelle der Gewerbetreibenden, d. i. Vertragsvereinigungen, die durch Festsetzung der von allen Mitgliedern gleichmäßig zu fordernden Preise oder durch Festsetzung der Höhe der Erzeugung oder durch Zuweisung bestimmter Absatzgebiete an die einzelnen Mitglieder den Markt zu beherrschen und den freien Wettbewerb auszuschließen suchen, sind an sich nicht unerlaubt. Wer sich einem solchen Verbande freiwillig anschließt, hat kein Recht, sich zu beklagen, wenn ihm im Falle des Vertragsbruchs schwere Schäden zugefügt werden, die er selbst gewollt hat (RG 28, 244; 28, 238; 38, 155; 81, 4; Warn 1912 Nr 253; 1913 Nr 82). Aber ein solcher Verband hat kein Recht darauf, daß alle Gewerbegenossen ihm beitreten, und wider die guten Sitten verstößt es, wenn diese durch Zwangsmittel, durch Arbeiter-, Kunden- und Lieferantensperre zum Beitritt genötigt werden sollen, die ihre wirtschaftliche Vernichtung herbeiführen oder ihnen unerträgliche und unverhältnismäßige Nachteile zufügen (RG 81, 4; 85, 177; JW 1913, 134[11]; 1916, 906[5]; Warn 1912 Nr 253; 1913 Nr 82; 1916 Nr 193). Eine Schädigung Dritter durch einen Unternehmerverband, indem er die Eigentümer von Geschäftsräumen der freien Verfügung beraubt, behandelt RG 93, 19. Über den Boykott, der vornehmlich in den gewerblichen Kämpfen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern in die Erscheinung tritt, ist unter o gehandelt. Der Kettenhandel, d. i. der Zwischenhandel unter Großkaufleuten, der die Ware dem Verbraucher nicht näher bringt, ist sittlich verwerflich, wenn dabei verwerfliche Mittel angewendet werden, z. B. eine Notlage ausgebeutet wird (RG JW 1919, 304[3]).

o) Die gleichen Grundsätze gelten im gewerblichen Lohnkampfe. Es liegt in der Natur der Sache, daß die Maßregeln der Arbeiter wie der Arbeitgeber im Streit um Arbeitslohn und Arbeitsbedingungen, die darauf berechnet sind, den Widerstand des Gegners zu überwinden und deshalb einen wirtschaftlichen Druck auf ihn ausüben, mit Schädigungen des Gegners verbunden sind, die noch nicht als gegen die guten Sitten verstoßend angesehen werden können, weil damit der ganze Kampf unmöglich gemacht würde (RG 51, 369; 54, 255; 76, 35). Die guten Sitten verletzen diese Maßregeln nur dann (RG JW 08, 679[11]), wenn entweder die zur Erreichung des Zweckes angewandten Mittel an sich unsittlich sind, wie wahrheitswidrige und aufhetzende Darstellungen, oder wenn der dem Gegner zugefügte Nachteil so erheblich ist, daß dadurch dessen wirtschaftliche Vernichtung herbeigeführt wird, oder wenn dieser Nachteil wenigstens zu dem angestrebten Vorteil in keinem erträglichen Verhältnisse steht; endlich auch, wenn der Erfolg, der durch das Druckmittel herbeigeführt werden soll, nach Lage der Sache als ein berechtigtes Ziel nicht mehr erscheint (RG 54, 255; 57, 418; 64, 52; 66, 379; JW 1912, 810[34]; 1913 S. 35[24], 43[30], 91[7]). Die Druckmittel, die im gewerblichen Arbeitskampf hauptsächlich zur Anwendung kommen, sind auf seiten der Arbeiter der Streik, d. i. die gleichzeitige gemeinsame Einstellung der Arbeit seitens einer größeren Anzahl von Lohnarbeitern eines gewerblichen Unternehmers oder eines ganzen Gewerbszweigs mit dem Zwecke, dadurch

von ihnen gestellte Forderungen hinsichtlich des Arbeitslohns oder der Arbeitszeit (Befreiung von Überstunden RG JW 1913, 146[26]) oder sonstigen Arbeitsbedingungen durchzusetzen. Auf seiten der Arbeitgeber entspricht dem Streik die Aussperrung, die gleichzeitige Entlassung aller oder eines Teiles der Arbeiter eines oder mehrerer Betriebsunternehmer in der Absicht, die Arbeiter dadurch zur Annahme der von den Unternehmern gewollten Arbeitsbedingungen zu bewegen. Als Mittel zur Durchführung dieser Maßregeln, aber auch als selbständiges Druckmittel, dient der Boykott, die Verrufserklärung gegen gewerbliche Unternehmer, derzufolge niemand bei ihnen Arbeit nehmen oder Waren kaufen soll, wodurch teils die Erzeugung, teils der Absatz der Waren des Unternehmers unterbunden wird, und zu deren wirksamer Durchführung die Kampfgenossen sich an die Mitwirkung fremder Kreise, sei es von Berufsgenossen, sei es der breiteren Öffentlichkeit, wenden (vgl. RG 54, 255; 64, 52; JW 1915, 913[3]). Der Streik ist als erlaubtes Kampfmittel nicht auf die in § 152 RGewO aufgeführten Ziele beschränkt. Wieweit andere Ziele für erlaubt zu erachten sind, ist im Einzelfalle nach dem bürgerlichen Recht und sonstigen Gesetzesvorschriften, sowie nach den Verhältnissen, unter denen er stattfindet, zu prüfen. Der Streik enthält einen Vertragsbruch, wenn er ohne Einhaltung der vereinbarten oder gesetzlichen Kündigungsfristen erfolgt; diese Vertragsverletzung macht ihn aber nicht schlechthin unsittlich. Unsittlich ist der unter Vertragsbruch veranstaltete Streik aber, wenn das angestrebte Ziel ihn nicht rechtfertigt, wenn der Streik, wie unten beim Boykott erörtert wird, lediglich als Machtmittel dient, um den Unternehmern den Willen der Streikenden, z. B. die Entlassung nicht gewerkschaftlich organisierter Arbeiter aufzuzwingen (vgl. Oertmann § 830 A 7). Deshalb wird auch regelmäßig ein unter Vertragsbruch eingeleiteter Streik, der zu politischen Zwecken und als politisches Druckmittel dienen soll, sittlich zu beanstanden sein; das sind fremde Ziele, die eine so tief eingreifende wirtschaftliche Schädigung der Unternehmer nicht rechtfertigen. Unsittlich wird der Streik ferner wegen seiner Schadensfolgen, wenn der dadurch dem Arbeitgeber zugefügte Schaden nicht in erträglichem Verhältnisse zu dem für die Streikenden angestrebten Nutzen steht (RG JW 1913, 146[26]). Unsittlich ist an sich nicht das Ausstellen von Streikposten, solange sie nicht durch Drohungen oder Beschimpfungen oder durch körperliche Gewalt die Arbeitswilligen von dem Eintritt in die Arbeit abzuhalten unternehmen. Für die Frage, ob eine Arbeiteraussperrung als wider die guten Sitten verstoßend anzusehen ist, ist es entscheidend, ob den Arbeitern durch die damit verbundenen Maßregeln nur die Arbeitsgelegenheit erschwert oder ob sie ihnen für längere Dauer und vollständig entzogen wird (schwarze Listen, Versagung des Handzettels RG 51, 369; 57, 418; 65, 423), und ob die Tatsachen, woraufhin die Aussperrung erfolgte, gehörig geprüft waren und nicht zu der Maßregelung ohne genügende Unterlage geschritten wurde (RG 57, 418; 71, 108). Das gefährlichste Kampfmittel ist der Boykott, in den häufig weitere Bevölkerungskreise hineingezogen werden, und für den deshalb ganz besonders ein zureichender Anlaß vorliegen muß, wenn er nicht als unsittlich erscheinen soll (RG JW 1913, 91[7]; 1915, 913[3]). Er ist für unsittlich seinem Ziele nach zu erachten, wenn er nicht sowohl der Durchsetzung einer bestimmten und in angemessenen Grenzen sich haltenden Forderung in Ansehung des Arbeitsverhältnisses dient, sondern als Machtmittel erscheint, dem Gegner den Willen der Boykottierenden aufzuzwingen und schwerwiegende Fragen der Wirtschaftspolitik zum Schaden anderer Volksteile auf dem Wege des Zwanges nach dem Willen einzelner Gruppen auszutragen (Verlangen an Unternehmer, die Heimarbeit abzuschaffen RG JW 1912, 810[34]; Verlangen der Gesellen an die Handwerksmeister, unter Bruch ihrer Innungsverpflichtungen ausschließlich die Arbeitsnachweise des gewerkschaftlichen Verbandes zu benutzen RG JW 1913 S. 35[24], 91[7]). In Ansehung der Mittel ist der Boykott unsittlich, wenn er den wirtschaftlichen Bestand des in Verruf erklärten Geschäfts zu untergraben bestimmt und geeignet ist, oder wenn die Schädigung des Betroffenen nicht in einem erträglichen Verhältnisse zu dem angestrebten Erfolge steht (RG JW 1911, 43[30]; 1912, 810[34]; 1913 S. 35[24], 43[30]); wenn die Flugblätter und Druckschriften, mit denen die Boykottierenden sich an die Berufsgenossen oder an die Allgemeinheit wenden, um sie von dem Verkehr mit dem in Verruf erklärten Geschäft abzuhalten, die Wahrheit entstellende Darstellungen der Sachlage enthalten oder sich in aufreizenden Ausführungen ergehen (RG 64, 52; 66, 379; JW 08 S. 38[14], 679[11]; 1912, 749[14]; 1913, 35[24]); endlich, wenn die ausgestellten Boykottposten tätlich Personen von dem boykottierten Geschäft abhalten, ihnen den Eintritt verwehren und die Besucher bedrohen (RG 76, 35). Über Tarifverträge zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vgl. oben unter a.

p) In das Gebiet des politischen Kampfes führen RG 53, 171: vorsätzliche Schädigung des politischen Gegners, indem ihm die Herausgabe einer Zeitung unterbunden wird, ferner RG 76, 35 und JW 09, 109[6]: Boykottierung von Sälen und Wirtschaften, um deren Inhaber zu zwingen, ihre Räume zu politischen Versammlungen der den Verruf erklärenden Partei zu überlassen. Auch in diesen Fällen ist das Bestreben selbst, das zu den Maßregeln führte, als erlaubt angesehen und nur gefragt worden, ob der dem Gegner zugefügte Nachteil im billigem Verhältnisse zu den Interessen stand, die gewahrt werden sollten.

6. Für die **Schadensersatzpflicht** (vgl. A 4) gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249ff. Über die Schadensersatzklage aus u. H. im allgemeinen vgl. A 13 zu § 823; in den Fällen arglistiger Täuschung beim Vertragsschlusse außerdem § 123 A 5. Die auch hier in Betracht kommende Klage auf Unterlassung und ihre Voraussetzungen sind Vorbem 6 vor § 823 eingehend behandelt worden. Macht der Gegner den Verstoß gegen die guten Sitten im Rechtsstreite im Wege der Einrede geltend, so ersetzt diese in Verbindung mit § 249 die im BGB ausdrücklich nicht anerkannte allgemeine **Einrede der Arglist**, die in Vertragsverhältnissen aus den Grundsätzen von Treu und Glauben in §§ 157, 242 BGB herzuleiten ist, außerhalb des Vertragsgebiets aber in §§ 226, 826 ihre gesetzliche Grundlage findet (RG JW 1917, 460[2]; Warn 1915 Nr 277). Die Einrede dient nicht dazu, Unbilligkeiten in der Rechtsausübung auszugleichen; sie setzt einen den anderen Teil schädigenden Mißbrauch der Rechtsausübung voraus (RG 86, 191; Warn 1915 Nr 208). Die Einrede und die ihr entsprechende Gegeneinrede der Arglist (daß der Beklagte sich arglistig verteidige, RG 20, 93), sind in der Rechtsprechung des Reichsgerichts in zahlreichen Entscheidungen anerkannt; die nach § 249 zu leistende Wiederherstellung besteht darin, daß der arglistige Teil von seinem Anspruche nie Gebrauch machen darf oder der arglistig erschlichene Vorteil rückgängig gemacht wird (RG 57, 372; 58 S. 356 u. 425; 63, 179; 64, 220; 68, 97; 70, 193; 71, 432; 75, 338; 76, 354; 78, 347; 84, 131; 86, 191; JW 1910 S. 63[7] u. 187[10]; 1916, S. 180[1] u. 390[1]; 1917, 460[2]; 1918, 42[19]; 1919 S. 102[2] u. 304[4]; Warn 08 Nr 38, 53, 122; 09 Nr 189; 1910 Nr 281; 1914 Nr 273 u. 326; 1915 Nr 208 u. 277; 1917 Nr 16 u. 130). Die Entscheidungen RG 63, 179; 68, 97; 71, 432; 86, 191; JW 1916, 180[1] behandeln die Einrede der Arglist gegenüber den aus einem Kaufvertrage über ein Bordellgrundstück vom Verkäufer erhobenen Ansprüchen. Auf Grund des unsittlichen Charakters des Vertrags nach § 138 muß der Verkäufer das Haus zurücknehmen und die Kaufpreisleistungen zurückgeben. Dem Käufer, der gestützt auf § 817 das Bordell behalten, aber den Kaufpreis nicht zahlen, also das auf unsittliche Weise Erlangte unentgeltlich behalten will, steht die Einrede der Arglist entgegen. Den Grundsatz, daß arglistig handelt, wer fordert, was er wieder herausgeben muß, spricht RG Warn 1917 Nr 130 aus; auch RG 85, 108 ist hierher zu rechnen. Eine die Erfordernisse des § 826 erfüllende Arglist kann eine Gegeneinrede gegen die Einrede der Verjährung begründen, wenn der auf die Verjährung sich berufende Schuldner den Gläubiger durch Versprechungen oder durch in die Länge gezogene Vergleichsverhandlungen oder durch wahrheitswidrige Darstellung des Sachverhalts vorsätzlich abgehalten hat, rechtzeitig seine Ansprüche geltend zu machen (RG 57, 372; 64, 220; Warn 08 Nr 53), aber auch schon dann, wenn der Schuldner durch sein Verhalten überhaupt den Gläubiger veranlaßt hat, von einer Unterbrechungshandlung Abstand zu nehmen, ohne daß er bei diesem Verhalten schon an die Verjährungseinrede und deren Verhinderung gedacht hätte (RG 84, 131; 87, 281; JW 1919 S. 102[2] u. 304[4]).

7. Das BGB kennt zwar keinen Satz, daß der vorsätzlichen Schadenszufügung gegenüber die **Einrede des mitwirkenden eigenen Verschuldens des Beschädigten** gemäß § 254 nicht erhoben werden könne. Unbedenklich wird die Einrede insoweit zuzulassen sein, als die Abwendung oder Minderung des Schadens nach Begehung der u. H. in Frage kommt (vgl. RG 62, 349: die u. H. erzeugt ein Schuldverhältnis zwischen dem Schädiger und dem Beschädigten und damit in gewissem Umfange auch Sorgfaltspflichten des letzteren, die ihm in ausdrücklicher Bestimmung Abs 2 des § 254 auferlegt); soweit es sich aber um ein mitwirkendes Verschulden bei der Verursachung des Schadens überhaupt (§ 254 Abs 1) handelt, schließt der Vorsatz des Schädigers die Berücksichtigung eines mitwirkenden Verschuldens des Beschädigten, wenn es nicht ebenfalls auf Vorsatz beruht, regelmäßig aus (RG 69, 277; 76, 313; 78, 389; JW 08, 9[10]; 1919, 305[6]; Warn 08 Nr 446; 1911 Nr 64; 1914 Nr 49 u. 119; 1915 Nr 275), wie anderseits der Vorsatz des Beschädigten den Anspruch aus fahrlässiger Schadenszufügung gegen den Schädiger aufhebt (RG JW 05, 717[6]).

§ 827

Wer im Zustande der Bewußtlosigkeit oder in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustande krankhafter Störung der Geistestätigkeit[1]) einem anderen Schaden zufügt[2]), ist für den Schaden nicht verantwortlich[3]). Hat er sich durch geistige Getränke oder ähnliche Mittel in einen vorübergehenden Zustand dieser Art versetzt, so ist er für einen Schaden, den er in diesem Zustande widerrechtlich verursacht, in gleicher Weise verantwortlich, wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele[4]); die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er ohne Verschulden in den Zustand geraten ist[5])[6]).

E I 708 II 750; M 2 731, 732; P 2 579—590.

1. § 827 behandelt die Aufhebung der Verantwortlichkeit für eine widerrechtliche Handlung infolge Aufhebung der Willensfreiheit (vgl. § 51 StGB). **Bewußtlosigkeit** ist ein vorübergehender, ausnahmsweiser, an sich nicht notwendig krankhafter Zustand, der die Willensfreiheit ausschließt: Schlaf, Ohnmacht, Schlaftrunkenheit, Trunkenheit, hypnotische Zustände. Eine **krankhafte Störung der Geistestätigkeit** bilden Geisteskrankheit, aber auch Körperkrankheiten, die die geistige Tätigkeit beeinflussen (Fieberzustände); vgl. § 104 Nr 2. Die Zustände können dauernd oder vorübergehend sein. Die krankhafte Störung muß **die freie Willensbestimmung ausschließen**; eine bloße Minderung der Verstandes- und Willenskraft genügt zur Anwendung des § 827 nicht (RG 74, 110; JW 08, 210[32]; 11. 12. 06 III 170/06). Die Entmündigung des Schädigers wegen Geisteskrankheit oder Geistesschwäche ist ein gleichgültiger Umstand für die Anwendbarkeit des § 827; der Entmündigte ist nicht schlechthin unfähig zur Begehung einer u. H. (RG JW 1912, 24[4]; 18. 1. 13 VI 438/12); doch kann die Entmündigung einen tatsächlichen Anhalt für das Vorhandensein eines krankhaften Geisteszustandes gewähren.

2. **Im Zustande** der Bewußtlosigkeit oder der krankhaften Störung der Geistestätigkeit muß ein **Schaden** zugefügt sein, wenn § 827 Anwendung finden soll; die den freien Willen aufhebenden Hemmungen oder Störungen müssen also im Augenblicke der Tat vorhanden gewesen sein; die Zeit des Eintritts der Schadensfolge ist dagegen ohne Bedeutung. Ein Handeln in lichten Zwischenräumen der Geisteskrankheit macht den Handelnden in gewöhnlicher Weise verantwortlich.

3. Für den in einem der Zustände des Satz 1 einem andern zugefügten Schaden ist der Täter **nicht verantwortlich**, mag es sich um Vorsatz oder Fahrlässigkeit, bei letzterer um ein wirkliches oder vermutetes Verschulden (§§ 831, 832, 833 Satz 2, 834, 836—838), um ein Tun oder Unterlassen (Nichtbeleuchtung der Treppen, Nichtstreuen bei Glatteis) handeln. § 827 findet auch Anwendung, wenn ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten in Frage steht und dieser dabei in einem der in Satz 1 bezeichneten Zustände sich befunden hat (RG JW 02 Beil 212[15]). Dem Gesetzesgedanken nach tritt die Freiheit von der Verantwortlichkeit jedoch nicht ein, wenn ein Verschulden, auch nur ein vermutetes, nicht zur Begründung der Schadensersatzpflicht gehört (§§ 833 Abs 1, 835).

4. Der zweite Satz des § 827 bestimmt eine Ausnahme von der Verantwortungsfreiheit des Satz 1, **wenn der Täter sich selbst,** schuldhafterweise, wie der Schlußsatz des Paragraphen ergibt, **in einen vorübergehenden Zustand der Aufhebung der freien Willensbestimmung versetzt hat.** Die schuldhafte Selbstverursachung des Zustandes setzt auch voraus, daß der Täter von der berauschenden Wirkung der genossenen geistigen Getränke Kenntnis hatte oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt haben mußte. Er ist dann für einen von ihm in dem Zustande der Willenlosigkeit angerichteten Schaden verantwortlich, **wie wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fiele:** d. h. er steht für die schädlichen Folgen derjenigen widerrechtlichen Handlungen ein, die entweder nur fahrlässig, oder die sowohl vorsätzlich als fahrlässig begangen werden können: er bleibt dagegen frei von der Haftung für Handlungen, die erst durch den rechtswidrigen Vorsatz unerlaubte werden, wie die u. H. nach § 826. Das gilt jedoch nicht, wenn der Täter sich vorsätzlich in den Zustand der Willensunfreiheit versetzt hat, gerade um in diesem Zustande die u. H. zu begehen; in diesem Falle hat er in Wirklichkeit die Tat vorsätzlich verübt. Auch Satz 2 findet ebenso bei eigenem Verschulden des Verletzten Anwendung (RG Warn 1913 Nr 132).

5. **Ohne Verschulden** ist der Täter in den Zustand der Willensunfreiheit geraten, wenn er die Wirkung des berauschenden Getränks oder der Hypnose weder kannte noch kennen mußte. Die Fassung des Satz 2 mit dem den Schluß des Paragraphen bildenden Nachsatze ist im Hinblick auf die Beweislast gewählt. Der Beschädigte beweist die Handlung und den durch sie zugefügten Schaden; der Schädiger wendet ein, daß er die Handlung in einem der Zustände des Satz 1 begangen habe; Sache der Erwiderung des Verletzten ist der Nachweis, daß er sich selbst in den Zustand versetzt habe, Sache der Gegenerwiderung des Täters, daß er ohne Verschulden in diesen Zustand geraten sei.

6. Satz 2 gilt, wie die §§ 827 u. 828 überhaupt, zwar **nicht nur für das Gebiet der unerlaubten Handlungen,** wie die Heranziehung der Paragraphen bei der Regelung der allgemeinen Verantwortlichkeit in Schuldverhältnissen in § 276 beweist (vgl. RG 59, 221); die Paragraphen entscheiden daher auch über die Verantwortlichkeit in Vertragsverhältnissen. Doch kann sich eine Versicherungsgesellschaft nicht unter Berufung auf § 827 ihrer Versicherungspflicht entziehen, weil der Versicherte, der im Zustande der Trunkenheit einen Unfall erlitten hat, sich schuldhafterweise in diesen Zustand versetzt hatte. Denn hier handelt es sich nicht um ein Vertragsverschulden des Versicherten, sondern um die Voraussetzungen, unter denen die Versicherungssumme zu leisten ist; über diese Frage entscheidet die Auslegung des einzelnen Versicherungsvertrags (RG 8. 5. 08 VII 408/07).

§ 828

[1]) **Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich**[2]).

Wer das siebente, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist für einen Schaden, den er einem anderen zufügt, nicht verantwortlich[4]), **wenn er bei der Begehung der schädigenden Handlung nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht hat**[3]). **Das gleiche gilt von einem Taubstummen**[5]).

E I 709 II 751; M 2 732—734; P 2 579—590.

1. **Verantwortlichkeit nach dem Lebensalter.** a) Für die Bestimmungen des § 828 sind die §§ 55—58 StGB vorbildlich gewesen. Doch ist als die untere Altersgrenze für die rechtliche Verantwortlichkeit nicht mit § 55 StGB das vollendete 12. Lebensjahr, sondern entsprechend dem in § 104 BGB für den Beginn der Geschäftsfähigkeit angenommenen Alter das 7. Lebensjahr festgesetzt worden, während die obere Altersgrenze nicht der Zeit des Eintritts der vollen Geschäftsfähigkeit (§§ 2, 106 BGB) sich anpaßt, sondern den §§ 56, 57 StGB folgt. Bis zum vollendeten 7. Lebensjahre ist danach eine Person für die von ihr begangene u. H. unbedingt unverantwortlich, vom vollendeten 18. Lebensjahre an ist sie unbedingt verantwortlich, in der Zwischenzeit ist sie bedingt verantwortlich. Der Schlußsatz des § 828 stellt, in Übereinstimmung mit § 58 StGB, die Taubstummen den bedingt verantwortlichen jugendlichen Personen gleich. b) Auch § 828 findet, wie § 827 über das Gebiet der unerlaubten Handlung hinaus Anwendung auf jede Verantwortlichkeit in Schuldverhältnissen, soweit sie für die behandelten Personenkreise überhaupt in Frage kommen kann (so im Lehrlingsverhältnis §§ 110—113). Insbesondere gilt § 828, wie § 827, nicht nur für die gegen einen andern begangene schädigende Handlung, sondern auch für die Frage, ob ein eigenes mitwirkendes Verschulden des Beschädigten nach § 254 angenommen werden kann oder nicht (RG 51, 75; 54, 404; 59, 221; 76, 187; JW 03 Beil 101[228]; 05, 15[8]; 06, 686[6]; 08, 522[6]; Warn 08 Nr 314 u. 579; 1910 Nr 19). c) § 828 bezieht sich nicht auf Unterlassungsverstöße gegen durch Schutznormen gesicherte oder sonst bestehende Verpflichtungen (z. B. der Treppenbeleuchtung, des Streuens bei Glatteis für den Hauseigentümer), die ihrer Natur nach nicht den Minderjährigen, sondern dessen gesetzlichen Vertreter treffen (M 2, 734).

2. Die in A 1 erörterte Anwendung des § 828 auf das eigene mitwirkende Verschulden der Beschädigten hat zur Folge, daß ein eigenes **mitwirkendes Verschulden eines beschädigten Kindes,** das das 7. Lebensjahr nicht vollendet hatte, unter keinen Umständen angenommen werden kann (RG 54, 404; 59, 221; JW 06, 55[6]). Handelt es sich um ein Verhalten des Verletzten, das zeitlich nach der schädigenden Handlung liegt (Unterlassung der Abwendung oder Minderung des Schadens nach § 254 Abs 2), so kommt das Alter zur Zeit dieses Verhaltens in Betracht.

3. Die §§ 56, 57 StGB machen die strafrechtliche Verantwortlichkeit der in dem Zwischenalter von zwölf bis achtzehn Lebensjahren befindlichen Personen von dem Vorhandensein der zur Erkenntnis der Strafbarkeit der begangenen Handlung erforderlichen Einsicht abhängig. Für die zivilrechtliche Haftbarkeit spricht § 828 von der **zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht.** Hierbei ist aber nicht gegensätzlich zur Erkenntnis der Strafbarkeit an eine Erkenntnis der zivilrechtlichen Vergeltungspflicht zu denken. Der Begriff ist weiter zu fassen, wie sich schon daraus ergibt, daß die dazu erforderliche Einsicht im Zweifel allen Personen beigelegt wird, die das 7. Lebensjahr vollendet haben. Die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht ist vielmehr „diejenige geistige Entwicklung, die den Handelnden in den Stand setzt, das Unrecht seiner Handlung gegenüber den Mitmenschen und zugleich die Verpflichtung zu erkennen, in irgendeiner Weise für die Folgen seiner Handlung einstehen zu müssen" (RG 53, 157; JW 04, 202[13]). Sie fällt nicht zusammen mit der Erkenntnis der Verantwortlichkeit selbst, also des Unrechts und der Vergeltungspflicht hierfür; sie ist vielmehr nur die Fähigkeit dazu. Eine bestimmte Vorstellung des Handelnden, in welcher Weise die Vergeltung von ihm verlangt und erzwungen werden könnte, wird nicht verlangt, nur das Verständnis für die Pflicht der Vergeltung dem Verletzten oder der Allgemeinheit gegenüber überhaupt (RG 53, 157). Das Verständnis für die Pflicht der Vergeltung wird vermittelt durch die Einsicht zur Erkenntnis des Unrechts der Handlung, und die Grundlage der letzteren Einsicht ist bei allen Fahrlässigkeitshandlungen wiederum die Einsicht für die Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung, ohne die hier die Erkenntnis des Unrechts nicht denkbar ist (RG 53, 157; 1. 3. 06 VI 231/05; 31. 5. 06 VI 384, 393/05). Deshalb vermag der Nachweis vom Vorhandensein der zur Erkenntnis der Gefährlichkeit der Handlung erforderlichen Einsicht tatsächlich in allen Fällen fahrlässigen Handelns, ins-

besondere für das mitwirkende eigene Verschulden des Verletzten, den unmittelbaren Nachweis der zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderlichen Einsicht zu ersetzen, indem er den Schluß auf die Einsicht des Handelnden gestattet, daß ihm sein Handeln zum Verschulden anzurechnen sei und ihn zur Vergeltung verpflichte (RG JW 04, 202[23]; 06, 472[13]; Warn 08 Nr 579). Die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht ist ein allgemeines Verständnis für die Folgen einer Handlung und die Vertretungspflicht dafür; deshalb kommt es auf eine bestimmte Vorstellung, welche besondere Gefahr durch ein Handeln ausgelöst werde (besondere Gefahr einer Maschine) und welcher besondere Schaden entstehen könne (RG 51, 30; JW 06, 472[23]), ebensowenig an, wie darauf, welche bestimmte Vergeltung zu erwarten ist. Innerhalb der Altersgrenzen des Abs 2 § 828 muß in jedem einzelnen Falle die geforderte Einsicht nach den Umständen geprüft, der Grad der geistigen Entwicklung des Täters und sein Verhältnis zum Verständnis der Verantwortlichkeit für die in Frage kommende u. H. ermittelt werden. Auf das höhere Alter allein darf daher die Feststellung der Einsicht nicht gestützt werden (RG JW 03 Beil 101[228]; 05, 48[17]); doch ist die Erwägung zulässig, daß in einem gewissen Alter regelmäßig und erfahrungsmäßig für eine gewisse Handlung die verlangte Einsicht vorhanden zu sein pflege und deshalb auch bei dem Täter des fraglichen Falles angenommen werden könne (RG 51, 30; Warn 1912 Nr 13); nur darf dabei die individuelle Entwicklung des einzelnen Täters nicht außer Betracht gelassen werden (RG JW 03 Beil 101[228]; 06 S. 686[6], 747[18]; Warn 08 Nr 314). Beim Tertianer eines Gymnasiums ist im Zweifel die Einsicht für die Erkenntnis der Gefährlichkeit einer Maschine anzunehmen (RG 27. 2. 05 VI 198/04). Ob vorausgegangene Verbote, Mahnungen und Warnungen für die Feststellung der Einsicht ausschlaggebend ins Gewicht fallen, hängt von den Umständen ab (RG 76, 187; JW 06, 686[6]; 19. 9. 04 VI 533/03). Die Furcht vor der in Aussicht stehenden Schulstrafe wegen Übertretung eines Schulverbots beweist noch nicht die Fähigkeit zur Erkenntnis einer Vergeltungspflicht (RG JW 04, 202[13]). — Ist der jugendliche Täter verantwortlich, dann kommt er auch als Beteiligter nach § 830 Abs 1 Satz 2 in Betracht (RG 74, 143).

4. Der jugendliche Täter ist nicht verantwortlich, **wenn er bei Begehung der Tat nicht die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht besaß.** Diese Fassung weist nach dem Sprachgebrauche des BGB darauf hin, daß die Behauptungs- und Beweispflicht für die mangelnde Einsicht dem jugendlichen Schädiger zur Last fällt. Das BGB behandelt im Zweifel jedes über sieben Jahre alte Kind als für seine Schaden verursachenden Handlungen verantwortlich. Der Mangel an Einsicht muß vom Schädiger geltend gemacht werden, wenn er in Betracht gezogen werden soll; eine Klage kann also nicht abgewiesen werden, weil ein Kind, das das 7. Lebensjahr vollendet hatte, seinem Alter nach noch nicht die geistige Reife habe, das Unerlaubte seiner Handlung einzusehen (RG 51, 30; 61, 239; 74, 143; JW 06, 472[23]; 1911, 446[10]; Warn 08 Nr 579). Ist der Mangel an Einsicht nicht behauptet oder nicht nachgewiesen, so ist der jugendliche Täter für seine Handlung haftbar gleich dem Erwachsenen; der Tatbestand der u. H. oder des mitwirkenden Verschuldens ist objektiv wie subjektiv derselbe wie bei dem Erwachsenen. Insbesondere ist für die Frage, ob ein Verschulden (§ 276) vorliegt, nicht nochmals die Jugend des Täters in Rechnung zu stellen. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nach § 276 ist ein allgemeines Regelmaß der von einem ordentlichen Menschen in den besonderen Verhältnissen des Verkehrs anzuwendenden Sorgfalt. Wohl aber fallen bei Abwägung des Verschuldens des jugendlichen Schädigers oder Verletzten gegen dasjenige des Gegenteils nach § 254 die besonderen Umstände, die durch Alter und Geschlecht bedingt werden, die geringere Überlegungsfähigkeit und Besonnenheit des jugendlichen Alters wieder erheblich ins Gewicht (RG 68, 422; JW 1911, 1016[13]; Warn 08 Nr 314; 09 Nr 281; 1910 Nr 10; 7. 3. 12 VI 412/11; nicht ganz richtig JW 1911, 446[10], wo die Jugend für das Vorhandensein des Verschuldens in Betracht gezogen wird).

5. Abs 2 Satz 1 findet Anwendung auf die **Taubstummen,** also Personen, die zugleich taub und stumm sind; auf solche, die nur taub oder nur stumm sind, erstreckt sich die Bestimmung nicht; sie sind unbedingt verantwortlich.

§ 829

Wer in einem der in den §§ 823 bis 826 bezeichneten Fälle[1]) für einen von ihm verursachten Schaden[3]) auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich ist[2]), hat gleichwohl, sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten erlangt werden kann[4]), den Schaden insoweit zu ersetzen, als die Billigkeit nach den Umständen, insbesondere nach den Verhältnissen der Beteiligten, eine Schadloshaltung erfordert[5]) und ihm nicht die Mittel entzogen werden, deren er zum standesmäßigen Unterhalte sowie zur Erfüllung seiner gesetzlichen Unterhaltspflichten bedarf[6]) [7]).

E II 752; P 2 589—593.

1. Die Bestimmung des § 829 setzt, indem sie eine Billigkeitshaftung aus nur gegenständlich (objektiv) u. H. einführt, eine offenbare Ausnahme von dem im allgemeinen geltenden Verschuldungsgrundsatze des BGB; sie beschränkt diese Ausnahme zugleich ausdrücklich auf die vier **Tatbestände der §§ 823 bis 826.** Diese Beschränkung schließt aber die Anwendung des § 829 auf die Fälle der §§ 831, 833 Satz 2, 836 nicht aus, da hier nicht sowohl andere Tatbestände von u. H., sondern nur eine Umkehrung der Beweislast für den Tatbestand des § 823 vorliegt (**RG** JW 1915, 580[14]; Warn 1916 Nr 278). Noch weniger stehen Bedenken der Anwendung des § 829 im Falle des § 844 entgegen; hier handelt es sich um bestimmte Schadensfolgen bestimmter u. H., überhaupt nicht um deren Tatbestände, die vielmehr vorausgesetzt werden (**RG** 94, 220). Entsprechende Anwendung auf andere u. H. ist ausgeschlossen (**RG** 74, 143); noch weniger kann eine solche außerhalb des Gebiets der u. H. bei Schuldverhältnissen überhaupt stattfinden, wie auch § 276 nur die Bestimmungen der §§ 827, 828, nicht die des § 829 anzieht. Deshalb kann ebenso einer Ausdehnung des § 829 auf das eigene mitwirkende Verschulden nach § 254 nicht zugestimmt werden, die denn auch **RG** JW 03 Beil 122[270] mit Entschiedenheit verwirft, während **RG** JW 06, 55[6] die Frage offen läßt. Der Wortlaut des § 829 steht dieser Erstreckung deutlich entgegen und der dafür angeführte Grund: wenn das Gesetz den Nichtverantwortlichen für einen von ihm anderen zugefügten Schaden haften lasse, müsse um so mehr eine Vertretung für den Schaden angenommen werden, den er mit der Verursachung einer durch einen andern ihm gegenüber begangenen u. H. mitwirkend sich selbst zufüge, ist nicht zutreffend. Der widerrechtliche Eingriff in ein fremdes Rechtsgebiet ist ein vergeltungsbedürftigeres Geschehnis als das von jemand an sich selbst begangene Unrecht, das eine objektiv rechtswidrige Handlung gar nicht darstellt (vgl. **RG** 53, 312 am Schlusse). Nur wenn auch der Schädiger eine nach §§ 827, 828 von der Verantwortlichkeit befreite Person ist, die allein auf Grund des § 829 zum Schadensersatze herangezogen werden kann (ein Kind fügt einem andern beim Spiel eine Körperverletzung zu), ist die Anwendung des § 829 auch auf das eigene Verhalten des Beschädigten in der Weise gerechtfertigt, daß bei dem Billigkeitsermessen des Gerichts die Mitwirkung des Beschädigten an der Verursachung des Schadens berücksichtigt wird. Eine Anwendung des Grundgedankens des § 829 in Sondergesetzen findet sich in § 1 Abs 2 des RGes. über die Haftung des Reiches für seine Beamten v. 22. 5. 10, RGBl 798, und in § 1 Abs 2 des entsprechenden preuß. Ges. v. 1. 8. 09, GS 691.

2. **Auf Grund der §§ 827, 828 nicht verantwortlich** sind die Bewußtlosen, die Geistesgestörten, die Kinder unter sieben Jahren, ferner die jugendlichen Personen zwischen sieben und achtzehn Jahren und die Taubstummen, wenn sie den Nachweis führen, daß sie bei Begehung der schädigenden Handlung die zur Erkenntnis der Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht nicht besessen haben.

3. Voraussetzung der Anwendung des § 829 ist nicht allein die von dem Nichtverantwortlichen ausgehende **Verursachung eines Schadens,** sondern die Schadenszufügung unter Umständen, die ihn, von der Frage der Zurechnungsfähigkeit abgesehen, für den Schaden haftbar machen würde; es ist äußerlich also der volle gegenständliche (objektive) und persönliche (subjektive) Tatbestand der u. H. erfordert; § 829 versagt, wo auch den Zurechnungsfähigen ein Verschulden und eine Verantwortung nicht treffen würde (**RG** 11. 12. 02 VI 192/02).

4. Die Voraussetzung: **„sofern der Ersatz des Schadens nicht von einem aufsichtspflichtigen Dritten verlangt werden kann"**, verweist auf die Haftung der Aufsichtspersonen über Minderjährige oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedürfende Personen nach § 832. Sie ist erfüllt sowohl, wenn ein aufsichtspflichtiger Dritter nicht in Frage kommt, als auch wenn er sich nach § 832 gerechtfertigt hat, endlich auch, wenn nur tatsächlich wegen der Vermögenslage des Dritten dessen Inanspruchnahme nicht zum Ziele führt und den Beschädigten nicht voll wegen seiner Schadensersatzforderung befriedigt. Da, bevor diese Voraussetzung feststeht, ein Anspruch aus § 829 nicht gegeben ist, kann seine Verjährung nach § 852 — soweit es sich um die dreijährige Verjährung handelt — erst beginnen, wenn der Beschädigte von dem Versagen des Anspruchs gegen den erstverpflichteten Dritten Kenntnis erlangt hat (vgl. § 852 A 4). **RG** 94, 220 nimmt an, daß der Beschädigte auch von der Unzurechnungsfähigkeit des Täters Kenntnis erlangt haben müsse. Wohl mit Recht; denn ohne diese Kenntnis kann er gar nicht auf den Gedanken kommen, daß ein anderer als Erstverpflichteter in Anspruch genommen werden müsse. Eine Klage auf Feststellung des (aufschiebend bedingten) Anspruchs ist aber auch vor dem Feststehen der Voraussetzung zulässig (**RG** JW 1910, 824[48]).

5. Für Bestand und Umfang der Schadensersatzpflicht nach § 829 ist maßgebend, ob und inwieweit **die Billigkeit nach den Umständen eine Schadloshaltung erfordert.** Darüber entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Insbesondere sind die **Verhältnisse der Beteiligten,** des Schädigers wie des Beschädigten, und zwar nicht zur Zeit der Handlung, sondern zur Zeit der Urteilsfällung, zunächst die Vermögensverhältnisse, aber auch die sonstigen Lebensverhältnisse und Bedürfnisse (z. B. eine dauernde Vermehrung der Bedürf-

nisse eines körperlich Verletzten) in Betracht zu ziehen. Daß die Umstände der Handlung selbst nicht unberücksichtigt bleiben können, ob der Schädiger mit Absicht oder nur unbesonnen — entsprechend dem Vorsatz oder der Fahrlässigkeit bei verantwortlichen Personen — handelte, und wie nahe der jugendliche Täter der Grenze sich befand, wo die Ei nicht für die Erkenntnis der Verantwortlichkeit beginnt, braucht kaum bemerkt zu werden. Unter Umständen kann die billige Schadloshaltung vollen Schadensersatz bedeuten (so bei Reichtum des Schädigers und Armut des Beschädigten). Auch die Art der Entschädigung, ob sie in Gestalt einer Rente oder durch Zahlung eines Kapitals zu leisten ist, untersteht hier dem Billigkeitsermessen des Gerichts. Maßgebender Zeitpunkt für die Bemessung der Schadloshaltung ist die Zeit des Urteilserlasses. Bei nachträglicher Veränderung der Verhältnisse ist, wenn eine Rente zugesprochen wurde, § 323 ZPO anwendbar. Von diesem Fall abgesehen, kann eine Änderung des rechtskräftigen Urteils wegen Veränderung der ihm zugrunde liegenden Verhältnisse ebensowenig verlangt werden, als sie sonst zulässig ist (a. M. Oertmann A 2b mit Schwartz, Das Billigkeitsurteil nach § 829 S. 38ff.). Für den Beginn der dreijährigen Verjährung gemäß § 852 kann nur die Kenntnis der Umstände maßgebend sein, die für den Bestand des Anspruchs, nicht solche, die nur für dessen Bemessung Bedeutung haben; die Grenzlinie zu finden ist Sache des Richters. Über die Ausgleichung zwischen dem Aufsichtspflichtigen nach § 832 und dem Aufsichtsbedürftigen, wenn letzterer auf Grund des § 829 zum Schadensersatz herangezogen wird, vgl. A 6 zu § 840.

6. Die Schadloshaltung aus § 829 findet ihre Grenze an dem eigenen Lebensbedarf des Schädigers für sich und die ihm gegenüber unterhaltsberechtigten Personen. Der **standesmäßige Unterhalt** ist nach § 1610 der für den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Erziehung und der Vorbildung zu einem Berufe nach der Lebensstellung der Person erforderliche Betrag. Die **gesetzlichen Unterhaltspflichten** bestimmen die §§ 1360, 1361, 1608, 1609, 1345, 1351 (Ehegatten), 1578ff. (geschiedene Ehegatten), 1601ff. (Eltern und Kinder), 1708ff. (außereheliche Kinder), 1699 (Kinder aus nichtigen Ehen). Wegen der nach Rechtskraft des Urteils eintretenden Veränderungen der Unterhaltspflichten s. A 5.

7. Die **Beweislast** trifft den Beschädigten außer für die allgemeinen Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs dafür, daß von einem Dritten Ersatz nicht zu erlangen sei und daß die Billigkeit seiner Forderung zur Seite stehe; Sache der Verteidigung des Schädigers ist der Nachweis der Beeinträchtigung des eigenen Lebensbedarfs oder der Leistungen gesetzlicher Unterhaltspflichten bei einer Ersatzleistung an den Beschädigten. Daraus ergibt sich, daß § 829 nur anwendbar ist, wenn ein Anspruch daraus erhoben, das Vorhandensein seiner tatsächlichen Voraussetzungen behauptet ist (RG 74, 143).

§ 830

[1]) Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung[2]) einen Schaden verursacht[3]), so ist jeder für den Schaden verantwortlich[6]). Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat[4]).

Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich[5]).

E I 714 II 753; M 2 738; P 2 606.

1. **Die beiden Sätze des Abs 1 des § 830** behandeln einen wesentlich verschiedenen Tatbestand. Während der erste Satz die Mittäter einer u. H. im Sinne des § 47 StGB im Auge hat, also ein bewußtes Zusammenwirken mehrerer Personen in objektiver und subjektiver Gemeinschaftlichkeit voraussetzt, ist der Fall des zweiten Satzes, der dementsprechend auch nicht von Mittätern, sondern von Beteiligten spricht, gegeben, wenn die mehreren Personen bei demselben Vorfall ohne subjektive Gemeinschaft sich gleichzeitig betätigt haben (so RG Warn 1913, 363; 15. 10. 06 VI 34/06). Über das Verhältnis des § 830 zu § 840 vgl. RG 96, 224 u. A 2 zu § 840.

2. Die **von mehreren gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung** ist nach dem in A 1 Gesagten, wie in § 47 StGB, die in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken ausgeführte, daher immer vorsätzliche u. H. Satz 1 erfordert zum Unterschiede von Satz 2 einen rechtlichen Zusammenhang in dem unerlaubten Handeln mehrerer (RG JW 09 S. 136[11], 687[11]; Warn 1914 Nr 159), der nur durch ein inneres Band hergestellt, nur durch die Gemeinschaftlichkeit des Bewußtseins und des Wollens geschaffen werden kann. Von der gemeinschaftlichen Begehung oder Ausführung (§ 47 StGB) einer Handlung seitens mehrerer Personen kann nur die Rede sein, „wenn die mehreren Personen die fragliche Handlung, die sich äußerlich aus einer Anzahl von Handlungen der einzelnen zusammensetzt, in ihrer eigenen Vorstellung als gemeinschaftliche erfassen und entsprechend ausführen wollen" (Bierling, Jur. Prinzipienlehre III S. 151). Der abweichenden Meinung (Planck A 1, Oert-

mann A 2, Kohler BR II 485), der beiläufig auch die zu Satz 2 ergangene Entscheidung RG 58, 357 sich angeschlossen hatte, daß auch ein nur tatsächliches Zusammenwirken oder ein Zusammenwirken fahrlässiger Handlungen mehrerer unter Satz 1 falle, wenn nur der eingetretene Schaden sich als das Ergebnis der Gesamtwirkung der Handlungen der einzelnen darstellt, kann nicht zugestimmt werden. Das Gesetz spricht nicht von einem durch das Zusammenwirken der u. H. mehrerer, sondern von dem durch eine von mehreren gemeinschaftlich begangene u. H. verursachten Schaden. Die mehreren fahrlässigen Urheber eines einheitlichen Schadens (z. B. mehrere Beamte, von denen ein jeder durch Erfüllung seiner Pflicht den schädlichen Erfolg abgewendet haben würde RG 51, 258; mehrere Miteigentümer eines Hauses, die ihrer Beleuchtungs- oder Streupflicht nicht nachkommen, mehrere Fabrikanten, die giftige Abwässer in einen Bach leiten und dadurch Schaden anrichten RG 16, 144; ferner der verbotswidrig Schießpulver an eine unerwachsene Person abgebende Kaufmann und der mit Schießpulver hantierende Knabe im Falle RG 33, 348) oder die mehreren ohne Verschulden für einen Schadenserfolg verantwortlichen Personen (mehrere Tierhalter desselben Tieres oder mehrerer an der Verursachung eines Schadens beteiligter Tiere, oder der Tierhalter und der Beaufsichtiger des Tieres) handeln nicht miteinander, sie haften nur nebeneinander, ein jeder selbständig für seine Handlung oder Gefährdung. Daß sowohl die Teilnehmer einer gemeinschaftlichen u. H. als auch die Personen, die in mehreren Handlungen, jede für sich, einen und denselben Schaden herbeigeführt haben, als Gesamtschuldner haften, bestimmt § 840 Abs 1, der alle Formen des Zusammenwirkens mehrerer Personen zu einer u. H. wie auch des Zusammenwirkens mehrerer u. H. zu einem schädlichen Erfolge umfaßt.

3. Bei der gemeinschaftlich begangenen Handlung des Satz 1 erzeugt der gemeinschaftliche Wille die **gemeinschaftliche Verursachung,** so daß es gleichgültig ist, wieviel der einzelne Mittäter zu dem **schädlichen Erfolge** beigetragen hat. Nur das ist erforderlich, daß jeder tätig geworden ist; seine Mitwirkung kann aber eine bloß geistig bestimmende (intellektuelle) sein. Wer von den mehreren Mittätern den endlichen Erfolg auch herbeigeführt haben mag, durch die Einheit des Willens erscheint der durch die Handlung der einzelnen verursachte Erfolg als das Ergebnis ihrer Gesamtwirksamkeit (RG 58, 357; JW 09, 416[15]; Warn 1915 Nr 52; 1917 Nr 17; Gruch 51, 990; 15. 10. 06 VI 34/06; 3. 12. 03 VI 174/03; 12. 3. 06 VI 247/05 u. a. m.). So haben mit dem Eigentümer eines zum Schaden der Hypothekengläubiger ausgeplünderten Landgutes auch die Abkäufer der einzelnen Inventarstücke, die sich vorsätzlich an dem „kalten Abkommen" beteiligt haben, für den vollen Schaden einzustehen (RG Warn 1915 Nr 52; 1917 Nr 17). Nur was einer der mehreren Täter bei dem im übrigen gemeinschaftlichen Tun nicht mitgewollt hat, auch nicht in der Weise, daß er es billigen wird, wenn es von den anderen doch ausgeführt wird (dolus eventualis), ist ihm nicht zuzurechnen (RG JW 90 416[15]; 15. 10. 06 VI 34/06); denn insoweit ist Mittäterschaft nicht vorhanden. Aus der nur durch die Einheit des Willens vermittelten gemeinschaftlichen Verursachung des Schadens ergibt sich weiter, daß eine Gleichzeitigkeit des Handelns und eine Einheit des Tatorts der mehreren Mittäter nicht erforderlich ist (RG 15. 2. 05 V 372/04). Über Anstiftung und Beihilfe, sowie über Begünstigung und Hehlerei s. A 5 u. 6.

4. Mehrere Beteiligte. Im Gegensatz zu Satz 1 hat Satz 2 einen Tatbestand zur Voraussetzung, bei dem die äußere zeitliche und örtliche Einheitlichkeit des Vorgangs für die gleichartigen, aber an und für sich selbständigen Handlungen mehrerer eine gewisse unechte, rein tatsächliche Gemeinschaftlichkeit zwar nicht der u. H. selbst, aber der Gefährdung schafft und eine dieser gefährlichen Handlungen, also die Handlung eines von mehreren Handelnden, einen schädlichen Erfolg herbeigeführt hat. Der Fall des Satz 2 ist gegeben, wenn jede einzelne der von mehreren begangenen Handlungen im allgemeinen, nach den über den ursächlichen Zusammenhang geltenden Regeln den schädlichen Erfolg herbeizuführen geeignet war, eine von ihnen den Erfolg herbeigeführt hat, aber nicht ermittelt werden kann, wer von den mehreren Handelnden der Urheber ist (RG 58, 357; 15. 10. 06 VI 34/06). Die handelnden Personen bei einer solchen äußerlich zusammenhängenden Mehrheit gleichartiger, aber ohne innere Gemeinschaft ausgeführter Handlungen nennt das Gesetz Beteiligte (RG a. a. O., ferner JW 09 S. 136[11], 687[11]; Warn 08 Nr 633). Der Begriff wird mithin bestimmt gegenüber der Mittäterschaft, Anstiftung, Beihilfe des Satz 1 und des Abs 2 durch das Fehlen eines inneren rechtlichen Zusammenhangs in dem Handeln der mehreren Personen, anderseits gegenüber einem nur zufälligen gleichzeitigen Nebeneinander einzelner Handlungen durch die tatsächliche zeitliche und räumliche Einheit des Vorgangs und durch die gleichartige Gefährdung durch die Handlungen der mehreren (RG JW 09, 136[11]; Warn 08 Nr 315; 1912 Nr 387). Beispiele von Satz 2 sind: eine Schlägerei (§ 227 StGB); die Mißhandlung einer Person durch mehrere andere, die ohne Gemeinschaftlichkeit des Willens handeln (RG Warn 08 Nr 633); das gleichzeitige unvorsichtige Abgeben von Schüssen seitens mehrerer Teilnehmer einer Jagdgesellschaft (RG 98, 58; JW 09, 687[11]; 19. 3. 08 VI 241/07); das Werfen mit Steinen nach Menschen durch mehrere Personen (RG JW 09, 136[11]); das Werfen mit Knallerbsen in einem mit vielen Menschen besetzten geschlossenen Raume (RG

58, 357). Zweifelhaft erscheint der RG Warn 1912 Nr 387 behandelte Fall, in dem vielleicht richtiger nur ein zufälliges Nebeneinander oder Nacheinander ohne äußere Einheitlichkeit anzunehmen gewesen wäre; richtig dagegen RG Warn 1913 Nr 363, wo die Anwendung von Satz 1 wie Satz 2 des § 830 auf den Fall verneint ist, daß eine Frauensperson, die mit mehreren Männern geschlechtlich verkehrt hatte, geschlechtlich erkrankt, aber nicht zu ermitteln war, durch wen die Ansteckung erfolgt sei. Ebenso RG 96, 224. Keine Beteiligung liegt vor, wenn zwei Wilderer, die voneinander nichts wissen, von verschiedenen Seiten gleichzeitig nach dem Förster schießen und einer ihn verwundet, oder wenn eine Glatteisbildung, die einen Unfall herbeigeführt hat, auf die Handlungen oder Unterlassungen mehrerer Personen zurückzuführen sein kann, ohne daß sich aber feststellen läßt, welche der verschiedenen Ursachen die Glatteisbildung bewirkt haben (RG Warn 08 Nr 15). — Von dem einzelnen Handelnden fordert die Beteiligung im Sinne des Satz 2, daß jedem ein schuldhaftes vorsätzliches oder fahrlässiges Tun zur Last fällt, das den schädlichen Erfolg herbeiführen konnte, das also die Gefahr erzeugte, durch welche, sei es infolge seiner Handlung, sei es infolge der Handlung eines der anderen Beteiligten, der Schaden auch wirklich herbeigeführt wurde (RG 58, 357; 96, 224; JW 09, 687[11]; 19. 3. 08 VI 241/07). Kann festgestellt werden, auf wessen Handlung der schädliche Erfolg wirklich zurückzuführen ist, so tritt eine Haftung der übrigen Beteiligten nicht ein (a. A. Kohler, BR II § 177 III). — Satz 2 des § 830 gilt nur für das Gebiet der u. H.; eine entsprechende Anwendung darüber hinaus ist nicht zulässig (RG 67, 261).

5. Die **Anstiftung** ist im Sinne des § 47, die **Beihilfe** im Sinne des § 49 StGB zu verstehen (RG Warn 1917 Nr 17). Abweichend vom Strafrecht bestimmt das BGB für die zivilrechtliche Verantwortung die volle Haftung des Gehilfen. Anstiftung wie Beihilfe erfordern ein vorsätzliches Handeln im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem Haupttäter wie bei der Mittäterschaft zum Zwecke der Herbeiführung oder Unterstützung des unerlaubten Handelns des Haupttäters (RG 65, 157; 15. 6. 05 VI 517/04). Was Anstifter und Gehilfe nicht ebenfalls gewollt haben, kann ihnen so wenig angerechnet werden wie dem Mittäter (vgl. A 3). Begrifflich sind Anstiftung und Beihilfe auch bei dem unerlaubten Handeln des Abs 1 Satz 2 nicht ausgeschlossen, sofern es sich dabei um vorsätzliche Handlungen und um die Bestimmung oder Unterstützung eines oder mehrerer Beteiligter handelt, ohne daß diese unter sich zu einem gemeinsamen Handeln verbunden sind. Der Regel nach werden Anstiftung und Beihilfe jedoch nur im Falle des Abs 1 Satz 1 in Betracht kommen. Gegenüber den nach §§ 827, 828 für ihr Tun nicht verantwortlichen Personen sind, ebenso wie im Strafrecht, Anstiftung und Beihilfe nicht denkbar. Aber die Handlungen des Anstifters oder des Gehilfen erscheinen in diesem Falle als selbständige u. H., die sie für die Folgen der von ihnen gewollten und von ihnen auch durch die unverantwortlichen Personen gewirkten u. H. verantwortlich machen. Das gleiche gilt von den Handlungen der Begünstigung und Hehlerei, die im § 830 nicht genannt sind, auch nicht von selbst darunterfallen. Sie sind strafrechtlich (§§ 257—261 StGB) wie zivilrechtlich selbständige u. H., deren Schadensfolgen besonders zu ermitteln sind (RG 16. 10. 11 VI 211/10). Fällt der hierdurch bewirkte Schaden mit dem durch die Haupttat bewirkten zusammen, so ist gesamtschuldnerische Haftung mit dem Haupttäter nach § 840 Abs 1 begründet.

6. Die mehreren Mittäter des Abs 1 Satz 1, sowie die mehreren Beteiligten des Abs 1 Satz 2, einschließlich der Anstifter und Gehilfen nach Abs 2 sind **jeder für den ganzen Schaden verantwortlich,** der durch die Tat verursacht wurde, d. h. sie haften für den schädlichen Erfolg als Gesamtschuldner nach §§ 421, 840 Abs 1, einerlei, wieviel der einzelne zu diesem Erfolge tatsächlich beigetragen hat; das in A 3 in dieser Beziehung für die Mittäter Ausgeführte trifft auch für die Anstifter und Gehilfen zu. Untereinander steht ihnen der Ausgleichungsanspruch nach §§ 426, 840 zu. Die Frage, ob die Haftung sich auf bestimmte meßbare Teile des Schadens ermäßige, wenn festgestellt werden kann, inwieweit der Schaden auf die Tätigkeiten der einzelnen zurückgeführt werden kann, darf für den Tatbestand des Abs 1 Satz 1 nicht aufgeworfen werden; denn der gemeinschaftliche auf die Handlung gerichtete Wille erzeugt hier auch die Verantwortung für den ganzen Schaden; soweit der Wille nicht gemeinschaftlich war, ist auch der Erfolg als gemeinschaftlich verursachter nicht zuzurechnen (vgl. A 3 und 5), und insoweit kann die Verantwortung einzelner für einen Teilschaden wohl in Betracht kommen. Für Abs 1 Satz 2 aber ist, sofern ein bestimmter Teilschaden als Erfolg der einzelnen Handlungen der Beteiligten feststeht, der Fall, daß sich nicht ermitteln läßt, welcher der Beteiligten durch seine Handlung den Schaden verursacht hat, nicht gegeben; in erster Linie haftet nach Abs 1 Satz 2 jeder für den Schaden, den er selbst nachweislich angerichtet hat (vgl. A 4 am Schlusse).

§ 831

[1]) **Wer einen anderen zu einer Verrichtung bestellt**[2]), **ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung**[3])

einem Dritten widerrechtlich zufügt[4]). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person[5]) und, sofern er Vorrichtungen oder Gerätschaften zu beschaffen oder die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat[6]), bei der Beschaffung oder der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde[7])[8]).

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher für den Geschäftsherrn die Besorgung eines der im Abs 1 Satz 2 bezeichneten Geschäfte durch Vertrag übernimmt[9]).

E I 711 II 754; M 2 736, 737; P 2 597—604.

1. Allgemeines. Verhältnis zu § 278. Dem äußeren Anscheine nach nimmt § 831 eine Parallelstellung zu § 278 ein. Wie hiernach der Geschäftsherr für ein Verschulden der Vertreter und Hilfspersonen einzustehen hat, deren er sich zur Erfüllung einer Verbindlichkeit in Vertrags- und vertragsähnlichen Verhältnissen bedient (RG JW 1911, 360[6]), so scheint § 831 eine Haftung des Geschäftsherrn für die widerrechtlichen Eingriffe in einen fremden Rechtsbereich festzusetzen, deren sich seine Hilfspersonen bei den ihnen vom Geschäftsherrn aufgetragenen Tätigkeiten schuldig machen. Eine Ähnlichkeit zwischen beiden Bestimmungen ist aber nur in deren Zwecke und Erfolge gegeben; die rechtliche Grundlage des § 831 ist von der des § 278 verschieden. Während nach § 278 der Geschäftsherr wirklich für ein Verschulden der Hilfspersonen aufzukommen hat und sein eigenes Verhalten dabei gar nicht in Frage kommt, ist es nach § 831 nicht das unerlaubte Verhalten der Gehilfen, sondern das eigene Verschulden des Geschäftsherrn, das er zu vertreten hat; die Handlung, für die er einzustehen hat, ist die der Hilfsperson; das Verschulden, das diese Haftung begründet, ist sein eigenes (RG 78, 107; JW 1911, 979[11]; Warn 1912 Nr 74; a. M. v. Gierke, Deutsches Schuldrecht S. 957, der in §§ 831, 833 Satz 2, 836 nicht eine Verschuldenshaftung mit Umkehrung der Beweislast, sondern eine abgeschwächte Verursachungshaftung erblickt). Dieses Verschulden besteht in der schuldhaft untüchtigen Auswahl der Hilfspersonen oder schuldhaft versäumten Beschaffung der für eine Arbeit der Hilfspersonen erforderlichen Vorrichtungen oder Gerätschaften, oder endlich der schuldhaft unterlassenen Leitung einer Verrichtung, die einer Leitung bedurfte. Indem § 831 aber weiter dem Geschäftsherrn die Beweislast aufbürdet, daß er nach allen diesen Richtungen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet, also einer Fahrlässigkeit sich nicht schuldig gemacht habe, oder daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde, stellt er eine doppelte, von dem Geschäftsherrn zu entkräftende Vermutung auf: einmal, daß der Geschäftsherr seine Hilfsperson, die bei Ausführung eines Geschäfts oder einer Arbeit einem andern widerrechtlich einen Schaden zugefügt hat, schuldhafterweise untüchtig ausgewählt oder ungenügend mit Arbeitsmitteln ausgestattet habe (RG 60, 300) und sodann, daß durch diese untüchtige Auswahl oder Ausstattung der dem Dritten zugefügte Schaden verursacht worden sei (RG Warn 08 Nr 310; 1913 Nr 93). Wird dieser Beweis vom Verletzten geführt, so ergibt sich die Haftung des Geschäftsherrn aus § 823 (vgl. RG JW 1913, 737[7]; Warn 1920 Nr 30). Die Haftung aus § 831 erfordert im übrigen nicht, daß der Schaden gerade durch die untüchtige Eigenschaft des Bestellten verursacht sei; es genügt, daß dieser gegenständlich zu der Verrichtung ungeeignet war; der Gegenbeweis des Geschäftsherrn muß sich, wenn dies feststeht, dahin richten, daß der schädliche Erfolg auch bei voller Tüchtigkeit des Bestellten eingetreten sein würde (RG Warn 08 Nr 310; 1913 Nr 93; s. A 7 a. E.). Da § 831 eine Haftung aus dem Verschulden des Geschäftsherrn, nicht des Bestellten, festsetzt, ergibt sich, daß die Haftung nach § 831 ausgeschlossen ist, wenn dem Geschäftsherrn die freie Willensbestimmung oder die zur Erkenntnis seiner Verantwortlichkeit erforderliche Einsicht (§§ 827, 828) fehlte; § 829 ist jedoch, weil § 831 nur eine Umkehrung der Beweislast für einen Tatbestand des § 823 darstellt, anwendbar (vgl. A 1 zu § 829). Wenn die von der Hilfsperson bei Ausführung der ihr aufgetragenen Verrichtung begangene widerrechtliche Verletzung zugleich eine Vertragsverletzung in Erfüllung einer vertraglichen Verpflichtung des Geschäftsherrn gegen den andern enthält (vgl. Vorbem 4a vor § 823), so können sowohl § 278 als auch § 831 zur Anwendung kommen (RG Warn 1910 Nr 434; 15. 2. 11 V 220/10). Weist der durch eine Vertragsverletzung Geschädigte ein Verschulden der Hilfsperson nach, so darf er nach § 278 den Geschäftsherrn in Anspruch nehmen, ohne daß diesem ein Entlastungsbeweis zustünde, daß ihn bei Bestellung der Hilfsperson kein Verschulden treffe (RG 62, 119; JW 04, 141[9]; Warn 1910 Nr 434; Gruch 48, 882). Kann oder will er diesen Beweis nicht führen, so verbleibt die Berufung auf § 831 wegen der widerrechtlichen Schadenszufügung, die der Geschäftsherr jedoch durch den Gegenbeweis in Satz 2 des § 831 Abs 1 zu entkräften vermag (RG JW 06, 377[3]). Nur § 831, nicht § 278 ist anwendbar, wenn der Verletzte nicht selbst der Gläubiger des Vertrags oder des gesetzlichen

Schuldverhältnisses ist, sondern zu letzterem seinerseits wieder in vertraglichen oder sonstigen Rechtsbeziehungen steht (RG Warn 1911 Nr 260). Über die Haftung des Reichspostfiskus bei Beschädigungen von Reisenden oder beförderter Sachen s. Vorbem 4a vor § 828, über die Bedeutung des § 5 EisenbVerkO v. 23. 12. 08 s. RG Warn 1916 Nr 82. Über die Unanwendbarkeit des § 831 im Falle des § 136 GewUVG vgl. RG 69, 340; JW 06, 403[37]; über die Unanwendbarkeit auf Handlungen, die in Ausübung staatlicher Hoheitsrechte oder sonst öffentlichrechtlicher Funktionen vorgenommen werden RG Warn 1910 Nr 232, Feuerwehr; 1914 Nr 239 militärische Arbeiten; 1918 Nr 200 Feuerwehr.

2. **Zu einer Verrichtung bestellt** ist jeder, dem von einem andern, von dessen Weisungen er mehr oder minder abhängig ist, eine Tätigkeit übertragen worden ist. Die Tätigkeit kann tatsächlichen oder rechtlichen Charakters (RG 73, 434), entgeltlich oder unentgeltlich, dauernd oder vorübergehend, niederer oder höherer Art sein und die Bestellung auf einen ganzen Geschäftskreis oder eine einzelne Tätigkeit sich beziehen; sie kann bei Geschäften rechtlicher Art mit einer Vertretungsmacht verbunden sein oder ohne solche ergehen (RG 53, 276; 91, 363; 92, 345; Warn 1915 Nr 6). Eine allgemeine Bestellung begreift auch die einzelnen im Rahmen des Auftrags liegenden Handlungen (RG 73, 434; 91, 363; 92, 345; JW 1915, 704[9]). Ein rechtsgeschäftlicher Akt der Übertragung ist nicht erfordert, auch nicht Geschäftsfähigkeit des Bestellten. Nicht erforderlich ist auch, daß der Bestellte äußerlich erkennbar als Geschäftsbesorger auftritt (a. M. Dernburg, BR II 2 § 387 II 1). Unter § 831 fallen die Tätigkeiten sowohl des Dienstboten und Arbeiters wie des gewerblichen Leiters einer großen Fabrik oder des Prokuristen eines Handlungshauses, der übrigens, falls der Geschäftsherr ein Verein oder eine Körperschaft oder auch eine offene Handelsgesellschaft ist, unter Umständen als besonderer Vertreter nach § 30 angesehen werden kann (RG 76, 35 [48]; Warn 08 Nr 572; 12. 4. 11 VI 576/10). Auch die Tätigkeit des Rechtsanwalts im Rahmen der Prozeßvollmacht im Prozesse und in der Zwangsvollstreckung fällt unter § 831; die anscheinend entgegenstehende Bestimmung des § 85 ZPO regelt nur die prozeßrechtlichen Wirkungen, die die Handlungen des Rechtsanwalts als Prozeßhandlungen für den Rechtsstreit erzeugen, und spricht nur den Grundsatz der unmittelbaren Stellvertretung des § 164 BGB für die Prozeßhandlungen des Rechtsanwalts aus (RG 96, 177; a. M. früher RG Warn 1915 Nr 6). Der Ehemann kann als Verwalter des Frauenvermögens als zu einer Verrichtung bestellt erscheinen, wenn die Ehefrau im Güterstande der Gütertrennung ihm diese Verwaltung freiwillig überträgt; nicht im gesetzlichen Güterstande, wobei er in eigenem Recht handelt (RG 91, 363). Unter § 831 fallen auch die Tätigkeiten der Vorstandspersonen eines nicht rechtsfähigen Vereins (RG JW 1913, 737[7]; Warn 1912 Nr 438; 1913 Nr 319; 1917 Nr 263; 11. 12. 11 VI 36/11); niemals dagegen, abweichend von § 278, die der gesetzlichen Vertreter einer natürlichen oder juristischen Person, deren Handlungen rechtlich als die des Vertretenen gelten (RG 61, 207). Eine Haftung natürlicher Personen aus u. H. ihrer gesetzlichen Vertreter ist dem BGB fremd (§ 823 A 12); die Haftung juristischer Personen ist in den §§ 30, 31, 89 geordnet. Die Grenze der gesetzlichen Vertretung, insbesondere nach § 30, und der Verrichtung eines bestellten Beamten im Sinne des § 831 ist nicht immer leicht zu bestimmen; maßgebend ist, ob die Personen zu ihrer Tätigkeit innerhalb eines Geschäftsbereichs durch die Satzungen der Körperschaft, der bei Körperschaften öffentlichen Rechtes die die Verwaltungsgliederung regelnden Bestimmungen entsprechen, berufen sind, oder ob sie ihren Dienstauftrag erst wiederum von den so berufenen Personen herleiten (RG 53, 276; 62, 31; 74, 21; 79, 101; JW 06, 82; 1912 S. 282[1], 338[2], 849[1]); erstere sind die Vertreter, letztere die nach § 831 zu behandelnden Angestellten. Aber nur auf den Dienstauftrag kommt es an; die Anstellung kann beim Vertreter wie beim Angestellten auf einen zuständigen Vertreter zurückgehen (RG 53, 276; 55 S. 271, 229; 62, 31; JW 03 Beil 117[260]; 04, 165[3]; 06, 8[2] u. a.). Des näheren vgl. §§ 30, 31, 89 und die A daselbst. Als zu Verrichtungen bestellte Personen sind nach diesen Grundsätzen in der Rechtsprechung angesehen worden: der Bahnhofsvorsteher (RG JW 03 Beil Nr 260; 1911, 450[18]; Warn 1917 Nr 242; 1919 Nr 89), der Bahnmeister (RG 53, 276; 55, 229; JW 1911, 450[18]; Warn 1917 Nr 242) und das Zugpersonal (RG JW 06, 377[3]; Warn 09 Nr 507) in der preuß. Eisenbahnverwaltung; der Kanallotse (RG 74, 250; 79, 101; 81, 316); der Postassistent (RG JW 06, 706[1]); der Hausmeister eines Postgebäudes (RG JW 04, 165[3]); der Schuldiener (RG JW 06, 427[13]); der städtische Gasanstaltsleiter (RG 74, 21; JW 1915, 395[7]); der Leutnant in der Militärverwaltung (RG 55, 171). Zweifelhaft und im einzelnen Falle zu prüfen ist die Rechtsstellung bei Beamten höherer und selbständiger Berufstätigkeit: beim Vorsteher einer Reichsbanknebenstelle (RG 76, 179); beim Vorsteher eines Stadtbauamts, der bloßer Beamter, aber auch Magistratsmitglied oder besonderer Vertreter nach § 30 sein kann (RG JW 1912, 849[1]; Warn 1914 Nr 35); dagegen ist der (Kommunal-) Kreisbaumeister in Preußen Angestellter nach § 831 (RG JW 1915, 395[7]); beim Betriebsdirektor einer städtischen Straßenbahn (RG JW 1911, 640[1]; Warn 1916 Nr 125); beim Leiter der einer Körperschaft gehörenden Heilanstalt (RG JW 1912, 338[2]); beim Rendanten einer Gemeindesparkasse (RG JW 1912, 282[1]). Die Leiter der Zweignieder-

lassungen von Aktienbanken können Vertreter nach § 31 sein, wenn sie dem Gesamtvorstande angehören; sie können besondere Vertreter nach § 30 sein, wenn ihre Bestellung satzungsmäßig vorgesehen ist; es genügt, daß die Zweigniederlassung ausdrücklich satzungsmäßig vorgesehen ist und die Stellung ihres Leiters durch Auslegung aus der Satzung ermittelt wird; sie können aber auch lediglich Angestellte im Sinne des § 831 sein; die Satzung ist dafür Maßstab und Grundlage (RG Warn 1915 Nr 317; 1917 Nr 110); ähnlich ist die Stellung von Depositenkassenvorstehern der Banken (RG 94, 318; JW 1917, 285[5]; Warn 1918 Nr 208). Wesentlich ist für die Bestellung zu einer Verrichtung nach § 831, wie sich aus Abs 1 Satz 2 ergibt, daß dem Besteller die Eigenschaft des Geschäftsherrn im Verhältnisse zum Bestellten zukommen muß. Der zu einer Verrichtung Bestellte muß die Anordnungen des Bestellers für die Ausführung der Verrichtung zu befolgen haben, von dessen Willen bei der Ausführung abhängig sein; wer die aufgetragene Tätigkeit als selbständiger Unternehmer ausführen soll, über seine Person frei zu verfügen und Zeit und Umfang seiner Tätigkeit selbst zu bestimmen hat, ist nicht im Sinne des § 831 zu einer Verrichtung bestellt (RG 51, 199; 53, 276; 86, 424; 92, 345; JW 09 S. 276[12] u. 416[13]; 1910, 747[4]; 1912 S. 37[27], 138[12]; Warn 08 Nr 56 u. 471; 1910 Nr 232; 1911 Nr 180; 1912 Nr 301; a. M. Planck A 1a, der es maßgebend sein läßt, ob dem Besteller eine Prüfung der Zuverlässigkeit der bestellten Person möglich oder nach der Auffassung des Lebens anzusinnen sei, und Oertmann A 2a, der sich gegen jede Einschränkung aus dem Verhältnisse des Bestellers zu dem Bestellten erklärt). Der selbständige Bauunternehmer oder Handwerksmeister, der ein Werk auszuführen übernommen hat, ist also nicht Angestellter (RG 86, 424; JW 1910, 747[4]; 1912 S. 37[27], 138[12], 142[19]; 1914, 1039[5]; Warn 1912 Nr 301). Einen zweifelhaften Fall, in dem die Anwendbarkeit des § 831 bejaht wurde, behandelt RG 96, 81: eine Stadtgemeinde hatte als Kriegsfuttermittelstelle eine Firma mit dem Vertriebe der Futtermittel an die Händler betraut; hier wurde ein Geschäftsherrnverhältnis der Stadtgemeinde zu der Firma angenommen. Ein großes Maß von Selbständigkeit und Bewegungsfreiheit, nach eigenem Ermessen und eigener Sachkunde zu handeln, kann auch der Angestellte im Sinne des § 831 haben; schon der Kutscher und der Kraftwagenführer handeln nach eigener Sachkunde und Erfahrung; aber sie haben über sich und ihre Tätigkeit nicht frei zu bestimmen. Der Unterschied des selbständigen Unternehmers und des zu einer Verrichtung Bestellten wird vielfach mit dem von Werk- und Dienstvertrag zusammenfallen (RG JW 1910, 747[4]; 1912 S. 37[27], 142[19]; Warn 1912 Nr 301). Der Fahrgast ist nicht Geschäftsherr des Führers der Kraftdroschke, die er zu einer Fahrt bestellt hat (RG LZ 1917, 1339[8]). Mitgesellschafter und Mitgeschäftsführer einer G. m. b. H. stehen nebeneinander, nicht im Verhältnis von Geschäftsherrn und Angestellten (RG 91, 73); ein Gesellschafter einer o. H. G — und ebenso einer G. m. b. H. — kann aber als von den übrigen zu einer Verrichtung bestellt in Frage kommen, wenn er für seine Person, nicht innerhalb seiner Vertretungsmacht gehandelt hat, so wenn er durch arglistige Täuschung einen Dritten zum Eintritt in die Gesellschaft bestimmte (RG 91, 412). So steht die Tätigkeit der zu einer Verrichtung bestellten Person, rechtlich betrachtet, in der Mitte zwischen derjenigen des Vertreters einer Körperschaft, dessen Handlung als die eigene des Vertretenen gilt, und derjenigen des selbständigen Unternehmers, dessen Handlung für den Besteller der Tätigkeit eine fremde ist. Die Handlung des zu einer Verrichtung Bestellten aber ist sowohl fremde als eigene des Bestellers und Geschäftsherrn (vgl. RG 74, 250). Das begründet nach § 831 seine Haftung, soweit sein Anteil an der Handlung reicht (A 5—8). Die Bestellung kann durch eine Zwischenperson erfolgen; sie muß nicht unmittelbar auf den Geschäftsherrn oder dessen gesetzlichen Vertreter zurückführen; auch wer vom Angestellten zur Hilfeleistung zugezogen wurde, ist, wenn die Zuziehung im Geschäftskreise des Zuziehenden lag, vom Geschäftsherrn bestellt (RG 55, 171; Warn 08 Nr 475; 09 Nr 538; 1912 Nr 109); wie sich der Entlastungsbeweis der sorgfältigen Auswahl in diesem Falle gestaltet, darüber s. A 5. Die Stellung des Bestellers als Geschäftsherr wird an und für sich nicht dadurch beeinträchtigt, daß die aufgetragene Tätigkeit für einen Dritten geleistet werden soll. Wenn aber dem Dritten überlassen wird, die einzelnen Verrichtungen dem Gehilfen zuzuweisen und dieser sie nach der Weisung des Dritten ausführen soll, dann ist letzterer hinsichtlich dieser Verrichtungen der Geschäftsherr: so, wenn ein Eigentümer dem Unternehmer, der für ihn einen Bau ausführt, seine Arbeiter zum Anfahren von Baustoffen zur Verfügung stellt (RG Warn 08 Nr 56). Im Verhältnisse des Geschäftsherrn steht der Handwerksmeister zum Lehrling. Wird aber der Lehrling nur als solcher, als Lernender beschäftigt, der nach den Unterweisungen des Meisters oder der Gesellen unter deren Aufsicht an den Arbeiten beteiligt wird, so liegt die Bestellung zu einer Verrichtung nicht vor; anders, wenn dem Lehrling untergeordnete Hilfeleistungen übertragen werden, die auch ein anderer ausführen könnte, der dem Fache nicht angehört, oder wenn der schon vorgeschrittene Lehrling mit selbständigen Tätigkeiten betraut wird (RG 13. 3. 05 VI 456/04).

3. **In Ausführung der Verrichtung,** die ihr aufgetragen wurde, muß die Hilfsperson gehandelt haben, wenn für den Schaden, den ihre Handlung angerichtet hat, der Geschäftsherr

in Anspruch genommen werden soll. Den Gegensatz bildet die Zufügung eines Schadens bei Gelegenheit der Ausführung der Verrichtung. Die schädigende Handlung, die auch in der Unterlassung einer auftrag- oder pflichtgemäß vorzunehmenden Handlung bestehen kann (RG JW 1910, 333[10]; 1911, 182[9]), muß in den Kreis der Tätigkeiten fallen, die die Ausführung der Verrichtung darstellen; sie muß mit diesen Tätigkeiten in einem inneren Zusammenhange stehen (RG 73, 434; 79, 312; JW 09 358[3]; 1910, 333[10]; Gruch 53, 924). Das ist der Fall, wenn Handwerksgesellen, von ihrem Meister mit der Einrichtung von Beleuchtungsgegenständen in einem Hause beauftragt, bei der Arbeit die Kronleuchter usw. beschädigen; es ist auch der Fall bei einem Kutscher oder Straßenbahnwagenführer oder bei dem Zug- oder Maschinenführer eines Eisenbahnzugs, die mit einer Fahrt beauftragt sind und dabei jemanden überfahren (RG a. a. O.; JW 06, 377[3]; auch 07, 16[18]; Warn 09 Nr 507). Das trifft ferner zu wenn (Unterlassung) Angestellte auftragswidrig Unbefugte von dem Betreten eines dritten Personen Gefahren bietenden Arbeitsplatzes nicht abhalten (RG JW 1911, 182[9]). Eine willkürliche oder irrtümliche Überschreitung der Grenzen des Auftrags stellt die Handlung noch nicht außerhalb des Kreises der aufgetragenen Verrichtungen, wenn der innere Zusammenhang in Wirklichkeit vorhanden ist (RG Warn 1916 Nr 125). So wenn ein angestellter Kraftwagenführer ohne den Willen des Geschäftsherrn oder auch gegen dessen Weisungen eine andere Person mit in den Wagen nimmt und mit ihr die aufgetragene Fahrt, der Bestellung gemäß oder auch mit einem selbstwilligen Umwege, ausführt und dabei diese Person verletzt (RG JW 1913, 327[11]; Warn 1913 Nr 55). Dagegen genügt eine bloß irrtümliche Annahme, in Ausführung eines Auftrags zu handeln, wenn die innere Beziehung zu diesem tatsächlich fehlt, nicht; der zugewiesenen Verrichtung ganz fremde Handlungen können die Grundlage für eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 nicht abgeben. Hier ist die Handlung nicht in Ausführung der Verrichtung, sondern nur bei deren Gelegenheit verübt (RG JW 1910, 652[10]). So auch, wenn in dem oben angeführten Beispiele einer der mit der Einrichtung von Beleuchtungsgegenständen in einem Hause betrauten Gesellen bei einem Bewohner des Hauses einen Diebstahl ausführt; oder wenn der Kassierer einer Genossenschaft, der zum Abschlusse von Verträgen nicht ermächtigt ist, ein Darlehn für die Genossenschaft aufgenommen, das Geld entgegengenommen und unterschlagen hat (RG 65, 292). Die Kenntnis von der diebischen oder (bei Körperverletzungen) gewalttätigen Neigung oder von der gefährlichen Geisteskrankheit eines Angestellten kann dagegen eine Haftung des Geschäftsherrn aus § 823 Abs 1 begründen (RG JW 1910, 652[10]). Der Kanzleivorsteher eines Rechtsanwalts oder Notars, der zur Hinterlegung oder zur Abführung an Dritte bestimmte Gelder für den Geschäftsherrn in Empfang nimmt und unterschlägt, kann letzteren nach § 831 ersatzpflichtig machen; zur Empfangnahme von Gebührenzahlungen ist er regelmäßig als ermächtigt anzusehen; durch deren Unterschlagung wird daher nicht ein Dritter, sondern der Geschäftsherr selbst geschädigt. Kommen mehrere Personen, die in bezug auf denselben Vorgang mit Verrichtungen beauftragt waren, als Täter der schädigenden Handlung in Frage, so hat der Beschädigte, der auf § 831 gestützt seinen Schaden gegen den Geschäftsherrn geltend macht, Ort, Zeit und begleitende Umstände des Vorgangs so genau anzugeben, daß der Geschäftsherr daraus die Person oder die Personen der beteiligten Angestellten entnehmen kann; diese selbst mit Namen zu bezeichnen, kann dem verletzten Kläger nicht zugemutet werden; die fragliche Ermittlung ist Sache des Entlastungsbeweises des Geschäftsherrn (RG 70, 379; 87, 1; JW 06, 196[13]; Warn 09 Nr 507; 1914 Nr 53; s. im übrigen unten A 5). Den ursächlichen Zusammenhang zwischen der Verrichtung und der Verletzung hat dagegen der Kläger nachzuweisen (RG JW 05, 20[20]).

4. Weitere Voraussetzung der Haftung aus § 831 ist, daß der zu einer Verrichtung Bestellte **einem Dritten** einen Schaden **widerrechtlich** zufügt. Dritter ist hier eine jede vom Geschäftsherrn und vom Täter verschiedene Person; auch ein anderer Angestellter desselben Geschäftsherrn, der bei derselben Verrichtung in dessen Auftrage selbst mitwirkt, kann als Dritter in Betracht kommen (RG JW 1912, 296[14]). Der Begriff der Widerrechtlichkeit ist hier derselbe wie in § 823 Abs 1 (vgl. § 823 A 10); es muß der sachliche (objektive) Tatbestand einer u. H. vorliegen, der wie nach § 823 Abs 1 in einem Handeln oder in dem Unterlassen einer gebotenen Handlung (Unterlassung der Beleuchtung der Treppen oder des Bestreuens des Bürgersteigs durch den Hausmeister, dem dies aufgetragen ist), bestehen kann (RG JW 1910, 333[10]; 1911, 182[9]; Warn 09 Nr 98; 1916 Nr 304). Durch dieses Handeln oder Unterlassen muß ein Schaden zugefügt sein; auf ein Verschulden der zu der Verrichtung bestellten Person bei der schädigenden Handlung kommt es nicht an und kann es nicht ankommen, da § 831 nicht eine Haftung aus fremdem Verschulden, sondern aus eigenem Verschulden bei fremder Handlung festsetzt (RG 49, 26; JW 03 Beil Nr 24 u. 294; 1911, 979[11]; 1913, 23[10]; 1914, 353[5]; Warn 09 Nr 98 u. 484; 1912 Nr 410; 1914 Nr 53, 1916 Nr 304; LZ 1917, 866[11]); über die Bedeutung des Fehlens eines Verschuldens des Bestellten für den Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn s. unten A 7. Die Vorschrift des § 831 bestimmt keine Haftung des Geschäftsherrn für eine u. H. des von ihm zu einer Verrichtung Bestellten, sondern schlechthin

für eine unrechte Tat des Bestellten, für die der Geschäftsherr kraft seines eigenen Verschuldens verantwortlich ist (s. oben A 1). Daraus folgt aber nicht, wie RG Warn 09 Nr 484 und in der 1. Auflage dieses Werkes angenommen wurde, daß § 831 unanwendbar ist, wo eine Rechtswidrigkeit nur bei vorsätzlicher und grob fahrlässiger Verletzung eines Rechtes oder Rechtsguts vom Gesetz anerkannt wird, so insbesondere, wenn eine u. H. nach § 826 vorliegt. Freilich ist im Falle des § 826 und in einer Reihe von Fällen des § 823 Abs 2 die Zufügung eines Schadens nur unerlaubt und widerrechtlich, wenn sie auf der persönlichen Seite des Tatbestandes mit Vorsatz verknüpft ist, und deshalb kann auch für die Anwendung des § 831 hier vom Vorsatze des mit der Verrichtung betrauten Täters nicht abgesehen werden; daß auf seiner Seite kein Verschulden vorzuliegen brauche, kann hier nicht gelten. Die vorsätzlich begangene Schädigung nach § 826 ist aber dann auch widerrechtlich im Sinne des § 831 (so RG 71, 217; 73, 434; JW 1911, 584[27]; Warn 1912 Nr 428; 1918 Nr 208, 1919 Nr 35).

5. a) Der Grund der Haftung aus § 831 ist das vermutete Verschulden des Geschäftsherrn, das die an sich für ihn fremde Handlung der von ihm zu einer Verrichtung bestellten Person zu seiner eigenen macht. Er hat diese Vermutung zu widerlegen. Für diesen Entlastungsbeweis sind in § 831 bestimmte Richtungen vorgezeichnet. Die erste dieser Richtungen ist, daß der Geschäftsherr den Nachweis erbringt, daß er **bei der Auswahl der bestellten Person** die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Er muß zu diesem Nachweise bestimmte Tatsachen dartun, die ein Urteil darüber ermöglichen, ob die bestellte Person gerade zu der Verrichtung oder zu dem Kreise von Verrichtungen, die ihr aufgetragen waren, nach ihrer Befähigung und Verläßlichkeit geeignet war oder von ihm bei gewissenhafter Überlegung als geeignet angesehen werden konnte (RG 59, 203; JW 04, 361[17]; 06 S. 199[16] u. 706[1]; 07, 16[18]; 1913, 737[7]; Warn 08 Nr 514; 1920 Nr 30; Gruch 51, 600). Bei der Übertretung von Schutzgesetzen durch bestellte Personen wird sich der Entlastungsbeweis aus § 831 regelmäßig mit dem Widerlegungsbeweis (§ 823 A 16) gegen das zunächst vorliegende Verschulden des Geschäftsherrn decken (RG JW 1911, 594[47]; 1912, 536[14]). Der durch bestimmte Tatsachen zu erbringende Beweis wird nicht durch allgemeine Erwägungen ersetzt, daß der in Frage stehende staatliche Betrieb oder Großbetrieb eines geachteten Unternehmers die Sorgfalt bei der Auswahl der Angestellten als selbstverständlich erscheinen lasse (RG 87, 1; JW 04, 361[17]; 1911, 594[47]; 1912, 194[15]; Warn 1912 Nr 388; 1917 Nr 242); ebenso nicht durch einen allgemeinen Hinweis auf die durch die Kriegsverhältnisse gegebenen Schwierigkeiten, tüchtige Angestellte zu bekommen (RG Warn 1919 Nr 170). Anderseits kann aber der Entlastungsbeweis auch dem Geschäftsherrn nicht mit der andern allgemeinen Erwägung abgeschnitten werden, daß aus dem unvorsichtigen Verhalten des Bestellten bei der rechtswidrigen Handlung die mangelnde Sorgfalt des Geschäftsherrn bei der Bestellung von selbst sich ergebe (RG JW 05, 340[11]; 1910, 11[14]); denn der Entlastungsbeweis soll gerade dartun, daß dieses rechtswidrige Verhalten nicht auf ein Verschulden des Geschäftsherrn zurückzuführen ist. Der Beweis der Sorgfalt in der Auswahl des Angestellten wird zunächst dadurch geführt, daß der Geschäftsherr bei dessen Einstellung in seinen Dienst je nach den Umständen sich schriftliche Zeugnisse früherer Dienstherren über seine Befähigung und seine Dienstführung vorzeigen ließ oder mündliche Erkundigungen einzog, die geeignet waren, seine Überzeugung von der Tauglichkeit der Person zu begründen (RG Warn 1910 Nr 443; 1914 Nr 54; Gruch 51, 600; 27. 9. 06 VI 610/05; 6. 11. 07 I 33/07). Dabei wird für untergeordnete Tätigkeiten die Prüfung der körperlichen Fähigkeit und der allgemeinen Zuverlässigkeit der bestellten Person genügen, während für Verrichtungen höherer Art oder solcher, mit deren Ausführung leicht Gefahren für andere verbunden sein können, nicht nur die Kenntnisse des Faches, in dem die Verrichtung sich bewegt, sondern auch sittliche Eigenschaften erforderlich sind, nach deren Vorhandensein sich der Geschäftsherr erkundigen muß, wenn er den Entlastungsbeweis sorgfältiger Auswahl führen will (RG JW 04, 288[8]). Gehörige Unterweisung und Einarbeitung im eigenen Betriebe kann die Erkundigung bei dritten Personen ersetzen (RG Warn 1919 Nr 170; 22. 11. 13 VI 465/13). Der Kutscher, der in den verkehrsreichen Straßen einer größeren Stadt ein Gefährt lenken soll, muß nicht nur mit Pferd und Wagen umzugehen wissen; er muß auch ein gewisses Maß von Vorsicht und Besonnenheit besitzen und damit die Achtung vor der öffentlichen Ordnung und vor der Persönlichkeit der Mitmenschen verbinden, die ihn vor leichtfertiger Gefährdung des Verkehrs und anderer Personen behüten (RG JW 04, 471[10]; 06, 199[6]; 08, 408[2]; 1911, 152[8]; 1919, 824[7]; Warn 09 Nr 356; Gruch 51, 600). Noch mehr gilt dies von dem Führer eines Kraftwagens, dem daneben auch die polizeilichen Bestimmungen über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen bekannt sein müssen (RG 84, 423; JW 04, 288[8]; 08, 405[7]; 1910, 105[3]; 1911, 40[26]; Warn 08 Nr 310 u. 634; 09 Nr 539), und eines Straßenbahnwagens (RG JW 06, 377[3]; Warn 09 Nr 507). Der Beweis der Sorgfalt bei der Auswahl von Fachleuten kann nicht durch Berufung auf beliebige unsachverständige Zeugen erbracht werden (RG 59, 203; 70, 379; JW 06, 199[16]; Warn 1912 Nr 211); wohl aber ist für die Verläßlichkeit eines untergebenen Arbeiters das Zeugnis seines Vorgesetzten geeignet, der seine Dienstführung kennenzulernen die Gelegenheit und die Verpflichtung hatte (RG Warn 1912

Nr 211). Einem Maurer- oder Zimmerpolier können, wenn seine Tüchtigkeit im allgemeinen dargetan ist, gewisse regelmäßige Geschäfte, wie die Aufstellung eines Bauzaunes oder die Vornahme von Ausschachtungsarbeiten unter gewöhnlichen Verhältnissen ohne Verschulden aufgetragen werden (RG JW 1910, 111[12]; Warn 08 Nr 212). Da der Nachweis der Sorgfalt in der Auswahl ein allgemeines Erfordernis für zu einer Verrichtung bestellte Personen aller Art ist, ist weder der Staat für seine Beamten davon befreit, noch etwa der Ehemann, der seine Ehefrau, der Vater, der seine Söhne zu Verrichtungen bestellt; daraus, daß die letzteren Personen zu Leistungen im Hauswesen und im Geschäfte des Familienhaupts nach §§ 1356 Abs 2, 1617 verpflichtet sind, folgt nicht, daß sie zu allen Leistungen ohne Prüfung der Befähigung verwandt werden dürfen (vgl. RG JW 06, 59[11]). Das gilt indessen nicht von der Leitung des innern Hauswesens durch die Ehefrau, die nach § 1356 Abs 1 nicht nur ihre Pflicht, sondern auch ihr Recht ist, so daß es insoweit keiner Bestellung zu diesen Verrichtungen bedarf. Ist die Ehefrau im besonderen Falle dazu untauglich, so kann der Ehemann, dem letzten Endes nach § 1354 die Entscheidung und die Verantwortung in allen ehelichen Angelegenheiten zusteht, wegen Versäumung eines Einschreitens sich nach § 823 Abs 1 für einen von der Ehefrau angerichteten Schaden verantwortlich machen (vgl. RG 70, 48; Warn 1913 Nr 323). — Wenn eine Mehrheit von Personen an einem Kreise von Verrichtungen beteiligt war, in deren Ausführung der Schaden zugefügt wurde, ohne daß der Verletzte den einzelnen Täter bezeichnen kann (vgl. A 3), so hat der Geschäftsherr entweder seinerseits die bestimmte Person nachzuweisen, auf die der Schaden zurückzuführen ist, und seine Auswahlsorgfalt hinsichtlich dieser Person darzutun, oder er muß den Sorgfaltsbeweis für alle die Angestellten führen, aus deren Mitte die schädigende Handlung kam (RG JW 87, 1; 06, 196[13]; 1914, 759[6]; Warn 09 Nr 507).

b) Der Angestellte muß noch zur Zeit der Verrichtung, in deren Ausführung der Schaden zugefügt wurde, die Befähigung dazu besessen, der Geschäftsherr die ihm auferlegte Sorgfaltspflicht geübt haben (RG 53, 53; 78, 107; 79, 101; 87, 1; JW 06, 196[13]; 1910 S. 287[20] u. 468[5]; 1912, 194[15]; Warn 08 Nr 51; 09 Nr 356; 1910 Nr 204; 1911 Nr 30 u. 32; 1913 Nr 93; 1915 Nr 19). Der Geschäftsherr genügt in vielen Fällen, wenn die Verhältnisse dieselben geblieben sind wie bei der zeitlich nicht weit zurückliegenden Einstellung des Bestellten in seine Dienste, vorerst seiner Beweispflicht, wenn er die Beobachtung der gehörigen Sorgfalt bei der früheren Anstellung in der oben angegebenen Weise dartut; sobald aber die Führung des Angestellten in der Zwischenzeit bis zur Ausführung der Verrichtung, bei der der Schaden zugefügt wurde, Bedenken wegen seiner Tauglichkeit ergeben mußte, hat er den Beweis der Sorgfalt auch auf die spätere Zeit zu richten (RG a. a. O., insbes. 78, 107; 79, 101; JW 1910, 287[20]; 1911, 652[21]; Warn 1910 Nr 443; 1919 Nr 121). Da der Geschäftsherr aber bei gehöriger Sorgfalt sich fortdauernd über die Berufstüchtigkeit, Zuverlässigkeit und allgemeine Dienstführung seiner Angestellten auf dem laufenden erhalten muß, hat jedenfalls dann, wenn seit der ersten Anstellung ein längerer Zeitraum verstrichen ist, der Entlastungsbeweis auch von selbst sich auf eine regelmäßige Aufsichtsführung zu erstrecken, die den Anforderungen des A 6e zu § 823 entspricht, sich nach den Umständen zu richten hat, selbstverständlich aber nicht eine undurchführbare unausgesetzte Überwachung voraussetzt (RG 78, 107; 79, 101; 87, 1; JW 1913 S. 750[20], 864[10]; Warn 1913 Nr 93; 1920 Nr 30; abweichend in dem Sinne, daß § 831 nur eine „Leitung der Verrichtung" kenne, die mit einer allgemeinen Aufsicht sich nicht decke — vgl. darüber unter A 6 —, und daß eine solche nur aus § 823, nicht aus § 831 abgeleitet werden könne: RG JW 1915, 397[8]; aber § 831 führt überhaupt auf § 823 zurück und kehrt nur die Beweislast um; s. oben A 1; für den Nachweis sorgfältiger Auswahl zur Zeit der Verrichtung kann auch nach § 831 der Nachweis einer geordneten Aufsicht nicht entbehrt werden). Es reicht nicht aus, daß der Angestellte nachweislich bis dahin noch niemand einen Schaden zugefügt hat, und daß dem Geschäftsherrn Nachteiliges über ihn nicht bekannt geworden ist, wenn es ihm bei ordnungsmäßiger Aufsicht hätte bekannt werden müssen (RG Warn 1910 Nr 443; 1911 Nr 30; 1912 Nr 388). Die Sorgfalt in der Auswahl des Bestellten zur Zeit der Verrichtung ist auch dann verletzt, wenn dieser zwar in jeder Beziehung tüchtig und zuverlässig ist, von ihm aber wegen der Last der übrigen ihm aufgetragenen Geschäfte eine pünktliche und gehörige Ausführung der einzelnen Verrichtung nicht erwartet werden kann (RG JW 1910, 468[5]; 24. 11. 04 VI 28/04; 13. 2. 13 VI 391/12). Diese Grundsätze gelten auch, wenn es sich bei den Angestellten um staatliche Beamte handelt. Ob der Staat nach Maßgabe der bestehenden Beamtengesetze in der Lage ist, einen für seine Verrichtungen unbrauchbar gewordenen oder als untüchtig nachträglich erwiesenen Beamten aus seinem Amte zu entfernen, kann für den Entlastungsbeweis aus § 831 nicht in Betracht kommen (RG 79, 101). Die Sorgfalt der Auswahl für die spätere Einzelverrichtung erfordert übrigens auch nicht, daß ein Angestellter, nachdem er sich Ordnungswidrigkeiten hatte zuschulden kommen lassen, schlechterdings aus seiner Stellung entfernt werde, was selbst in vielen anderen Betrieben, als staatlichen, undurchführbar sein müßte: eine schärfere Überwachung, in manchen Fällen schon eine ernste Ermahnung kann unter

Umständen der nachzuweisenden Sorgfalt genügen (RG 78, 107; 79, 101; JW 1912, 194[15]). Nur muß dafür Sorge getragen sein, daß der Geschäftsherr über Leistungen und Amtsführung eines jeden Angestellten ständig unterrichtet wird und irgendwie erheblichere Ordnungswidrigkeiten zu seiner Kenntnis kommen; auf die zu diesem Zwecke getroffenen Einrichtungen ist der Entlastungsbeweis zu richten (RG a. a. O.). Langjährige Dienststellung des Angestellten bei dem Geschäftsherrn genügt allein nicht, den Beweis der Sorgfalt in der Auswahl zur Zeit der Verrichtung zu erbringen; sie kann in Gutmütigkeit, persönlicher Verpflichtung oder Leutenot, nicht in der Tüchtigkeit des Angestellten ihren Grund haben (RG 2. 10. 13 VI 220/13).

c) Die Vermutung eines Verschuldens des Geschäftsherrn muß eine Grenze da finden, wo nach den gegebenen Verhältnissen die Möglichkeit eines Verschuldens aufhört. Ist in einem großen Betriebe eine Mehrheit von Personen in der Weise beschäftigt, daß die eine der andern nachgeordnet ist, und der mit einem Kreise von Verrichtungen betraute höhere Angestellte zur Ausführung gehörige niedere Verrichtungen einem Untergebenen nach seiner Auswahl überträgt, vielleicht auch überhaupt ermächtigt ist, die unteren Hilfspersonen nach seiner eigenen Prüfung und seinem Ermessen anzustellen (vgl. A 2), so richtet sich der Sorgfaltsbeweis des Geschäftsherrn zunächst auf die Auswahl des von ihm selbst ausgewählten höheren Angestellten; dem Geschäftsherrn ist es unter solchen Verhältnissen nicht möglich und nicht zuzumuten, daß er das ganze Personal des Betriebs selbst auswähle und selbst beaufsichtige; dazu muß der Nachweis einer ausreichenden Organisation kommen, die die ordentliche Geschäftsführung und Beaufsichtigung gewährleistet (RG 87, 1; JW 06, 547[13]; 1911, 982[16]; 1913, 919[6]; 1914, 759[6]; Warn 08 Nr 475; 1913 Nr 364; 1914 Nr 35; 7. 3. 04 VI 284/03; 6. 3. 1910 VI 435/10). Die Zuverlässigkeit des untergeordneten Beamten und Arbeiters kommt alsdann nicht für den Entlastungsbeweis der sorgfältigen Auswahl, sondern für die Entkräftung der Vermutung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen der Auswahl der höheren Person und dem Schaden in Betracht (s. A 7). Konnte aber der Geschäftsherr bis zu der Verrichtung, bei der der Schaden zugefügt wurde, Kenntnis von der Untüchtigkeit des so bestellten Arbeiters erlangt haben, dann haftet er für den Schaden sowohl aus § 831 wegen mangelnder Sorgfalt in der Auswahl des Arbeiters, wie nach § 823 Abs 1 wegen Vernachlässigung der allgemeinen Aufsicht, wenn er nicht eingegriffen hat (RG Warn 1920 Nr 30). Die besondere unmittelbare persönliche Aufsicht liegt hier regelmäßig dem höheren Angestellten ob; die allgemeinen Aufsichtsanordnungen bleiben aber die Aufgabe des Geschäftsherrn; insoweit ein Mangel in diesen in Frage kommt, kann er sich mit dem Nachweise sorgfältiger Auswahl seiner Aufsichtsbeamten nicht decken (RG 78, 107; 79, 101; 87, 1; JW 1911, 982[16]; 1914, 759[6]; Warn 1913 Nr 364; 1914 Nr 35; 1920 Nr 30). War dem höheren Angestellten aber nicht die Auswahl der Arbeiter übertragen, wurden diese zu ihrer Verrichtung vom Geschäftsherrn selbst bestellt, so kann der letztere sich nicht damit entlasten, daß an der Spitze des Betriebszweigs ein tüchtiger Beamter stehe (RG JW 1915, 395[7]). Dieselben Grundsätze kommen zur Anwendung, wenn es sich nicht um einen Großbetrieb handelt, der Geschäftsherr aber durch Alter, Krankheit, Abwesenheit gehindert ist, selbst seine Geschäfte überall zu leiten und zu beaufsichtigen, sondern gezwungen ist, Aufsicht und selbst Auswahl des Dienstpersonals anderen zu überlassen.

d) Wie die Schadensvermutung des § 831 da aufhört, wo nach der Sachlage ein Verschulden des Geschäftsherrn ausgeschlossen ist, so ist anderseits für einen Entlastungsbeweis der sorgfältigen Auswahl des Angestellten kein Raum, wo die schädigende Handlung gerade in der Willensmeinung des Geschäftsherrn liegt, und jener ausgewählt wurde, um derartige Handlungen, wodurch er Dritte schädigte, auf die Gefahr einer solchen Schadenszufügung hin, auf seine Art vorzunehmen (Auswahl des Redakteurs bei Schadenszufügung durch beleidigende und aufreizende Zeitungsartikel RG 13. 2. 11 VI 652/09). Hier handelt es sich nicht mehr um § 831, sondern um unmittelbare Verantwortung des Geschäftsherrn aus eigener u. H. (dolus eventualis).

6. Ein weiteres vermutetes Verschulden des Geschäftsherrn, das seine Haftung begründet, selbst wenn die Sorgfalt der Auswahl des Bestellten dargetan ist, stellt der **Mangel gehöriger Sorgfalt bei Beschaffung der Vorrichtungen und Gerätschaften oder in der Leitung der Verrichtung** dar, aber nur, **sofern die Ausführung der Verrichtung solche Beschaffungen oder eine Leitung erforderlich macht.** Daß dies der Fall ist, hat zunächst der Verletzte nachzuweisen; es ergibt sich nicht aus § 831; erst wenn dieser Beweis geführt ist, setzt der Entlastungsbeweis des Geschäftsherrn ein, daß er auch in dieser Richtung seiner Sorgfaltspflicht genügt habe (RG 53, 123; JW 1911 S. 403[16], 939[1]). Zu den Vorrichtungen gehört besonders die Vorbereitung der Arbeitsstätte, so beim Eisenbahnbetrieb auch die Gleisanlage, zu den Gerätschaften zählen die Stoffe für Gerüst und Bauzaun, Leitern und das Bauhandwerkszeug, die Laternen zur nächtlichen Beleuchtung von Verkehrshindernissen bei Bauarbeiten, bei den Verrichtungen von Fuhrleuten die Bremsketten, die Laternen zur Beleuchtung von Fuhrwerken, aber auch Wagen und Pferde selbst (RG Warn 1914 Nr 53; 1916 Nr 165 u. 304; 1919 Nr 36; 14. 5. 03 VI 481/02; 15. 3. 06 VI 253/05). Die Beschaffung verlangt nicht,

daß der Geschäftsherr die einzelnen Gerätestücke selbst auswählt; dies kann auch dem sachkundigen Ermessen des Bestellten (z. B. eines Poliers) überlassen werden; nur müssen die tauglichen Gerätschaften zur Stelle sein (**RG** 53, 123; JW 1915, 704[9]; Warn 1915 Nr 124; 1916 Nr 165; 6. 7. 12 VI 53/12). Ob eine Leitung der Verrichtung erforderlich ist, richtet sich nach der Erfahrung und Übung; bei allen außergewöhnlichen Tätigkeiten im Handwerks- und Gewerbebetriebe, aber auch bei den ersten selbständigen Arbeiten eines Lehrlings wird sie anzunehmen sein. Wo eine Leitungspflicht besteht, ist der Beweis zu führen, daß die erforderlichen Leitungsmaßnahmen getroffen wurden, die nicht schlechthin die Anwesenheit des Geschäftsherrn bei der Verrichtung erfordern und auch durch einen tüchtigen Vertreter ausgeübt werden können, für den dann wieder der Beweis der Sorgfalt in der Auswahl zu führen ist; auch eine vorherige sorgsame Unterweisung kann der Leitungspflicht genügen (**RG** JW 1910, 111[12]; 1911 S. 403[16], 939[1]; 9. 10. 02 VI 180/02). Ob in dem Falle **RG** 96, 81 eine Pflicht zur Leitung der Verrichtung mit Recht angenommen wurde, kann zweifelhaft erscheinen; es dürfte sich hier mehr um eine Beaufsichtigung handeln. Eine Beaufsichtigung von Verrichtungen im allgemeinen aber schreibt § 831 nicht vor; die durch die besondere Sachlage bedingte Leitung einer bestimmten Verrichtung ist deshalb wohl zu unterscheiden von der allgemeinen Aufsichtspflicht, die jedem Geschäftsherrn über seine Angestellten und ihre Dienstverrichtungen obliegt, die außerhalb und neben der Leitungspflicht des § 831 besteht und nicht nach dieser Bestimmung, sondern nach § 823 zu beurteilen, deren Vernachlässigung daher vom Verletzten zu beweisen ist (**RG** 53 S. 53 u. 123 sowie 276; 82, 218; JW 03 Beil S. 9[21] u. 132[294]; 04, 165[3]; 07, 649[9]; 09, 659[10]; 1913, 203[15]; Warn 1910 Nr 19; 1911 Nr 28. Vgl. darüber § 823 A 6). Der Beweis der Sorgfalt in der Auswahl des Bestellten wird dagegen, wie A 5b ausgeführt wurde, oft, namentlich bei länger dauerndem Dienstverhältnis des Angestellten, mit dem einer allgemeinen Aufsichtsführung zusammenfallen. Auch von dem hinsichtlich der Vorrichtungen, Gerätschaften und der Leitung der Verrichtung zu führenden Entlastungsbeweise gilt das zu 5a Gesagte, daß allgemeine Erwägungen über die Ordnung in einem Betriebe nicht genügen, sondern der Beweis auf die einzelnen Dinge gerichtet werden muß (vgl. **RG** Warn 1914 Nr 53).

7. Der Entlastungsbeweis nach dem Schlußsatze des Abs 1 Satz 2, **daß der Schaden auch bei Anwendung der Sorgfalt** in der Auswahl der zu der Verrichtung bestellten Person, bei der Beschaffung der notwendigen Vorrichtungen und Gerätschaften oder bei der notwendigen Leitung der Verrichtung **entstanden sein würde,** der die Sorgfaltsbeweise nach A 5 u. 6 überflüssig macht, dient zur Entkräftung der in § 831 aufgestellten Vermutung eines ursächlichen Zusammenhangs des Verschuldens der mangelnden Sorgfalt in den vorbehandelten Richtungen mit dem Schaden. Er kann auf eine doppelte Weise geführt werden: entweder, daß der schädliche Erfolg auch eingetreten sein würde, wenn der Geschäftsherr einen zuverlässigen Menschen mit der Verrichtung betraut und alle Sorgfalt in der Auswahl angewandt hätte; oder daß der Geschäftsherr auch bei Aufwendung aller tatsächlich nicht angewandten Sorgfalt in der Auswahl vernünftigerweise diesen Angestellten beauftragt haben würde, weil dieser ihm mit Recht zuverlässig erschienen wäre (**RG** JW 1911, 979[11]; Gruch 51, 600). Der erstere Fall ist gegeben, wenn der, obwohl untüchtige, Angestellte bei der schädigenden Handlung sachgemäß, besonnen und vernünftig, gerade wie eine tüchtige und zuverlässige Person gehandelt hat (**RG** Warn 1913 Nr 104; LZ 1917, 866[11]; 4. 1. 06 VI 135/05), oder wenn bei einer mittelbaren Bestellung (A 5 a. E.) der Beweis sorgfältiger Auswahl hinsichtlich der Mittelsperson nicht erbracht werden kann, die Person, die die Verrichtung ausführte, aber zuverlässig war (**RG** JW 06, 547[13]; Warn 1914 Nr 53). Der zweite Fall liegt vor, wenn die untüchtige Person auch einem sorgfältigen Menschen auf der Grundlage ihrer Zeugnisse und der Auskünfte, die über sie von früheren Dienstherren erteilt worden wären, als tüchtig und zuverlässig erscheinen mußte. Der Nachweis des fehlenden ursächlichen Zusammenhangs nach Maßgabe dieser Bestimmung kann nicht durch den Nachweis ersetzt werden, daß die Schadenszufügung seitens des Angestellten nicht durch denjenigen Mangel verursacht worden sei, der ihn bei der Prüfung seiner Fähigkeiten als ungeeignet zu der Verrichtung erscheinen lassen mußte (**RG** Warn 08 Nr 310; 1913 Nr. 93), und die Beweisführung muß sich dahin richten, daß derselbe schädliche Erfolg auch bei Anwendung aller Sorgfalt entstanden sein würde; daß er auch dann möglicherweise hätte eintreten können, genügt nicht (**RG** JW 07, 333[12]; Warn 1914 Nr 53; 1916 Nr 304).

8. Werden von dem Geschäftsherrn die Entlastungsbeweise zu 5 und 6 oder zu 7 nicht geführt, so steht dadurch infolge der in § 831 aufgestellten Vermutungen fest, daß er durch sein **Verschulden** den Schaden, der unmittelbar seitens der von ihm zu der Verrichtung bestellten Person zugefügt worden ist, verursacht hat. Es ist dabei nicht nötig, daß gerade die fehlerhafte Eigenschaft des Bestellten zu dem Schaden ursächlich geworden ist (**RG** Warn 08 Nr 310; 1913 Nr 93). Daneben kann der unmittelbare Täter sich, wenn er schuldhaft gehandelt hat, einer u. H. nach § 823 schuldig gemacht haben. Beide haften dann als Gesamtschuldner nach § 840. Daß der verantwortliche Geschäftsherr sich dem Schadensersatzanspruche

des Verletzten gegenüber auf dessen eigenes mitwirkendes Verschulden nach § 254 berufen kann, ist selbstverständlich (RG 71, 217; JW 03 Beil 92[213]; 04, 288[8]), und zwar kommt dieses mitwirkende Verschulden des Verletzten auch dann dem Geschäftsherrn gegenüber in Betracht, wenn etwa der Angestellte bei der Schadenszufügung vorsätzlich gehandelt hat (vgl. § 826 A 7), da der Geschäftsherr nicht für die u. H. des Angestellten, sondern für die von ihm in vermuteter Fahrlässigkeit begangene einzustehen hat (RG 71, 217). Bei der Abwägung des beiderseitigen Verschuldens nach § 254 ist aber nicht nur das Verschulden des Geschäftsherrn, sondern auch die Art der Verletzung durch die Tat des Angestellten in Betracht zu ziehen, die beide zusammen den Tatbestand der u. H. nach § 831 ausmachen. Ob § 831 in entsprechender Anwendung in den § 254 hineingetragen werden kann dergestalt, daß dem Beschädigten entgegengehalten werden könnte, eine von ihm zu einer Verrichtung bestellte Person habe bei der Entstehung oder Mehrung des Schadens mitgewirkt, ließ RG 56, 154 (am Schlusse) und 75, 257 dahingestellt. In einer Reihe späterer Entscheidungen ist die Frage bejaht und ausgesprochen worden, daß der Rechtsgedanke des Schlußsatzes in § 254 Abs 2 für das Gebiet der u. H. auf die entsprechende Anwendung des § 831 hinweise (RG 77, 211; 79, 312; JW 1911, 979[11]; 1912, 138[12]; Warn 1915 Nr 28). Dem ist beizutreten; der Beschädigte hat bei dieser entsprechenden Anwendung für seine Hilfspersonen in der gleichen Weise einzustehen wie der Schädiger, was der Gerechtigkeit entspricht.

9. Der **Vertrag** des Abs 2, durch den jemand für den Geschäftsherrn die Besorgung der Sorgfaltspflichten des Abs 1 übernimmt, erfordert ein gültiges Rechtsgeschäft, das aber nicht gerade mit dem Geschäftsherrn abgeschlossen zu sein braucht (RG 82, 206; a. A. Staudinger A 2b). Eine Geschäftsführung ohne Vertrag (ohne Auftrag §§ 677ff.) erfüllt den Tatbestand nicht. Die Haftung aus Abs 2 besteht neben der des Geschäftsherrn aus Abs 1; beide Personen können, wenn sie den ihnen obliegenden Entlastungsbeweis nicht führen, für den Schaden als Gesamtschuldner nach § 840 verhaftet sein. Für die Ausgleichung unter ihnen ist das zwischen ihnen bestehende Vertragsverhältnis maßgebend.

§ 832

[1]) Wer kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist[5]), die wegen Minderjährigkeit[2]) oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes[3]) der Beaufsichtigung bedarf[4]), ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den diese Person einem Dritten widerrechtlich zufügt[6]). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er seiner Aufsichtspflicht genügt[7]) oder wenn der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde[8]).

Die gleiche Verantwortlichkeit trifft denjenigen, welcher die Führung der Aufsicht durch Vertrag übernimmt[9]).

E I 710 II 755; M 2 734—736; P 2 593—596.

1. a) In ähnlicher Weise wie § 831 schafft § 832 eine Haftung für den von einem andern einem Dritten widerrechtlich zugefügten Schaden aus dem Gesichtspunkt eines vermuteten Verschuldens des für haftbar Erklärten. Wie im Falle des § 831 ist auch hier nur eine gegenständlich widerrechtliche, keine schuldhafte Handlung des Täters (der zu beaufsichtigenden Person) erforderlich. In § 832 ist es die Verletzung einer gesetzlichen (Abs 1) oder vertragsmäßig übernommenen (Abs 2) **Aufsichtspflicht**, die die Vermutung eines Verschuldens bei der Verursachung des Schadens erzeugt. § 832 umfaßt jedoch keineswegs alle Aufsichtsverhältnisse; er beschränkt die Haftung der Aufsichtspersonen auf die Fälle der Beaufsichtigung von Minderjährigen oder wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes der Beaufsichtigung bedürfenden Personen, weil von diesen Personen wegen ihres Zustandes Gefahren für andere drohen und die Aufsichtsführung sich daher auf die Pflicht erstrecken muß, diesen Gefahren vorzubeugen, was bei anderen Aufsichtsverhältnissen (im Arbeits- und Dienstverhältnis, im Heeresdienst und Beamtenverhältnis) nicht der Fall ist (Prot 2, 594). b) Die Regelung der Haftung von Aufsichtspersonen in § 832 ist erschöpfend (RG 53, 312); eine entsprechende Anwendung der Bestimmung ist ausgeschlossen (RG 70, 48). Auch geht es nicht an, eine Erweiterung der Haftung in der Weise zu rechtfertigen, daß man die die Aufsichtspflicht bestimmenden Gesetze als Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs 2 ansieht (RG 53, 312). Selbstverständlich ist dadurch eine Schadenshaftung im § 832 nicht aufgeführter Aufsichtspersonen aus u. H. nach § 823 Abs 1, sofern einer der Tatbestände dieses Gesetzes vorliegt, nicht ausgeschlossen (RG 70, 48). c) Wie nach § 831 ist es Sache der Person, die für die Handlung des anderen einzustehen hat, die Vermutung ihres Verschuldens

durch den Nachweis zu entkräften, daß sie ihrer Verpflichtung genügt habe. Daß ebenso der Nachweis sie befreit, daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde, bedurfte ebensowenig wie in § 831 der ausdrücklich hinzugefügten Bestimmung; denn in diesem Falle fehlt zwischen dem vermuteten Verschulden des Aufsichtspflichtigen und dem Schaden der ursächliche Zusammenhang.

2. Personen, die **wegen Minderjährigkeit** der Beaufsichtigung bedürfen, sind nicht die Minderjährigen, wenn sie der Beaufsichtigung bedürfen, sondern alle Minderjährigen, weil sie der Beaufsichtigung bedürfen. „Aufsichtsrecht und Aufsichtspflicht über einen Minderjährigen bestehen wegen seines Zustandes, weil er eben minderjährig ist" (RG 52, 69). Ob es sich um Kinder unter sieben Jahren (§ 828 Abs 1), um Minderjährige zwischen sieben und achtzehn Jahren (§ 828 Abs 2) oder um Minderjährige über achtzehn Jahre (§ 2) handelt, ist gleichgültig (RG 50, 60).

3. Unter den Personen, **die wegen ihres körperlichen oder geistigen Zustandes** der Beaufsichtigung bedürfen, sind körperlich oder geistig erkrankte Personen, vornehmlich Geistesgestörte und Epileptiker, aber auch Blinde oder Taubstumme zu verstehen, wenn sie im Einzelfalle der Beaufsichtigung bedürfen.

4. **Beaufsichtigung** (vgl. § 1631) im Sinne des § 832 ist derjenige Teil der Sorge für eine Person, der neben deren eigenem Interesse auch das Interesse Dritter im Auge hat, denen jene Person wegen ihres Zustandes, wenn ihr die Freiheit gelassen wird, ihrem Willen oder ihren Trieben nachzugeben, gefährlich werden kann (vgl. M 4, 753; Prot 2, 594). Gerade der Schutz Dritter kommt für § 832 in Betracht; mit dem Erziehungszwecke und der Fürsorge für den zu Beaufsichtigenden hat § 832 nichts zu tun (RG Warn 1914 Nr 217; 1916 Nr 166). Die Beaufsichtigung eines Minderjährigen fällt demnach nicht mit dessen Erziehung zusammen, wie auch § 1631 deutlich ergibt, der die Erziehungspflicht und die Beaufsichtigungspflicht der Eltern als besondere Teile der Sorge für die Person des Kindes aufführt. Die Fortschritte der Erziehung der geistigen und sittlichen Ausbildung des Kindes nach Maßgabe seiner Verhältnisse und Anlagen (M 4, 750) geben vielmehr einen Maßstab für das Bedürfnis der Beaufsichtigung; je mehr ein Kind bereits erzogen ist, desto weniger bedarf es der Aufsicht und umgekehrt (RG Warn 1910 Nr 60; 1911 Nr 33 u. 241; 1912 Nr 28; 1914 Nr 217; 16. 2. 05 VI 184/04; 22. 5. 11 VI 399/10). Für den Grad der bereits vollendeten Erziehung können als Beweisstücke gute Schulzeugnisse in Führung und Betragen in Betracht kommen (RG JW 04, 202[13]; 05, 21[21]; 11. 12. 04 VI 249/03).

5. **Kraft Gesetzes,** d. i. nach Reichs- oder Landesgesetz **zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet** sind reichsgesetzlich in erster Linie die Eltern über ihre minderjährigen Kinder, und zwar zunächst der Vater (§§ 1627, 1631); neben dem Vater (§ 1634) und nach dessen Tode, nach dem Aufhören seiner elterlichen Gewalt oder bei seiner tatsächlichen Behinderung (§§ 1684—1686), sowie über uneheliche Kinder (§ 1707 Satz 2) allein die Mutter (RG JW 1914, 198[14]); der Vormund (über Minderjährige §§ 1793, 1797, 1800; über Volljährige §§ 1896, 1901) und der Pfleger (§§ 1909, 1910, 1915) über ihre Mündel; der gewerbliche Lehrherr (§§ 127, 127a GewO, 52, 69) über den minderjährigen Lehrling, auch wenn dieser nicht in Kost und Pflege bei dem Lehrherrn steht (RG a. a. O.). Dasselbe ist, wenngleich in etwas beschränkterem Maße, wegen der gleichen Stellung zum Lehrling für den kaufmännischen Lehrherrn anzunehmen, obwohl in § 76 HGB eine ausdrückliche Bestimmung nach Art des § 127a GewO fehlt (RG 97, 229; a. M. Planck A 1a). Landesgesetzlich können die Lehrer, sowohl Volksschullehrer als Lehrer höherer Schulen (RG 65, 290; Warn 08 Nr 316) hinsichtlich ihrer minderjährigen Schüler, die Dienstherrschaften hinsichtlich des minderjährigen Gesindes zur Aufsichtsführung verpflichtet sein. Keine Aufsichtspflichten bestehen für den Ehemann gegenüber der minderjährigen oder geisteskranken Ehefrau (RG 70, 48), für den Leiter einer Schule (Schulrettor) in dieser Eigenschaft (RG Warn 08 Nr 316) gegenüber den Schulkindern; für den Beistand (§§ 1687, 1689) und den Gegenvormund (§ 1799).

6. a) Wie in § 831 ist auch in § 832 nur eine gegenständliche (objektive) **Widerrechtlichkeit** der von dem Aufsichtsbefohlenen begangenen u. H., kein Verschulden erfordert (RG 50, 60; LZ 1918, 501[10]). Für den von dem Aufsichtsbefohlenen angerichteten Schaden können sowohl mehrere Aufsichtspersonen nebeneinander verantwortlich sein (Vater, Mutter oder Vormund und Lehrherr); wie der zu beaufsichtigende Täter nach §§ 828, 829 und eine Aufsichtsperson, wobei jedoch im Falle des § 829 der Täter nur hilfsweise (subsidiär) herangezogen werden kann. Sie haften dann nach Maßgabe des § 840 als Gesamtschuldner; für ihre Ausgleichung untereinander ist § 840 Abs 2 zu beachten. War von der Handlung der Aufsichtsbefohlenen der eingetretene schädliche Erfolg nicht zu erwarten, so ist mit der (adäquaten) Verursachung auch die gegenständliche Rechtswidrigkeit ausgeräumt und deshalb eine Haftung aus § 832 nicht gegeben (RG LZ 1918, 501[10]). b) § 832 bezieht sich nur auf den von dem Aufsichtsbefohlenen **einem Dritten widerrechtlich** zugefügten Schaden; für einen Schaden, den der Aufsichtsbefohlene sich selbst zufügt, kann aber der Aufsichtspflichtige gemäß § 823

wegen Vernachlässigung der Sorge für die Person des Aufsichtsbefohlenen haftbar sein. c) Einem Verletzten, der zu den im Sinne des § 832 kraft Gesetzes zu beaufsichtigenden Personen gehört, kann ebensowenig wie dem wegen seiner Aufwendungen an Heilungskosten usw. aus dem Gesichtspunkte der Geschäftsführung oder der Bereicherung mitklagenden aufsichtspflichtigen Vater auf Grund des § 832 entgegengehalten werden, daß letzterer es an der erforderlichen Aufsicht habe fehlen lassen und dadurch den Schaden mitverursacht habe. Denn § 832 dient lediglich dem Schutze Dritter gegen Schäden, die ihnen von Aufsichtsbefohlenen durch rechtswidrige Handlungen infolge der Vernachlässigung der Aufsicht über sie zugefügt werden können, nicht dem Schutze der Aufsichtsbefohlenen selbst (RG 53, 312; vgl. A 4).

7. Die Ersatzpflicht entfällt, **wenn der Aufsichtspflichtige seiner Aufsichtspflicht genügt hat,** wofür er beweispflichtig ist, wie sich aus der Fassung des § 832 und aus dem Gesetzesgedanken — vermutetes Verschulden des Aufsichtspflichtigen — ergibt (vgl. A 1c). Für die Frage, ob er inhaltlich seiner Aufsichtspflicht genügt hat, kommen einerseits die Eigenschaften der Aufsichtsbefohlenen, das Maß der von ihm ausgehenden, dritten Personen drohenden Gefahr, wie anderseits die eigenen Verhältnisse des Aufsichtspflichtigen in Betracht. So bestimmt sich das Maß der von den Eltern zu leistenden Aufsicht nach dem, was nach Alter und Entwicklung der Kinder von verständigen Eltern in Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Lage und ihrer eigenen Geschäfte und Berufspflichten erwartet werden kann (RG 52, 69; 98, 246; JW 04, 202[13]; 05, 21[21]; Warn 08 Nr 374; 1911 Nr 241). Eine Überwachung des Aufsichtbefohlenen auf Schritt und Tritt ist in der Regel nicht angängig und bei reiferem Alter der Kinder überhaupt nicht erforderlich (RG 50, 60; JW 05, 21[21]; Warn 1914 Nr 217). Über die Beaufsichtigung von Spielen und Spielgeräten der Kinder vgl. RG 50, 60; JW 04, 202[13]; Warn 1916 Nr 166. Ein Spielzeug ist danach nicht schon deshalb als gefährlich anzusehen, weil es unter besonders unglücklichen Verhältnissen einmal Schaden angerichtet hat; es ist zu prüfen, inwieweit eine Belehrung über das Spielzeug erforderlich war und die Aufsichtsperson Grund zu der Annahme hatte, daß durch dessen Benutzung am Spielorte Schaden gestiftet werden könnte. Ein Spielwerkzeug, aus dem Geschosse entsendet werden, ist in gewissem Grade aber immer gefährlich, und das Spielen damit bedarf deshalb immer einer besonderen Aufsicht (RG JW 1912, 539[18]; Warn 1912 Nr 28; 1913 Nr 94; 1916 Nr 136; LZ 1919, 695[8]; 6. 10. 10 VI 569/10). Den Gebrauch von Schußwaffen wird der Aufsichtspflichtige dem minderjährigen Aufsichtsbefohlenen nur gestatten dürfen, wenn er ihn darüber unterrichtet hat oder unterrichtet weiß, von seiner Besonnenheit, seinem Geschick und Verständnis für den Gebrauch und für die Gefahren der Schußwaffen sich überzeugt hat, und wenn dafür gesorgt ist, daß die Benutzung nur an einem sicheren Orte und ohne Verletzung polizeilicher Schutzvorschriften (§ 367 Nr 8 StGB) erfolgt RG 52, 69; 98, 246; JW 05, 21[21]; Gruch 46, 949; Warn 09 Nr 298; 1916 Nr 136; LZ 1919, 695[8]; 17. 1. 07 VI 217/06). Ein Verbot oder eine Mahnung genügt zur Erfüllung der Aufsichtspflicht nur, wenn der Verpflichtete von deren Wirkung überzeugt sein konnte (RG 52, 69; JW 08, 673[1]; Warn 08 Nr 374). Die Aufsichtspflicht verschärft sich, wenn der Aufsichtspflichtige wußte, daß der Aufsichtsbefohlene nicht bloß zu gewöhnlichen Unarten, sondern auch zu ernsteren üblen Streichen geneigt ist (RG Warn 09 Nr 298; 1911 Nr 33 u. 241); seine Nichtkenntnis von früheren Streichen des Aufsichtsbefohlenen fällt in die Beweislast des Aufsichtspflichtigen (RG 15. 12. 10 VI 582/09). Ob der in erster Linie aufsichtspflichtige Vater die Obhut der Mutter überlassen kann, ist Frage des einzelnen Falles (RG Warn 1910 Nr 60; 1911 Nr 241; LZ 1919, 695[8]; 16. 2. 05 VI 184/04). Wie der Aufsichtspflichtige immer entlastet ist, wenn er nachweist, daß für ihn die Möglichkeit fehlte, seine Aufsichtspflicht auszuüben, so ist er anderseits wegen deren Verletzung regelmäßig haftbar, wenn er von der gefährlichen Handlung des Aufsichtsbefohlenen Kenntnis hatte, was jedoch der Verletzte zu beweisen hat (RG 50, 60). Für den Erfolg seiner Aufsichtstätigkeit hat der Aufsichtspflichtige niemals einzustehen; es genügt, daß er das Seinige getan hat, einen guten Erfolg herbeizuführen (RG a. a. O.; Warn 1911 Nr 33; 1913 Nr 94; 1914 Nr 217).

8. Der Nachweis, **daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde** (vgl. § 831 Abs 1 Schlußsatz), bedeutet inhaltlich den Wegfall des ursächlichen Zusammenhangs des nach § 832 vermuteten Verschuldens des Aufsichtspflichtigen in der Aufsichtsführung mit dem entstandenen Schaden. Die deshalb an sich entbehrliche Bestimmung hat den Zweck, außer Zweifel zu stellen, daß dem Aufsichtspflichtigen auch für das Nichtbestehen des bezeichneten ursächlichen Zusammenhangs die Beweislast obliegt. Die Vermutung des § 832 erstreckt sich also auch auf diesen ursächlichen Zusammenhang (RG Warn 1912 Nr 28; 17. 1. 07 VI 217/06). Die Möglichkeit, daß der Unfall auch bei gehöriger Aufsichtsführung sich hätte ereignen können, genügt deshalb nicht, um die Ersatzpflicht auszuschließen (RG Warn 1910 Nr 60; 1912 Nr 28).

9. **Die Übernahme der Führung einer Aufsicht durch Vertrag** setzt einen rechtsgültigen Vertrag voraus, denn ein anderer verpflichtet nicht; ein nicht rechtsgültiger steht gleich einer

einseitigen freiwilligen bloß tatsächlichen Übernahme, etwa seitens Familienangehöriger, die ebenso den Tatbestand des § 832 Abs 2 nicht erfüllen kann (**RG** JW 05, 202[6]). Die Aufsichtsführung braucht aber in dem Vertrage nicht ausdrücklich bedungen zu sein, wenn nur der sonstige Inhalt des Vertrags sie als selbstverständlich erscheinen läßt (**RG** a. a. O.). Beispiele für eine vertragsmäßige Übernahme der Aufsicht sind die Verhältnisse von Kost- und Pflegeeltern, Krankenwärtern, Leitern einer Heilanstalt oder einer privaten Erziehungsanstalt. Aus der Rechtsprechung: das Verhältnis des Aufsehers einer städtischen Kinderarbeitsschule (**RG** JW 08, 673[1]). Nicht erfordert ist, daß der Vertrag gerade mit dem gesetzlich Aufsichtspflichtigen geschlossen ist und daß überhaupt eine gesetzliche Aufsichtspflicht neben der vertragsmäßigen besteht. Ist letzteres der Fall, so können beide Aufsichtspflichtige nebeneinander nach § 840 Abs 1 für den Schaden verantwortlich sein. Ob der Vertrag entgeltlich oder unentgeltlich, auf dauernde oder vorübergehende Leistung geschlossen ist, ist gleichgültig. Vgl. im übrigen A 9 zu § 831.

§ 833

[1]) Wird durch ein Tier[2]) ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt[3]), so ist derjenige, welcher das Tier hält[4]), verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[5]) [6]) [7]). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Schaden durch ein Haustier verursacht wird[8]), das dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt ist[9]), und entweder der Tierhalter bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde[10]).

Satz 1: E I 734 Abs 1 II 756; M 2 809—814; P 2 646—648.
Satz 2: RGes. vom 30. 5. 08, RGBl 313. Begr. RTV 1905/06 Nr 255.

1. Allgemeines. Satz 1 des § 833, der die ursprüngliche Vorschrift des BGB über die Haftung des Tierhalters enthält, während Satz 2 durch das Nachtragsgesetz vom 30. 5. 08 hinzugefügt worden ist, schafft eine Ausnahme von dem Verschuldungsgrundsatze, der im allgemeinen das BGB bei der Setzung der Normen über die Haftung aus u. H. beherrscht (vgl. Vorbem 1, 2 vor § 823), und setzt an dessen Stelle den Grundgedanken der Gefährdung. Es ist ein der heutigen Rechtsanschauung entsprechender und auch im BGB, so in den §§ 836—838, zum Ausdrucke gekommener Satz, daß jeder, der einer selbständigen Wirtschaft vorsteht, dafür sorgen muß, daß seine Eigentumsgegenstände nicht anderen gefährlich werden (**RG** 52, 373; 54, 53; JW 05, 370[10]; Warn 08 Nr 374; vgl. § 823 A 6d und f; § 836 A 1). Den Tieren kommt aber an sich wegen der durch die Vernunft nicht geregelten Willkür ihres Tuns und der körperlichen Kraft, die sie dabei entfalten, eine Gefährlichkeit zu, so daß, wer in seinem Interesse Tiere hält, auch den Schaden ersetzen soll, der infolge dieser Gefährdung entstanden ist (Prot 2, 647). Wie die an und für sich gefährliche Natur eines Eisenbahnbetriebs den Unternehmer nach § 1 HaftpflG haftbar macht, ohne daß es auf sein Verschulden bei einem durch die Gefährlichkeit dieses Betriebs einem Menschen entstandenen Schaden ankommt, so soll nach § 833 Satz 1 auch derjenige, der in seinem Interesse Tiere hält, für den durch deren besondere Gefährlichkeit Dritten zugefügten Schaden haften, ohne daß ein Verschulden seinerseits vorliegt (**RG** 80, 237). Während aber die Haftung aus § 1 RHaftpflG der Regel nach einen wirtschaftlich Starken, einen Großbetrieb, trifft, für den ein haftungerzeugender Unfall einen vielleicht empfindlichen Verlust, aber keine Lebensfrage bedeutet, belastete die Gefährdungshaftung des § 833 in besonderem Maße den mittleren und kleinen landwirtschaftlichen und gewerblichen Betrieb. Die Härten, die die Anwendung des Gesetzes für diese zeitigte (vgl. **RG** 54, 73), die indessen durch die spätere Rechtsprechung wesentlich gemildert wurden (vgl. **RG** 65, 313; 67, 431; Warn 09 Nr 357), gaben den Anstoß zur Ergänzung und Abschwächung des strengen Grundsatzes des § 1 im Wege eines neuen Gesetzes, dessen Wortlaut in einem Satz 2 dem ursprünglichen § 833 hinzugefügt wurde, und das für Haustiere, wenn sie dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind, die Gefährdungshaftung durch eine Verschuldungshaftung mit vom Tierhalter zu widerlegenden Verschuldensvermutung in der Weise der §§ 831, 832, 834, 836—838 ersetzt (**RG** JW 1911, 762[20]; Warn 1910 Nr 445). Das neue Gesetz ist am 6. Juni 1908 verkündet und nach Art 2 RV am 20. Juni 1908 in Kraft getreten. Rückwirkende Kraft hat es nicht.

2. Durch ein Tier muß eine Verletzung zugefügt sein, wenn § 833 zur Anwendung kommen soll. a) Was ein Tier sei, bestimmt sich zunächst nach der naturwissenschaftlichen Lehre; für § 833 kommen aber nur Tiere in Betracht, die durch ihre Tätigkeit auf die Außenwelt einzuwirken befähigt, mit Sinneswerkzeugen und Nervensystem ausgestattet sind. Den Tieren

niederster Ordnung, deren Leben dem der Pflanzen sich nähert, fehlen diese. Mögen Bazillen daher an sich als Tiere anzusprechen sein, die Gefahr, gegen die § 833 Personen und Sachen schützen will, geht von ihnen nicht aus (für Haftung für Bazillen Oertmann A 3a). Diese besondere *Tiergefahr* besteht darin, daß das Tier zwar nach einem Willen handelt, dieser aber nicht durch eine Vernunft geleitet und beherrscht, sondern entweder durch äußere Einwirkungen oder durch dem Menschen sich verbergende Vorstellungen ausgelöst wird. Vorwiegend sind es die Haustiere, die für die Anwendung des § 833, auch im Satz 1, in Frage kommen; doch bezieht sich Satz 1 auch auf andere Tiere, die gehalten werden, so Bienen, so wilde Tiere in Tierbuden und zoologischen Gärten. b) *Durch ein Tier* ist eine Verletzung verursacht, wenn ein der tierischen Natur entsprechendes *selbsttätiges*, in einem übertragenen Sinne willkürliches *Verhalten des Tieres* sie verursacht hat. Dahin gehört das Scheuen und Durchgehen, das Ausschlagen und Beißen der Pferde, das Anspringen gegen Menschen und andere Tiere und das Beißen der Hunde (RG 50 S. 180 u. 219; 54 S. 73 und 407; 60, 65; 61, 316; 65 103; 69, 399; 80, 237; JW 05 S. 318[5], 392[10], 531[12]; 09, 218[6]; 1911 S. 45[31], 215[13], 366[18], 982[17]; 1912, 797[14]; 1914, 36[6]; Warn 08 Nr 377 u. 582; 09 Nr 21; 1911 Nr 328; Gruch 50 S. 668 u. 973). Auch dann noch verhält sich das Tier selbsttätig und willkürlich, wenn es *durch einen äußern Anreiz* zu einer jähen, gewaltsamen Bewegung veranlaßt wird; so, wenn ein Pferd, wie es in seiner furchtsamen und reizbaren Natur begründet ist, durch Lokomotivpfiffe, Geräusche, flatternde Wäsche, durch vor seinen Augen fallende Gegenstände, oder infolge von Schmerzempfindungen, weil es von Fliegen gestochen oder vom Striegel unsanft berührt wurde, scheut, in die Höhe steigt und ausschlägt; denn daß es auf diese Weise zu jähen Bewegungen fortgerissen wird, ist gerade die Betätigung der tierischen Natur (RG 60, 65; 61, 316; 82, 112; JW 05 S. 318[6], 392[10], 531[12]; 1911 S. 45[21], 215[13], 366[18]; 1912, 797[14]; 1914, 36[6]; Warn 09 Nr 21; 1911 Nr 328). Einen Gegensatz zu den selbsttätigen Bewegungen des Tieres bildet einmal der Fall, daß es als bloßes *mechanisches Werkzeug* wirkt, wie wenn ein Tier von einem Menschen dem andern ins Gesicht geworfen und dieser dadurch verletzt wird, oder daß nur seine Größe, seine Masse und sein Gewicht Menschen oder Sachen beschädigt, z. B. wenn ein Pferd oder Rind stürzt und auf einen Menschen fällt, es sei denn, daß der Sturz wiederum nur die Folge eines willkürlichen Verhaltens, wie des Durchgehens des Pferdes, ist (RG JW 1911, 366[18]; 1914, 36[6]). In solchen Fällen ist das Tier überhaupt nicht selbsttätig. Ebenso ist das Tier nur unwillkürlich und gleich einem Werkzeug tätig, wenn es auf ein anderes Krankheitskeime überträgt und es dadurch beschädigt, mag selbst diese Übertragung durch willkürliche Bewegungen des Tieres (Beschnüffeln des anderen Tieres) vermittelt werden (RG 80, 237). Ein willkürliches und selbsttätiges Tun des Tieres ist auch in den außergewöhnlichen Fällen ausgeschlossen, wenn auf den Körper oder auf die Sinne des Tieres ein äußeres Ereignis mit übermäßiger Gewalt nach Art einer mechanischen Ursache derart einwirkt, daß ihm gar keine Freiheit gelassen wird, sich anders zu verhalten (RG 54, 53; 60, 65; 61, 316; 69, 399; JW 05 S. 318[6], 392[10], 531[12], 691[14]; 09, 313[11]; 1910, 579[13]; 1911 S. 45[31], 215[13], 366[18]; 1912, 797[14]; Warn 1911 Nr 328). Nur in seltenen Fällen hat die Rechtsprechung solche Zwangsbewegungen eines Tieres angenommen (RG 69, 399; JW 09, 313[11]); auch diese aber sind zweifelhaft; zumeist liegt ein auf heftigen äußeren Anreiz erfolgtes selbsttätiges Verhalten des Tieres vor. Die richtige Umgrenzung dieser Zwangsbewegungen legen die neueren Entscheidungen RG JW 1911 S. 45[31], 215[13], 366[18]; 1912, 797[14]; Warn 1911 Nr 328 dar. Auf die naturwissenschaftliche Auffassung des Verhaltens der Tiere kommt es für die Darlegung der Begriffe des Gesetzes nicht an (vgl. RG JW 1912, 797[14]). Den Beweis, daß eine solche Einwirkung außergewöhnlicher Art stattgefunden habe, der das Tier auf keine Weise widerstehen konnte, hat der Tierhalter zu führen; es gehört nicht zur Klagebegründung, daß ein willkürliches Tun des Tieres vorliegt. Der Kläger genügt seiner Beweispflicht, wenn er dartut, daß er durch ein Tier beschädigt ist (RG JW 05, 392[10]; 1914, 36[6]). Den zweiten und wichtigeren Gegensatz zum selbsttätigen und willkürlichen Verhalten bilden die unselbständigen Tätigkeiten, wenn das Tier *dem Willen und der Leitung des Menschen folgt*, wie das Reitpferd und das Maultier der Zügellenkung des Reiters, das eingespannte Pferd der Leitung des Kutschers. Hier ist nicht das Tier, sondern der es nach seinem Willen leitende Mensch der Handelnde (RG 50 S. 180 u. 219; 61, 316; 65, 103; JW 09, 218[4]; Warn 08 Nr 377). Das Tier folgt dem Willen des Menschen aber nicht unbedingt und wird von ihm nicht gezwungen; und so schließt die Leitung des Kutschers oder Reiters keineswegs willkürliche Bewegungen des Tieres (Seitensprünge, Hochsteigen, Beißen, Schlagen der Pferde) aus, die alsdann unter § 833 fallen (RG JW 09, 218[6]; Warn 08 Nr 582 u. 636; 13. 10. 10 IV 56/10), wie es auf der anderen Seite nicht willkürlich handelt, wenn es dem Willen des Menschen nicht aus Widerspenstigkeit, sondern weil es ihm nicht möglich ist, die bisherige Bewegung plötzlich abzubrechen, nicht sofort Folge leistet (RG Warn 08 Nr 377 u. 582). In der Gewalt des Lenkers kann sich ein Pferd auch dann noch befinden, wenn der Kutscher die Zügel nicht in der Hand hält: Pferde können mit einem Zurufe geleitet werden, und das Nebenhergehen des Kutschers neben dem Fuhrwerke genügt vielfach, es in der Gewalt zu behalten (RG 65, 103).

c) Die Feststellung des ursächlichen Zusammenhangs zwischen einer eingetretenen Verletzung und einem auf der Tiergefahr beruhenden Tun des Tieres folgt den in Vorbem 5 vor § 823 entwickelten Grundsätzen (sog. adäquate Verursachung: RG 2. 10. 05 IV 165/05; 5. 10. 05 IV 173/05). Der Zusammenhang braucht nicht ein unmittelbarer zu sein; die Verletzung kann auch mittelbar auf jene Tätigkeit zurückführen (RG 50, 219; JW 1914, 36[6] u. 471[13]), sei es, daß diese zunächst auf einen von dem Tier in Bewegung gesetzten Gegenstand einwirkt, so auf den von den Pferden gezogenen Wagen, und mittels dieses Gegenstandes die Verletzung erfolgt (RG 50, 219; vgl. weiter den Fall JW 1911, 366[18]), sei es, daß durch das Tun des Tieres die beschädigte Person in Schrecken versetzt, infolgedessen gestürzt ist und verletzt wurde: so, wenn ein bissiger Hund gegen einen Menschen anläuft, dieser erschrickt, stolpert und stürzt (RG JW 06, 379[7]; 08, 680[12]; 1914, 471[13]; 3. 7. 11 IV 679/10). Doch muß eine ernste Gefahr vorliegen; ein harmloses Anspringen und Bellen eines gutartigen und offenbar nicht zu fürchtenden Hundes begründet einen ursächlichen Zusammenhang nicht; wenn eine besonders nervenschwach veranlagte Person davor erschrickt und fällt, so ist dies nicht Wirkung einer Tiergefahr (RG JW 08, 41[16]). Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Tun des Tieres und der Verletzung wird ferner nicht dadurch aufgehoben, daß der Beschädigte selbst durch eine auf freier Selbstbestimmung beruhende Handlung eingreift, wie, daß er beim Durchgehen der Pferde, um sich zu retten, vom Wagen springt und sich dabei Verletzungen zuzieht (RG JW 07, 307[8]), oder daß er, um andere vor der Gefahr zu behüten, die durchgehenden Tiere aufhalten will und hierbei von ihnen verletzt wird (RG 50, 219; 19. 10. 03 VI 47/03; 29. 11. 06 IV 198/06). Inwiefern ein solches Handeln des Beschädigten ein mitwirkendes Verschulden an der Verursachung des Schadens begründen kann, darüber vgl. unten A 6. Kommt das Verhalten mehrerer Tiere, von denen das eine auf die Sinne des anderen einwirkte, als ursächlich für eine Verletzung in Frage (ein Hund springt gegen Pferde an, die dann scheuen und Unheil anrichten), so ist der Schaden durch das einwirkende Tier verursacht worden, wenn die Einwirkung derart war, daß sie das schadenstiftende Verhalten des anderen Tieres nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge entsprechend der Natur dieser Tiergattung mit Wahrscheinlichkeit auslösen mußte (RG JW 05, 691[14]; Gruch 50 S. 668 u. 973). Eine Berufung auf höhere Gewalt kann es gegenüber der Inanspruchnahme aus § 833 nur insoweit geben, als infolge einer äußeren Einwirkung ein willkürliches Tun des Tieres ausgeschlossen ist; dann ist aber eben im Sinne des § 833 der Schaden nicht durch das Tier verursacht (RG 54, 407).

3. Die Haftung nach § 833 tritt nur ein, wenn durch das Tier **ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt** wird. Über die Tötung eines Menschen vgl. § 823 A 4, über die Verletzung des Körpers und der Gesundheit ebenda A 5. Unter der Beschädigung einer Sache (§ 90) ist ebenso wie bei der Verletzung des Eigentums in § 823 Abs 1 (vgl. dort A 7) auch die Entziehung der Sache (Verschleppung eines Gegenstandes durch ein Tier) zu verstehen. Nur für die Schäden, die aus der Verletzung der hier bezeichneten Rechtsgüter entstehen, haftet der Tierhalter nach § 833; für andere Schäden gelten die allgemeinen Grundsätze der §§ 823, 831; der Tierhalter kann also nur aus einem Verschulden oder aus einer rechtswidrigen Handlung seines Angestellten in Ausführung einer Verrichtung in Anspruch genommen werden.

4. Als **Tierhalter** ist, wie in Erweiterung der in den Urteilen RG 52, 117 und JW 06, 197[14] gegebenen Begriffsbestimmung, die auf die Sorge für Obdach und Unterhalt des Tieres entscheidendes Gewicht legte, die Rechtsprechung des Reichsgerichts angenommen hat (RG 62, 79; 66, 1; JW 1911 S. 218[23] u. 279[8]), anzusehen, wer das Tier in seinem Hausstande oder Wirtschaftsbetriebe verwendet. Das Eigentum sowie die Sorge für Obdach und Unterhalt können Umstände sein, aus denen auf die Tierhaltereigenschaft im einzelnen Falle zu schließen ist; wesentlich für den Begriff sind sie nicht (RG 55, 163; JW 1916, 907[6]; 1917, 287[7]; Warn 1915 Nr 208 u. 237; 1918 Nr 187; 20. 6. 10 IV 524/09). Das Tierhalterverhältnis ist ein tatsächliches, kein rechtliches. Ohne mittelbaren oder unmittelbaren Besitz ist es nicht wohl denkbar, und schlechthin wesentlich ist das Merkmal des eigenen Interesses (RG 62, 79; 66, 1). Tierhalter ist der Posthalter, der die Postpferde vertragsmäßig der Postverwaltung zur Verfügung zu stellen hat; sie dienen seiner Wirtschaft (RG JW 1910, 470[8]; Warn 1916 Nr 201). Tierhalter ist ebenso der Inhaber eines Reitinstituts, der gewerbsmäßig Reitpferde gegen Entgelt vermietet; sie scheiden durch den Austritt nicht aus seiner Wirtschaft aus, werden vielmehr gerade durch die Vermietung dafür verwendet und bleiben seiner Verfügung unterworfen (RG Warn 1912 Nr 254;) Tierhalter bleibt der Landwirt, wenn er unentgeltlich vorübergehend aus Entgegenkommen sein Pferd an Dritte verleiht (RG JW 1915, 917); Tierhalter ist der Nießbraucher oder Pächter eines Gutes, der Ehemann hinsichtlich der zum eingebrachten, bei der Gütergemeinschaft der zum Gesamtgut gehörigen Tiere. Auch mehrere Personen können gleichzeitig Tierhalter derselben Tiere sein; so, wenn der Vater das Landgut, dessen Wirtschaftsbetriebe die Pferde dienen, seinem Sohne übergeben, sich aber deren Benutzung für seine Wirtschaft gleichfalls vorbehalten hat; er ist dann Tierhalter, sobald sie in

seiner Wirtschaft verwendet werden und in seiner Verfügung stehen (RG JW 1911, 279[8]). Dienen Tiere den wirtschaftlichen Zwecken eines nichteingetragenen Vereins, so sind alle Mitglieder der Vereinigung als Tierhalter anzusehen (RG JW 1911, 218[23]). Eine vorübergehende Besitzentziehung (Entlaufen des Tieres) hebt die Tierhaltereigenschaft nicht auf, wohl aber eine dauernde Entziehung, durch die das Tier seiner Bestimmung für den Tierhalter entfremdet wird (Diebstahl). Tierhalter sind aber auch der Schlächter, der Tiere kauft und bei sich einstellt, um sie am nächsten Tage zu schlachten, oder der Viehhändler, der dasselbe tut, um die Tiere am nächsten Tage zum Markt zu führen und zu verkaufen; sie dienen beider Gewerbetriebe. Eine Landgemeinde ist Tierhalter des Zuchtstieres, der zu Zuchtzwecken für die Gemeinde angeschafft und bei einem Bauern im Stalle untergebracht ist, der dem Tiere gegen Vergütung Fütterung und Wartung gewährt (RG JW 1917, 287[7]); ebenso ist Tierhalter, wer vertragsmäßig einer Bergwerksverwaltung die Grubenpferde stellt, die, solange sie in der Grube verwendet werden, dort eingestallt werden; die Aufgabe der unmittelbaren Verfügungsgewalt über die Tiere auf Zeit bedeutet nicht den Verlust der Tierhaltereigenschaft (RG Warn 1915 Nr 237; JW 1917, 287[7]). Der Unzurechnungsfähige (§§ 827, 828) kann Tierhalter sein, aber nicht durch eigenen Willensentschluß werden; er wird es jedoch, wenn sein gesetzlicher Vertreter ihn durch seine Handlung in das Verhältnis des Tierhalters versetzt. Zu welchem Zwecke das Tier im Augenblicke des Unfalls benutzt wird, ist gleichgültig (RG 55, 163; JW 06, 197[14]); für die Tierhaltereigenschaft ist nur die Bestimmung des Tieres zur Verwendung in der eigenen Wirtschaft und im eigenen Interesse maßgebend. Der Gutsverwalter, der die für die Gutswirtschaft bestimmten Pferde zu einer Spazierfahrt benutzt, wird dadurch nicht Tierhalter (RG 52, 117; Gruch 47, 404); desgleichen nicht die Landwirtschaftskammer, die durch ihre Geschäftsstelle den Absatz von Schlachtvieh vermittelt, sich das Vieh zusenden, tierärztlich besichtigen und in die Verkaufshalle bringen läßt (RG 66, 1); nicht der Staat, dem bei dem Pferdemusterungsgeschäft in Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung die Tiere zur Auswahl vorgeführt werden (RG JW 04, 408[17]; 06, 466[24]); nicht der Kauflustige, der zu einer Probefahrt zwecks Entschließung über einen Ankauf das Pferd bei sich einstellt und die Probefahrt ausführt (RG JW 06, 197[14]; 7. 11. 07 IV 120/07); auch nicht der Bereiter (Trainer) oder der Stallmeister, denen zum Zwecke des Zureitens das Rennpferd oder das Reitpferd übergeben wird; sie nutzen das Tier nicht für ihr Interesse; die Vergütung, die sie für das Zureiten erhalten, ist nicht Nutzung des Tieres, sondern Entlohnung ihrer im fremden Interesse geleisteten Arbeit (RG Warn 08 Nr 317); ferner nicht der bloße Verwahrer, mag auch nebenher eine Benutzung des Tieres durch ihn vorgesehen sein (RG JW 1913, 431[9]), wie sie in vielen Fällen im Interesse des Hinterlegers (Ausreiten von Pferden) selbst zu den Pflichten des Verwahrers gehört (vgl. § 688 A 3). Tierhalter bleibt dagegen bis zur kurzzeitigen Abholung der Verkäufer eines Tieres, das bisher seiner Wirtschaft diente und in seinem Stalle steht (RG JW 1910, 706[6]). Tierhalter ist aber wiederum aus den gleichen Gründen wie die vorgenannten Personen nicht der Tierarzt, dem das Tier zur Behandlung zugeführt wird, und nicht der Viehkommissionär, dem ein Tier zum Verkauf übergeben worden ist (RG 11. 12. 11 IV 142/11). Wohl aber ist Tierhalter der Beamte oder die Militärperson, die beruflich verpflichtet sind, selbst ein Pferd zur Benutzung im Berufe sich zu beschaffen (Gendarmenpferd in Preußen, RG 55, 163; Landbriefträger, RG Warn 1918 Nr 187); und Tierhalter ist der Landwirt, dem zur selbständigen Verwendung in seiner Wirtschaft Tiere vom Eigentümer, wenn auch nur auf kurze Zeit, geliehen werden (RG 62, 79). Über den Tierhalter gefangener oder gezähmter (§ 960 BGB) wilder Tiere vgl. RG JW 1916, 907[6]).

5. Der Tierhalter haftet für den einem anderen aus der Verletzung eines der bezeichneten Rechtsgüter entstehenden **Schaden.** Für den Schadensersatz aus der Verletzung von Leben, Körper oder Gesundheit eines Menschen gelten die §§ 842—847. Mehrere Tierhalter des Tieres, das den Schaden angerichtet hat, haften als Gesamtschuldner nach § 840 Abs 1; ebenso der Tierhalter und der Aufsichtspflichtige nach § 834 (der Tierhüter, RG 60, 313). Für die Ausgleichung dieser mehreren Ersatzpflichtigen untereinander ist das zwischen ihnen bestehende Rechtsverhältnis maßgebend. Auch die verschiedenen Tierhalter mehrerer Tiere, die zusammenwirkend einen Schaden angerichtet haben, sind gesamtschuldnerisch verhaftet; für deren Ausgleichung untereinander gilt § 840 Abs 1 in Verbindung mit § 426 (RG JW 05, 691[14]). Gesamtschuldnerische Haftung tritt ferner ein, wenn die Verletzung auf ein Tier und zugleich auf die u. H. eines Dritten zurückzuführen ist (das Pferd scheut infolge des unerlaubt schnellen Vorüberfahrens eines Kraftwagens oder infolge eines Betriebsvorgangs der Eisenbahn; vgl. RG 53, 114; 58, 335; 61, 56; Gruch 47, 405; 48, 928); bei der Ausgleichung untereinander kann sich hier aber der Tierhalter auf die Bestimmung des § 840 Abs 3 berufen, wonach im inneren Verhältnisse ein dritter Haftpflichtiger gegenüber dem Tierhalter den ganzen Schaden trägt; dies gilt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch dann, wenn die Haftung des Dritten, wie die des Eisenbahnunternehmers aus § 1 HaftpflG ebenfalls nicht auf einem Verschulden, sondern auf Gefährdung beruht, weil die Vorschrift des § 840 Abs 3 nur die Ersatzpflichtigen aus den §§ 833—838 gegenüber anderen begünstigt (RG

53, 114; 58, 335; 61, 56; vgl. § 840 A 7), und es gilt weiter selbst dann, wenn der Tierhalter selbst der Beschädigte ist (RG 71, 7; JW 05, 734[32]; Warn 1910 Nr 120; 18. 5. 05 VI 417/04; 19. 10. 05 VI 68/05). Beim Zusammenwirken eines Tieres und eines Kraftfahrzeugs zur Verursachung eines Schadens der in § 833 bezeichneten Art (vgl. § 7 KraftFahrG) gilt für die Ausgleichung zwischen dem Tierhalter und dem Fahrzeughalter § 17 Abs 2 KraftFahrG, abgesehen von dem Falle des § 833 Satz 2, der die Tierhalterhaftung ausschaltet (RG 82, 112; 96, 130). Trifft den Tierhalter ein Verschulden bei der Verursachung der Verletzung, das den § 823 anwendbar macht, so kann er sich für die Ausgleichung gegenüber dem dritten Haftpflichtigen auf die Befreiung des § 840 Abs 3 nicht berufen. Hat er für die rechtswidrige Verursachungshandlung eines Angestellten (§ 831) einzustehen, so kommt ihm, falls diesen ein Verschulden trifft, das auch ihn ersatzpflichtig macht, im inneren Verhältnisse zwar nicht § 840 Abs 3, aber § 840 Abs 2 zugute. Einen Anspruch auf Unterlassung der u. H. nach § 833 kann es nicht geben, da die die Haftung begründende Gefährdung schon mit dem Halten des Tieres gegeben ist, das für sich eine u. H. nicht darstellt.

6. Daß ein **mitwirkendes Verschulden des Beschädigten** an der Verletzung und ihren Folgen (§ 254) wie bei allen anderen u. H. auch bei der Haftung des Tierhalters den Ersatzanspruch ausschließen oder im Umfange mindern muß, ist selbstverständlich. Die Abwägung nach § 254 hat auf der Seite des Tierhalters die Tiergefahr, auf der Seite des Verletzten das Maß seines Verschuldens und dessen Bedeutung für die Verursachung des Schadens in Betracht zu ziehen (RG 51, 275; JW 02 Beil 274; 03 Beil S. 42[90], 66[153], 143[314]; 04, 57[10]; 06, 808[2]; Warn 1911 Nr 327; 1912 Nr 61). Über das mitwirkende schädliche Verhalten eines verletzten Kindes oder Unzurechnungsfähigen gilt das § 827 A 3, § 828 A 1, 2 Gesagte: mangels der Möglichkeit eines Verschuldens entfällt ihre Verantwortlichkeit (vgl. RG 67, 120). Ein eigenes mitwirkendes Verschulden des Verletzten liegt vor, wenn er sich leichtsinnig selbst der Tiergefahr ausgesetzt hat: so, wenn er den Hof betritt, auf welchem ein bissiger Hofhund gehalten wird, obwohl durch eine Tafel an der Hoftür vor dem Betreten des Hofes mit einem Hinweise auf den Hund gewarnt war (RG JW 06, 349[7]); ähnlich, wenn ein Hundebesitzer seinen Hund vor den Angriffen eines anderen Hundes schützen will, in ihren Kampf eingreift und dabei selbst verletzt wird (RG Warn 1914 Nr 161); oder wenn er ohne Not dicht an Pferden vorbeigeht (RG JW 06, 739[7]; 09, 136[13]; Warn 08 Nr 290; 1916 Nr 201); das trifft indessen nicht zu bei einem Stallknechte oder dem Hufschmied, dessen Arbeit es mit sich bringt, daß er sich den Tieren nähern muß (RG JW 06, 740[8]; 1911, 215[13]); oder wenn der Verletzte ein krankes Tier nur ohne Veranlassung berührt hat (RG JW 08, 235[7]). Ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten ist ferner gegeben, wenn der verletzte Radfahrer durch übermäßig schnelles Fahren in Ortschaften die Hunde aufregt und das Anspringen von Hunden an das Rad für sich selbst gefährlich macht (RG JW 08, 680[12]); wenn der Tierarzt oder der Hufschmied bei der Behandlung oder beim Beschlagen der Pferde die nötigen Vorsichtsmaßregeln versäumen (RG JW 04, 57[10]; Warn 09 Nr 212). Ein eigenes Verschulden des Verletzten liegt aber nicht darin, daß der Insasse eines Wagens beim Durchgehen der Pferde, um sich aus der größeren Gefahr zu retten, selbst ungeschickt, abspringt (RG JW 07, 307[8]). Noch weniger kann ein Vorwurf eigenen Verschuldens gegen den Verletzten daraus hergeleitet werden, daß er in Erfüllung einer sittlichen Pflicht, um eine größere Gefahr von der Allgemeinheit abzuwenden, den durchgehenden Tieren sich entgegenstellt, um sie zum Stehen zu bringen; überhaupt ist eine ungeeignete Maßregel noch kein Verschulden, sofern der Verletzte bei dem Versuche nur nicht jede Vorsicht und Besonnenheit außer acht ließ; das muß besonders bei Rettungshandlungen gelten, die ein schnelles Eingreifen erfordern (RG 50, 219; JW 04, 356[6]; Gruch 49, 931; Warn 09 Nr 99; vgl. § 823 A 3). Daß der Verletzte durch das eigene Tier verletzt wird dergestalt, daß er, wenn der Verletzte ein Dritter wäre, diesem selbst als Tierhalter haften würde, begründet für den schuldhaft handelnden Verursacher des Unfalls einen Einwand des mitwirkenden Verschuldens des Verletzten nicht; eine entsprechende Anwendung des § 254 ist hier durch die Vorschrift des § 840 Abs 3 (s. die vorige Anmerkung) ausgeschlossen (RG 71, 7; Warn 1910 Nr 120; 18. 5. 05 VI 417/04). Dagegen ist eine solche rechtsähnliche Anwendung des § 254 zulässig und dem Sinne des Gesetzes entsprechend, wenn auch der in Anspruch genommene Ersatzpflichtige nur als Tierhalter haftet, also nicht er, sondern sein Tier den Schaden mitverursacht hat (RG 67, 120 in dieser Beschränkung richtig; vgl. § 840 A 7 u. 8). Über eine Umkehrung der Beweislast beim Einwande des eigenen Verschuldens bei Dienstpersonen vgl. A 7b.

7. **Einwirkung eines Vertragsverhältnisses auf die Haftung des Tierhalters.** a) Wie regelmäßig schon die Fahrlässigkeitshaftung aus u. H., kann um so mehr die ohne Verschulden des Haftpflichtigen eintretende Gefährdungshaftung des § 833 durch Vertrag ausgeschlossen werden (vgl. Vorbem 4b vor § 823). Ein solcher Vertrag beseitigt dann nicht nur die Ansprüche des Verletzten, sondern auch die der Unterhaltsberechtigten nach § 844 (RG 65, 313). Eine ausdrückliche Vertragsvereinbarung auf Ausschluß der Tierhalterhaftung wird im täglichen Leben selten vorkommen; der Ausschluß kann sich aber aus dem sonstigen Inhalt

des Vertragsverhältnisses als dem Willen der Vertragsparteien entsprechend ergeben. Das ist der Fall, wenn dem Verletzten durch Dienst- oder Werkvertrag eine in seinen Berufskreis gehörige Arbeitsleistung bezüglich des Tieres übertragen worden ist, die als solche mit einer besonderen Tiergefahr verbunden ist; hier muß diese Gefahr mit der Übernahme der Leistung als übernommen gelten. Der hauptsächlichste Anwendungsfall ist der Vertrag auf Zureiten eines Rennpferdes durch den Bereiter (Trainer), eines Reitpferdes durch einen Stallmeister, der eine selbständige Gewalt dieser Personen über das Tier bedingt (RG 58, 410; JW 05, 143[22]; Warn 1910 Nr 153). Beim Tierarzt, der eine ärztliche Verrichtung an dem Tiere vornimmt, beim Hufschmiede, der das Pferd beschlägt, ist eine solche Gefahrübernahme nicht anzunehmen; ihre Vertragsleistungen weisen auf einen derartigen Vertragswillen nicht hin; ihnen wird eine Verfügung über das Tier nicht übertragen (RG 61, 54 läßt für den Hufschmied die Frage offen, während JW 06, 553[22] die Übernahme der Gefahr verneint und den Unterschied vom Bereiter und Stallmeister betont; ebenso JW 1911, 89[7] und Warn 1912 Nr 61; unter besonderen Umständen ist Ausschlußvertrag beim Hufschmied angenommen, Warn 1912 Nr 430; JW 04, 57[10]; 1912, 797[14]). Noch weniger kann an eine vertragsmäßige Übernahme der Tiergefahr bei den unselbständigen Dienstverrichtungen der von den Weisungen des Dienstherrn abhängigen Gesindepersonen: Kutscher, Reitknecht, Stallknecht, gedacht werden (RG 50, 244; JW 05 S. 202[6], 392[10], 393[11], 528[7]; 07, 710[17]; 1911, 215[13]; Warn 08 Nr 318 u. 477; 1910 Nr 153). Frage des einzelnen Falles ist die Übernahme der Tiergefahr bei den Leistungen des Beförderungsunternehmers (RG Warn 08 Nr 495; 30. 10. 07 IV 111/07) oder beim Abschneiden (Kupieren) von Pferdeschweifen (RG Warn 09 Nr 212). Über die Beweispflicht s. unter b.

b) Das Vertragsverhältnis zu allen diesen Personen, die die Tiergefahr nicht übernommen haben, sowie zu dem bestellten Tierhüter nach § 834, ist indessen, wenn diese Personen selbst bei Erfüllung ihrer Vertragsverpflichtungen von dem Tiere verletzt worden sind, immerhin nicht ohne Wirkung. Denn in diesem Falle erscheint zunächst die von dem Hufschmied, Kutscher, Beförderungsunternehmer, Stallknecht bei der Vertragsleistung zu beobachtende Sorgfaltspflicht verletzt, und es trifft daher sie die Beweislast, daß sie ihrer Sorgfaltspflicht genügt haben, daß der Schaden durch das Tier ohne ihr Verschulden angerichtet wurde, oder daß er auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (RG 50, 244; JW 05 S. 202[6], 392[10], 393[11], 528[7]; 07, 710[17]; Warn 08 Nr 318, 477; 09 Nr 212; 1910 Nr 153; 1912 Nr 61 u. 430; 9. 2. 05 VI 167/04). Dieser Beweis kann auch allgemein dahin geführt werden, daß der Verletzte bei derselben Verrichtung bisher stets sorgfältig und vorsichtig zu Werke gegangen sei (RG JW 05, 392[10]), und er ist als geführt zu erachten, wenn der Dienstverpflichtete die ihm von dem Dienstherrn gemachten Vorwürfe sachwidrigen Verhaltens widerlegt (RG 13. 7. 08 IV 83/08). Ist von dem Geschäfts- oder Dienstherrn gar nicht geltend gemacht, daß den Verletzten ein eigenes mitwirkendes Verschulden an dem Schaden treffe, so bedarf es auch nicht des Sorgfaltsbeweises des Verletzten. Die Beweispflicht für ein Vertragsverhältnis, das in den Fällen zu a eine Ausschließung, in den Fällen zu b eine Beschränkung der Haftung des Tierhalters zur Folge hat, trifft den Tierhalter (RG 5. 3. 08 IV 341/07).

c) Besondere Veranlassung zur Annahme eines stillschweigenden Ausschlusses der Tierhalterhaftung bieten die Fälle, in denen der Tierhalter oder sein Angestellter in ihr Fuhrwerk aus Gefälligkeit einen Fahrgast aufgenommen haben. Während RG 54, 73 in einem solchen Falle die volle Strenge der Haftung aus § 833 zur Anwendung brachte, suchte und fand die spätere Rechtsprechung einen Weg, die Härten jener Entscheidung zu beseitigen. Grundsätzlich ließ sich zwar an der Haftung des § 833 nichts ändern. Aber man entnahm für den einzelnen Fall aus dem Verhalten der Beteiligten und den begleitenden Umständen einen Vertrag auf Ausschließung der Haftung des Tierhalters, ohne daß die Beteiligten eine solche Willenseinigung erklärt zu haben brauchten, ja ohne daß sie auch nur an Gefahr und Unfall gedacht hatten (RG 65, 313; 67, 431; JW 08, 108[6]; Warn 08 Nr 157; 09 Nr 100). Der Vertragsschluß ist zwar nicht ohne weiteres aus der Gefälligkeit des Mitfahrenlassens zu entnehmen, die selbst einen Vertrag an sich nicht darstellt (RG 65, 18; JW 08, 108[6]; 1911, 28[5]; Warn 08 Nr 157; 09 Nr 357); er bedarf besonderer Feststellung; aber diese darf schon auf die Bitte um Mitnahme und die Einwilligung dazu gestützt werden (RG a. a. O., ferner Warn 08 Nr 353; 09 Nr 100). Bei der Annahme einer solchen Willenseinigung muß aber die Kenntnis der Sachlage durch den Verzichtenden vorausgesetzt werden; ein Ausschluß der Haftung ist auch bei einer Gefälligkeitsfahrt nicht anzunehmen, wenn der Tierhalter ein ungewöhnlich scheues Pferd eingespannt hatte (RG 10. 10. 10 IV 138/10). Die Entgeltlichkeit der Beförderung schließt einen solchen Vertrag zwar nicht aus, ist aber ein tatsächlicher Umstand, der gegen die Annahme eines Vertrags spricht, so daß er in diesem Falle besonderer Begründung bedarf (RG JW 08, 108[6]; 09, 318[11]; Warn 08 Nr 157 u. 477; 09 Nr 22). Als ein anderer gegen den Enthaftungsvertrag sprechender Umstand ist die Tatsache angesehen worden, daß der Tierhalter, wie dem Fahrgaste bekannt war, gegen die Tiergefahr versichert ist (RG Warn 09 Nr 22

und 100); und endlich wurde die Annahme eines solchen Vertrags mit Recht abgelehnt, wenn das Mitfahren des Verletzten nicht auf einer Gefälligkeit des Tierhalters, sondern auf einer Gefälligkeit des Verletzten gegenüber dem Tierhalter beruhte (RG Warn 1910 Nr 153; vgl. die Fälle JW 1911 S. 319[5] u. 714[14]). Die Entscheidung RG Warn 09 Nr 357 (vgl. auch JW 1911, 28[5]) weist auf die Bedenken gegen die Annahme eines solchen nicht nur unausgesprochenen, sondern auch unausgedachten und unausgewollten Vertrags hin, für dessen Feststellung es vielfach an einer wirklichen tatsächlichen Unterlage fehle, und setzt an die Stelle des stillschweigenden Vertrags das Handeln auf eigene Gefahr: Wer bewußterweise außerhalb eines Vertragsverhältnisses und ohne eine sonstige rechtliche oder sittliche Verpflichtung (vgl. oben A 6) einer bestimmten Gefahr sich aussetzt, nimmt diese Gefahr auf sich. Die Verwendung dieses zwar im BGB nicht ausgedrückten, aber einer im Leben herrschenden Anschauung entsprechenden Rechtsgedankens sei, spricht das Urteil aus, wohl geeignet, einer gerechten, im Sinne des Gesetzes selbst liegenden Ausgleichung gegenüber einer Gefährdungshaftung, wie sie § 833 dem Tierhalter auferlegt hat, zu dienen. Dem möchte zuzustimmen sein (so auch v. Gierke, Deutsches Schuldrecht S. 946 u. A 55).

8. **Haustiere** sind die zahmen Tiere, die von den Menschen zu ihrem Nutzen in ihrer Hauswirtschaft gehalten zu werden pflegen, als: Pferd, Maultier, Esel, Rind, Schaf, Ziege, Schwein, Hund, Katze, Geflügel. Den Gegensatz zu den Haustieren bilden die wilden und die gezähmten wilden Tiere (gezähmtes Reh, Affe u. a.), die dadurch, daß sie in einer Hauswirtschaft gehalten werden, nicht Haustiereigenschaft erlangen. Tiere, die zwar ihrer Gattung nach Haustiere sein können, aber nicht als solche verwendet werden (Versuchstiere des Professors, Tiere zur Heilserumerzeugung in den Serumanstalten), kommen im Sinne des Gesetzes als Haustiere nicht in Betracht (RG 79, 246). Die Biene ist kein Haustier; sie ist ein „wilder Wurm" und entzieht sich der menschlichen Aufsicht und Verfügung (a. M. Oertmann A 9b α zu § 833).

9. Der Schutz des Satz 2 erstreckt sich nur auf solche Haustiere, **die dem Berufe, der Erwerbstätigkeit oder dem Unterhalte des Tierhalters zu dienen bestimmt sind.** Ausgeschlossen sind damit diejenigen Haustiere, die zu anderen Zwecken, für den Sport oder zur Annehmlichkeit (Luxusreitpferd, Schoßhund) gehalten werden (RG 79, 246; JW 1911, 45[32]). Das vom Landwirt zu Zuchtzwecken gehaltene Vollblutpferd ist seinem Erwerbe zu dienen bestimmt; es wird Luxustier, wenn es in den Rennstall eines Sportsmannes oder in den Stall eines Rentners übergeht, der es zu Spazierfahrten benutzt (RG 79, 246). Die Tiere sollen jenen Zwecken zu dienen bestimmt sein; sie müssen daher diese Bestimmung zur Zeit der Zufügung einer Verletzung haben; daß sie ausschließlich den hervorgehobenen Zwecken dienen, wird nicht gefordert (RG JW 1911, 45[32]), auch nicht, daß sie bei der Schadensverursachung ihnen gerade gedient haben; maßgebend ist ihre allgemeine Zweckbestimmung (RG JW 1917, 286). Daß die Bestimmung äußerlich erkennbar sei (Begr.), wird nicht zu verlangen sein. Gelegentliche Benutzung eines Tieres zu Erwerbszwecken, das im allgemeinen dem Vergnügen des Besitzers zu dienen bestimmt ist, genügt dem Erfordernis des Satz 2 nicht (RG JW 1911, 45[32]). Beruf ist die an eine öffentliche oder private Anstellung oder an eine Prüfung gebundene, nicht unmittelbar dem Erwerbe dienende Lebensstellung; Beamte, Militärpersonen, Geistliche, Ärzte, Rechtsanwälte, aber auch Gutsverwalter, Förster, Ingenieure im Privatdienst haben einen Beruf. Dem Berufe sind demnach zu dienen bestimmt die Dienstpferde der Offiziere, der Gendarmen, die Kutschpferde des Landarztes, je nach Umständen auch des Landrats, die Jagdhunde des Försters. Für die Annahme einer Berufsbestimmung der Haustiere wird der Umstand maßgebend sein, ob die Ausübung der Berufstätigkeit die regelmäßige Benutzung von Tieren erforderlich macht, oder diese, wie es bei Militärpersonen und Beamten der Fall ist oder sein kann, sogar vorgeschrieben wird. Zum Berufe gehört auch die sog. Repräsentation hoher Würdenträger, wo sie nicht gesellschaftliche Übung, sondern im öffentlichen Interesse gelegene Pflicht der Dienststellung ist (diplomatische Vertreter des Staates). Dem Berufe sind ferner die Tiere bestimmt, die für Berufszwecke vom Staate, von den Gemeinden oder von sonstigen Körperschaften, in deren Dienst die Berufspersonen stehen, gehalten werden: die Armeepferde (RG 76, 225), die Feuerwehrpferde, die Polizeihunde. Der Erwerbstätigkeit dienen die in gewerblichen oder landwirtschaftlichen Betrieben als Zug-, Last-, Schlacht- (RG 79, 246), aber auch als Zuchtvieh zur Verwendung kommenden Haustiere; sowohl das vom Landwirt oder Viehhändler zu Verkaufszwecken, wie das vom Metzger zum Schlachten erworbene und gehaltene Vieh sind der Erwerbstätigkeit dieser Personen bestimmte Haustiere (RG a. a. O.; Warn 1912 Nr 389; 30. 9. 12 IV 162/12). Hierher gehören auch die in Gestüten oder Hundezuchtanstalten gehaltenen Tiere, wenn aus der Aufzucht ein Gewerbe gemacht wird (RG 79, 246). Die zur Bewachung und Sicherheit gehaltenen Hunde können der Erwerbstätigkeit zu dienen bestimmt sein (der Schäferhund, der Hofhund des Landwirts (RG JW 1917, 286[6]), der Wachhund auf einem Holz- oder sonstigen Lagerplatze oder in einem einsam gelegenen Betriebe); sie können auch Berufszwecken dienen (z. B. bei Kassenbeamten auf dem Lande); werden sie nur zur Bewachung privater Wohnhäuser gehalten, so fallen sie unter die Bestimmung des Satz 1. Dem Unterhalt endlich sind zu dienen be-

stimmt die Milchkuh oder Milchziege, sowie das im Haushalt zu verwendende Schlachtschwein. Dem Ausnahmecharakter des Satz 2 entspricht es, daß, wer sich darauf beruft, den Tatbestand des Satz 2 nachzuweisen hat (RG JW 1917, 286[6]; Warn 1910 Nr 445).

10. Der Tierhalter kann sich in den Fällen des Satz 2 von der Haftung durch den Nachweis befreien, **daß er bei der Beaufsichtigung des Tieres die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe oder der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde.** Auch hier ist, wie in den §§ 831, 832, 834 mithin die doppelte Vermutung aufgestellt, daß der Tierhalter die Aufsicht über das Tier vernachlässigt habe, und daß auf diese Vernachlässigung der entstandene Schaden ursächlich zurückzuführen sei. Vgl. darüber §§ 831 A 1 u. 7, 832 A 1 u. 8. Die Haftung aus § 833 Satz 2 ist, wie diejenige des § 831, Verschuldenshaftung; sie greift also nicht Platz bei schuldunfähigen Personen (§§ 827, 828 Abs 1), deren Verschulden auch nicht durch ein solches ihrer gesetzlichen Vertreter ersetzt werden kann, die nicht die Tierhalter sind; dagegen steht der Anwendung des § 829 auch für § 833 Satz 2 nichts im Wege (RG JW 1917, 38[5]; Warn 1916 Nr 278; s. A 1 zu § 829). Der Sorgfaltsbeweis des § 833 Satz 2 für eine gehörige Beaufsichtigung des Tieres umfaßt die Sorge für die Verwahrung, den Unterhalt und die Leitung des Tieres. Er hat sich, wie grundsätzlich auch in den Fällen der §§ 831 u. 832, auf den Zeitpunkt zu beziehen, in welchem die Schadenszufügung durch das Tier erfolgte; er erstreckt sich aber auch auf die allgemeine Fürsorge vor diesem Zeitpunkte, wenn deren Vernachlässigung für den Unfall und Schaden ursächlich sein kann (Unterlassung der Absperrung von Hunden bei Tollwut). Der Sorgfaltsbeweis des § 833 Satz 2 berührt sich hiernach mit demjenigen des § 831, fällt aber, auch wo sich der Tierhalter der Hilfe von zur Überwachung der Tiere bestellten Personen (Tierhüter) bedient, nicht schlechthin mit ihm zusammen. Über die Anstellung des tauglichen Tierhüters hinaus hat er nicht nur, was bei § 831 ebenfalls verlangt wird, bei der Beaufsichtigung dieser Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufzuwenden (vgl. § 831 A 5b); § 833 Satz 2 verlangt von ihm alles, was zur Sorgfalt bei der Beaufsichtigung des Tieres gehört (vgl. RG 76, 225; JW 1914, 36[6]; Warn 1915 Nr 21; 1917 Nr 141). Bleibt dabei ein Umstand unaufgeklärt, der für die Frage, ob bei der Beaufsichtigung des Tieres die gebotene Sorgfalt beobachtete wurde, von Bedeutung ist, so geht dieser Umstand zu Lasten des im vollen Umfange beweispflichtigen Tierhalters (RG Warn 1911 Nr 403; 1914 Nr 19 u. 250; LZ 1918, 1214[11]). Von dem Sorgfaltsbeweis des § 834 unterscheidet sich der des § 833 Satz 2 wiederum dadurch, daß er sich nicht auf die unmittelbare Beaufsichtigung des Tieres beschränkt, sondern auch die des Tierhüters oder sonstigen Angestellten umfaßt (vgl. RG JW 1911, 218[23]). Für den Umfang des Sorgfaltsbeweises kommt es wesentlich auf das Tier und seine Eigenschaften, die Art seiner Verwendung und die besonderen Umstände der Beaufsichtigung an; so verlangt z. B. die längere Beförderung eines Tieres mit der Eisenbahn besondere Aufsichtsmaßregeln (RG Warn 1912 Nr 389). Bei ruhigen Tieren und unter gewöhnlichen Umständen ist der in § 833 Satz 2 erforderten Sorgfalt durch die Bestellung eines zuverlässigen Tierhüters zur Zeit der Schadenszufügung, die also die regelmäßige Beaufsichtigung des Tierhüters von seiner Anstellung an in sich schließt, genügt (RG 76, 225; Warn 1911 Nr 327). Hat das Tier aber gefährliche Eigenschaften oder kommt es voraussichtlich in Lagen, in denen es ungebärdig wird, so muß der Tierhalter den Tierhüter darauf aufmerksam machen und ihm die erforderlichen Unterweisungen zur Verhütung von Unfällen geben oder die sonstigen zur Abwendung der Gefahr gebotenen Maßregeln ergreifen (RG 76, 225; JW 1911 S. 218[23], 586[20], 653[24]; 1914, 36[6]; Warn 1911 Nr 327; 1912 Nr 77 u. 389; 1914 Nr 19 u. 296; 11. 3. 12 VI 348/11; 1. 2. 13 IV 440/12). Für die Verhältnisse eines großen Betriebs, oder wenn sich wegen persönlicher Behinderungen der Tierhalter um die Leitung seiner Wirtschaft nicht selbst kümmern kann, muß sich, wie im Falle des § 831, der Beweis des § 833 Satz 2 darin erschöpfen, daß er nach bestem Können für die Beaufsichtigung der Tiere durch tüchtige Angestellte und für die etwa erforderliche Beaufsichtigung der niederen Angestellten durch höhere, die an seiner Stelle den Betrieb leiten, gesorgt hat (vgl. § 831 A 5c und RG Warn 1916 Nr 201). Über den Beweis, daß der Schaden auch bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt entstanden sein würde, s. RG Warn 1912 Nr 77 und im allgemeinen § 831 A 7.

§ 834

[1]) **Wer für denjenigen, welcher ein Tier hält, die Führung der Aufsicht über das Tier[2]) durch Vertrag übernimmt[3]), ist für den Schaden verantwortlich, den das Tier einem Dritten in der im § 833 bezeichneten Weise zufügt[4]). Die Verantwortlichkeit tritt nicht ein, wenn er bei der Führung der Aufsicht die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde[5]).**

E I 734 Abs 2 II 757; M 2 812, 813; P 2 646—648.

1. Der Tatbestand des § 834 ist ähnlich dem des § 831 Abs 2 und des § 832 Abs 2. Der rechtliche Gesichtspunkt, aus welchem die Haftung des Aufsichtsführers über das Tier (des Tierhüters) angeordnet wird, ist wie in jenen Bestimmungen ein vermutetes Verschulden, das er durch den nach Satz 2 ihm gestatteten Entlastungsbeweis in derselben Weise, wie der Geschäftsherr nach § 831 Abs 1 Satz 2, der zur Aufsicht über einen Menschen Verpflichtete nach § 832 Abs 1 Satz 2 zu widerlegen hat.

2. Unter der **Führung der Aufsicht über das Tier** ist die Obsorge zu verstehen, daß das Tier keinen Schaden anrichtet. Die nach § 834 rechtserhebliche Aufsicht muß sich auf die Verhütung der Gefahren beziehen, wegen deren eine Haftung für Handlungen des Tieres überhaupt bestimmt ist. Die Aufsichtsführung erfordert eine gewisse Selbständigkeit in der Ergreifung von Maßnahmen, die gegen die von dem Tiere drohenden Gefahren schützen. Wer, wie dies bei Gesindedienstpersonen der Fall ist, nur auf Anweisung der Dienstherrschaft handelt, hat keine Aufsicht. Auch ein Pferdeknecht oder Kutscher ist nicht schlechthin als zur Aufsicht über das Pferd bestellt anzusehen. Diese Personen haben Hantierungen mit dem Pferde vorzunehmen, es zu reinigen und mit Futter zu versehen, es ein- und auszuspannen, es während des Ausreitens oder Fahrens zu lenken; eine selbständige allgemeine Gewalt und Aufsicht über das Tier ist ihnen in der Regel nicht übertragen (**RG** 50, 244; JW 05, 392[10]). Dagegen hat eine Aufsicht der Verwahrer, der Entleiher, der Mieter des Tieres, der Begleiter eines Viehtransports (**RG** JW 05, 202[6]).

3. Haftbar für einen durch das Tier angerichteten Schaden ist nach § 834, wer die Führung der Aufsicht über das Tier **durch Vertrag übernommen** hat. Auf gesetzliche Aufsichtspflichten, wo solche bestehen, bezieht sich § 834 nicht, auch nicht auf eine bloß tatsächliche freiwillige Übernahme. Aber die Aufsichtsführung braucht in dem Vertrage nicht ausdrücklich bedungen zu sein; sie kann sich und wird sich regelmäßig aus dem sonstigen Inhalte des Vertrags von selbst ergeben. Wenn ein Tier zur Verwahrung, zur Wartung, zur Jagdabrichtung, zum Zureiten vertragsmäßig überlassen und in seine Gewalt überliefert wird, wer die Begleitung eines Viehtransports vertragsmäßig übernimmt, hat damit auch die Aufsicht über das Tier oder über die Tiere überkommen und übernommen (**RG** 58, 410; JW 05, 202[6]). Durch den Vertrag muß der Tierhüter die Aufsichtsführung für den Tierhalter, also an dessen Stelle übernommen haben; daß der Vertrag auch mit diesem geschlossen sei, ist nicht erforderlich.

4. Die Aufsichtsführung macht den Tierhüter **für den Schaden verantwortlich, den das Tier in der in § 833 bezeichneten Weise einem Dritten zufügt,** d. i. durch Tötung oder körperliche Verletzung eines Menschen oder Beschädigung einer Sache (s. darüber § 833). Neben dem Aufsichtsführer haftet dem Dritten der Tierhalter als Gesamtschuldner (**RG** 60, 313). Auf den Schaden, den das Tier dem Aufsichtsführer selbst zufügt, findet § 834 keine Anwendung; diesem haftet der Tierhalter an und für sich nach § 833. Das Vertragsverhältnis zu letzterem legt aber regelmäßig dem Aufsichtsführer die Beweispflicht auf, daß er seine Vertragspflicht erfüllt und das Tier ohne sein Verschulden seiner Aufsicht sich entzogen habe, oder daß der Mangel an Aufsicht für den Eintritt des Schadens nicht ursächlich geworden sei. Fällt ihm selbst ein Verschulden zur Last, so kann ihm ein Schadensersatz nur unter Berücksichtigung des § 254 zugesprochen werden (**RG** 58, 410; JW 05 S. 202[6], 393[11], 518[7]). Unter Umständen, so bei der mit besonderen Gefahren vom Tiere her verbundenen Übernahme eines Pferdes zum Zureiten, wird nach der Verkehrssitte als Absicht der Vertragsparteien anzunehmen sein, daß der Bereiter diese Gefahr zu tragen hat, und deshalb jede Haftung des Tierhalters als der Vertragsgegenpartei für den ihm, dem Bereiter, entstandenen Schaden wegzufallen hat (**RG** 58, 410).

5. Der Aufsichtspflichtige haftet mithin nicht unbedingt, wie der Tierhalter im Falle des § 833 Satz 1; ihm steht, wie dem Geschäftsherrn nach § 831, dem Aufsichtspflichtigen nach § 832, dem Tierhalter über ein Haustier nach § 833 Satz 2, der Entlastungsbeweis zu, entweder **daß er seiner Aufsichtspflicht genügt habe oder daß der Schaden auch bei gehöriger Sorgfalt entstanden sein würde.** Ihm steht die Vermutung entgegen, daß er seine Aufsichtspflicht verletzt habe und diese Pflichtverletzung für den Schaden ursächlich geworden sei. Es liegt ihm ob, diese Vermutung durch den von ihm zu führenden Gegenbeweis zu widerlegen. Den Verletzten trifft die Beweislast, daß der Schaden durch ein Tier entstanden ist und daß der Beklagte über das Tier die Aufsicht für den Tierhalter vertragsmäßig übernommen habe.

§ 835

[1]) Wird durch Schwarz-, Rot-, Elch-, Dam- oder Rehwild oder durch Fasanen[2]) ein Grundstück beschädigt[3]), an welchem dem Eigentümer das Jagdrecht nicht zusteht[4]), so ist der Jagdberechtigte[5]) verpflichtet, dem Verletzten[6]) den Schaden zu ersetzen[7]). Die Ersatzpflicht erstreckt sich auf den

Schaden, den die Tiere an den getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnissen des Grundstücks anrichten[3]).

Ist dem Eigentümer die Ausübung des ihm zustehenden Jagdrechts durch das Gesetz entzogen, so hat derjenige den Schaden zu ersetzen, welcher zur Ausübung des Jagdrechts nach dem Gesetze berechtigt ist. Hat der Eigentümer eines Grundstücks, auf dem das Jagdrecht wegen der Lage des Grundstücks nur gemeinschaftlich mit dem Jagdrecht auf einem anderen Grundstück ausgeübt werden darf, das Jagdrecht dem Eigentümer dieses Grundstücks verpachtet, so ist der letztere für den Schaden verantwortlich[8]).

Sind die Eigentümer der Grundstücke eines Bezirkes zum Zwecke der gemeinschaftlichen Ausübung des Jagdrechts durch das Gesetz zu einem Verbande vereinigt, der nicht als solcher haftet, so sind sie nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig[9]).

E II 758; P 2 648, 649, 806—842.

1. Das Jagdrecht, d. i. das Recht, mit Ausschluß anderer auf freier Wildbahn sich bewegende Tiere zu erlegen und sich anzueignen, ist reichsgesetzlich nicht geregelt, sondern unbeschadet der Vorschriften der §§ 958, 960 über den Eigentumserwerb der Regelung durch die Landesgesetzgebung vorbehalten (EG Art 69). Auch das **Wildschadensrecht**, die Ordnung der Schadensersatzpflicht des Jagdberechtigten für von dem Wild angerichteten Schaden, ist der besonderen Ausgestaltung durch Landesgesetze überlassen (EG Art 71), die ebenso die Grundsätze, nach welchen ein Wildschaden festzustellen ist und nach welchen ein Anspruch auf Ersatz des Wildschadens in bestimmter Frist geltend zu machen ist, aufstellen dürfen (EG Art 70). Das BGB beschränkt sich darauf, in § 835 einheitlich eine Ersatzpflicht für Wildschaden, der durch bestimmte Gattungen von Jagdwild an Grundstücken und deren noch nicht weggeschafften Erzeugnissen angerichtet wird, festzusetzen. Die Landesgesetze können nach EG Art 71 Nr 1 die Haftung auf andere Gattungen von Wild ausdehnen; sie können die Ersatzpflicht bei bestimmten kostbareren Nutzbarmachungen der Grundstücke von unter gewöhnlichen Umständen ausreichenden Schutzvorrichtungen, die der Grundstückseigentümer herzustellen hat, abhängig machen (EG Art 71 Nr 4); sie können ferner Abweichungen von § 835 Abs 3 schaffen (EG Art 71 Nr 5). Eine Ergänzung des § 835 enthält Art 72 EG (s. unten A 6). Die Haftung für Wildschaden ist eine reine Gefährdungshaftung; sie beruht nicht auf der Vermutung eines Verschuldens. § 835 enthält nachgiebiges Recht; durch Vertrag zwischen Grundeigentümer und Jagdberechtigten kann der Wildschadensersatz anders geordnet oder auch ganz ausgeschlossen werden.

2. Die Wildschadensersatzpflicht des § 835 ist auf die im Gesetze bezeichneten **Wildgattungen** eingeschränkt. Die Landesgesetzgebung kann den Schutz des Eigentums gegen Wildschaden jedoch auf andere Wildgattungen — insbesondere kommen die Hasen in Betracht — ausdehnen (EG Art 71 Nr 1). Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 835 ist, daß das Wild als jagdbares freies Tier anzusehen ist, das in niemandes Eigentum steht (§ 960) und nicht im Sinne von § 833 von einem „Tierhalter" gehegt wird. Tiere in Parkgehegen fallen nicht unter § 835; dagegen ist es gleichgültig, ob der Jagdbezirk, worin sich das Wild frei bewegt, durch Wildgatter eingezäunt ist oder nicht (Prot 2, 840). Die Landesgesetze können nach EG Art 71 Nr 2 für den Wildschaden, der durch aus einem Gehege ausgetretene jagdbare Tiere angerichtet wird, bestimmen, daß nicht der Jagdberechtigte des beschädigten Grundstücks, sondern der Eigentümer oder Besitzer des Geheges zu haften hat.

3. Der Schaden muß **an einem Grundstück** angerichtet sein. Ausgeschlossen ist somit von der Regelung des § 835 der Schaden an Personen oder an beweglichen Sachen. Die Benutzungsart der Grundstücke ist gleichgültig; der Wildschadensersatz ist nicht auf land- oder forstwirtschaftlich benutzte Grundstücke beschränkt (Prot 2, 829). Auch Gärten, Baumschulen, Weinberge kommen in Frage; doch ist wiederum der Landesgesetzgebung nach EG Art 71 Nr 4 gestattet, den Ersatz des an Gärten, Obstpflanzungen, Weinbergen, Baumschulen und einzelnstehenden Bäumen angerichteten Schadens dann auszuschließen, wenn die Herstellung unter gewöhnlichen Umständen ausreichender Schutzvorrichtungen unterblieben ist. Gleichgültig ist auch, auf welche Weise das Wild den Schaden angerichtet hat; durch Abfressen der Pflanzen, durch Zertreten oder Aufwühlen des Bodens u. dgl. Zu den Grundstücken gehören als wesentliche Bestandteile nach § 94 auch die mit dem Boden noch zusammenhängenden Erzeugnisse; durch die Bestimmung in Abs 1 Satz 2 des § 835 sind diesen für den Wildschadensersatz auch **die bereits vom Boden getrennten, aber noch nicht eingeernteten Erzeugnisse** gleichgestellt, mögen diese in Diemen oder Mieten zusammengebracht sein oder nicht.

4. **Ob dem Eigentümer das Jagdrecht auf seinem Grundstücke zusteht,** bestimmt sich nach den Landesgesetzen (Art 69 EG). Ist dies der Fall, so ist jeder Anspruch auf Wildschaden von selbst ausgeschlossen, sofern dem Eigentümer nicht die Ausübung des Jagdrechts aus jagdpolizeilichen Gründen gesetzlich untersagt ist; diesen Fall regelt der Abs 2. Die freiwillige Verpachtung der Jagd durch den dazu berechtigten Eigentümer macht den Jagdpächter nicht nach § 835 wildschadensersatzpflichtig, da sie diesem kein Jagdrecht gewährt und nur ein Schuldverhältnis zwischen ihm und dem Verpächter begründet (vgl. RG 51, 279; 70, 70).

5. Der **Jagdberechtigte** ist derjenige, dem landesgesetzlich (Art 69 EG) das Jagdrecht auf dem Grundstücke zusteht. Grundsätzlich ist dies nach den meisten Landesgesetzen der Grundeigentümer selbst; nur die Ausübung der Jagd durch ihn wird darin von besonderen Voraussetzungen (Größe des Grundstücks) abhängig gemacht. Auf diesen Fall bezieht sich Abs 2. Vereinzelt (Mecklenburg) besteht aber auch ein Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden als vom Eigentum losgelöstes dingliches Nutzungsrecht, das für Abs 1 Satz 1 in Betracht kommt.

6. Als **Verletzter** erscheint in erster Linie der Eigentümer, dann aber auch jeder, der das Grundstück für sich nutzt: der kraft dinglichen Rechtes Nutzungsberechtigte, wie der Erbpächter (Art 72 EG), der Nießbraucher, der bloße Pächter. Doch steht dem Pächter gegen den Eigentümer, der selbst jagdberechtigt und auch zur Ausübung der Jagd berechtigt ist, und gegen den, der von diesem die Jagd gepachtet hat, kein Wildschadensanspruch zu; denn § 835 Abs 1 schließt die Anwendung des Paragraphen ausdrücklich aus, wenn der Eigentümer selbst der Jagdberechtigte ist. Das Verhältnis zwischen dem Grundstückspächter und dem jagdberechtigten Eigentümer richtet sich allein nach dem zwischen ihnen geschlossenen Vertrage; der Pächter des Jagdrechts aber ist überhaupt nicht jagdberechtigt (vgl. A 4).

7. Die **Schadensersatzpflicht** des Jagdberechtigten ist nicht davon abhängig, daß diesen ein Verschulden trifft; seine Haftung ist reine Gefährdungshaftung. Sie wird deshalb auch durch die Tatbestände der §§ 827, 828 nicht berührt (§ 827 A 3). Der Verletzte hat zu beweisen, daß der Schaden durch Tiere der gesetzlich festgestellten Wildgattungen (A 2) angerichtet worden ist. Der Jagdberechtigte hat den Einwand, daß der Schaden ganz oder zum Teil durch das mitwirkende Verschulden des Verletzten (§ 254) verursacht worden sei. Ein solches kann darin gefunden werden, daß der Verletzte in der Einerntung seiner Erzeugnisse den in der Landwirtschaft geltenden Grundsätzen zuwider säumig gewesen sei; insbesondere kommt als eigenes Verschulden aber die Unterlassung von Schutzvorrichtungen gegen den Wildschaden in Betracht. Dies einmal, wenn landesgesetzliche Bestimmungen im Sinne des Art 71 Nr 4 EG einen Schadensersatzanspruch bei wertvolleren Bepflanzungen des Grundstücks ausschließen, sofern der Grundeigentümer sein Eigentum unbeschützt läßt; unter Umständen aber selbst ohne solche gesetzliche Bestimmungen. An sich ist der Grundeigentümer zur Herstellung von Schutzvorrichtungen nicht verpflichtet; er darf es dem Jagdberechtigten überlassen, seinerseits geeignete Maßregeln zu treffen, um Schadenszufügungen vorzubeugen. Dies gilt aber dann nicht, wenn der Grundeigentümer wider Treu und Glauben, „pochend auf die Schadensersatzpflicht eines andern, jede Maßregel zur Abwendung oder Minderung eines ihm drohenden Schadens unterläßt" und dann den leicht vermeidlich gewesenen Schaden von dem Jagdberechtigten ersetzt verlangt (RG 52, 349; JW 05, 367[4]). Welche Abwehrmaßregeln dem Eigentümer billigerweise zuzumuten sind, richtet sich nach den Umständen des Falles. Namentlich verstößt es gegen Treu und Glauben und begründet den Einwand eigenen Verschuldens nach § 254 Abs 2, wenn der Eigentümer bestehende Schutzvorrichtungen eingehen läßt, ohne den Jagdberechtigten davon in Kenntnis zu setzen (RG 52, 349). — Mehrere Jagdberechtigte haften als Gesamtschuldner, soweit nicht Abs 3 eingreift. Ist neben dem Jagdberechtigten ein Dritter auf Grund Verschuldens verantwortlich, so gilt für ihr Verhältnis zueinander § 840 Abs 3. Ein Rückgriffsrecht gegen den Jagdberechtigten eines andern Bezirks kann landesgesetzlich bestehen (EG Art 71 Nr 7). — Für die anzustellende Klage ist nach § 23 Nr 2 ZPO die Zuständigkeit des Amtsgerichts ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes begründet.

8. Abs 2 regelt die Fälle, in denen nach den Landesgesetzen das Jagdrecht zwar grundsätzlich dem Grundeigentümer zusteht, **die Ausübung ihm aber entzogen ist,** sei es, daß die Eigentümer der kleineren Grundstücke zu einer Jagdgemeinschaft sich zusammenschließen müssen, sei es, daß das Jagdrecht von der politischen Gemeinde ausgeübt wird, sei es endlich, daß jene Eigentümer die Ausübung dem Eigentümer eines größeren Nachbargrundstücks überlassen müssen. Vgl. die Vorbehalte für die Landesgesetzgebung in Art 71 Nr 3 u. 6 EG. In allen diesen Fällen tritt der zur Ausübung der Jagd an Stelle des Grundeigentümers Berechtigte dem Eigentümer wie ein dritter Jagdberechtigter gegenüber und ist ihm nach Abs 2 gleich einem solchen für Wildschaden ersatzpflichtig.

9. In Abs 3 wird ein besonderer, an sich unter Abs 2 einzureihender Fall behandelt. Wenn die nach dem Landesgesetze für die Ausübung des Jagdrechts an die Stelle des Grundeigentümers tretende **Jagdgemeinschaft** keine selbständige Persönlichkeit bildet und nicht selbst

ersatzpflichtig ist, sollen die einzelnen Mitglieder des Verbandes nicht gesamtschuldnerisch, sondern nach Verhältnis der Größe der Fläche, mit der sie beteiligt sind, haften (vgl. Prot 2 S. 834, 835). Der Landesgesetzgebung ist auch hier eine abweichende Regelung gestattet (Art 71 Nr 5 EG).

§ 836

[1]) Wird durch den Einsturz[4]) eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes[2]) oder durch die Ablösung[4]) von Teilen des Gebäudes oder des Werkes[3]) ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt[5]), so ist der Besitzer des Grundstücks[6]), sofern der Einsturz oder die Ablösung die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Unterhaltung ist[7]), verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[5]). Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Besitzer zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat[8]).

Ein früherer Besitzer des Grundstücks ist für den Schaden verantwortlich, wenn der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach der Beendigung seines Besitzes eintritt, es sei denn, daß er während seines Besitzes die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder ein späterer Besitzer durch Beobachtung dieser Sorgfalt die Gefahr hätte abwenden können[9]).

Besitzer im Sinne dieser Vorschriften ist der Eigenbesitzer[6]).

E I 735 Abs 1 II 759; M 2 814—819; P 2 650—656.

1. **Bauschaden.** Wie die §§ 831, 832, 833 Satz 2, 834 beruht auch die Bestimmung des § 836 auf dem Verschuldungsgrundsatze mit einer von dem zunächst Haftpflichtigen zu widerlegenden Vermutung des Verschuldens. § 836 behandelt die Haftung für den durch Gebäude oder andere mit dem Grund und Boden verbundene Werke durch Einsturz oder Ablösung von Teilen für Personen oder Sachen entstandenen Schaden und geht von dem Grundsatze aus, daß auch die Sorge für einen Gefährdungen Dritter ausschließenden Zustand von Eigentumsgegenständen ein Erfordernis des bürgerlichen Verkehrs und Rechtslebens ist und die Außerachtlassung dieser Fürsorge ein Verschulden darstellt (RG 52, 373; 54, 53; JW 05, 370[10]). Die Entscheidung RG 52, 373 wendet diesen, dem § 836 entnommenen Rechtssatz auf einen an einem öffentlichen Wege stehenden morschen Baum an. Das bedeutet jedoch nicht eine entsprechende Anwendung des § 836 selbst, dessen Schuldvermutung auf andere Verhältnisse nicht übertragen werden kann; jener ihm entnommene Rechtssatz wird vielmehr nur der allgemeinen Norm des § 823 Abs 1 unterstellt (RG 52 S. 373, 377). Da die Haftung aus § 836 auf einem, wenn auch vermuteten Verschulden des Haftpflichtigen beruht, sind schuldunfähige Personen (§§ 827, 828) von ihr frei; § 829 findet dagegen Anwendung f. § 829 A 1; RG JW 1915, 580[14]; Warn 1914 Nr 334). Auch eine Haftung dieser Personen für ihre gesetzlichen Vertreter unter entsprechender Anwendung des § 278 (Planck a. a. O.) findet im Gesetze keine Stütze (RG JW 1915, 580[14]; Warn 1914 Nr 334; 1916 Nr. 278).

2. **Gebäude** sind zum Aufenthalte von Menschen oder Tieren oder zur Aufbewahrung von Sachen bestimmte, nach Regeln der Kunst oder der Erfahrung hergestellte, mit dem Grund und Boden verbundene, umschlossene Behältnisse. In ähnlicher Weise ist ein **mit einem Grundstück verbundenes Werk** im Sinne des § 836 als ein einem bestimmten Zwecke dienender, nach Regeln der Kunst oder der Erfahrung unter Verbindung mit dem Erdkörper hergestellter Gegenstand zu beschreiben (RG 60, 138; 76, 260). Ein solches Werk ist z. B. eine in einem Garten hergestellte Treppe (RG 14. 6. 06 IV 127/06), eine ein Grundstück abschließende Mauer und die darin befindlichen Tore oder Türen, die Torpfeiler einer Umfriedigung (RG 16. 3. 08 IV 368/07), ein im Erdboden befestigtes eisernes oder hölzernes Staket, ein Brunnen, eine befestigte Bank, ein Eisenbahndamm (RG JW 08, 196[10]) und eine Böschung (RG 60, 138), ein Deich (RG JW 05, 310[10]; Warn 1913 Nr 417), Staudämme (RG 97, 112), eine Schleuse als Teil einer Deichanlage (RG 22. 10. 06 IV 131/06), ein auf einer Ausstellung oder Festveranstaltung aufgestelltes, durch Einlassen von Pfählen mit dem Grund und Boden verbundenes Wirtschaftszelt oder eine Schaubude oder ein Verkaufsstand (RG JW 1916, 1019[7]; Warn 09 Nr 23), ein Signalmast (RG Warn 1913 Nr 365), ein Baugerüst (RG JW 1910, 288[21]; Warn 1910 Nr 154), eine Baugrube (RG Warn 09 Nr 302), ein mit Platten bedeckter Durchlaß zur Ableitung des Regenwassers (RG 76, 260). Ein Firmenschild kann in Rücksicht auf seine Größe, die Zusammenfügung seiner Bestandteile und die Art seiner Befestigung als ein

mit einem Grundstücke verbundenes Werk sich darstellen (RG JW 06, 423[8]; 1916, 1019[7]). Kein Werk bilden die bei Erdarbeiten zusammengeschütteten ausgeschachteten Schlamm- und Erdmassen (RG 60, 138), ebenso nicht eine zur Aufnahme solcher Massen dienende, über einem Graben durch kreuzweise übereinandergelegte Hölzer gebildete Tragbühne (RG 8. 3. 06 IV 240/05) oder eine bewegliche, zum Gebrauche bald hier bald da bestimmte Leiter oder Treppe, mag sie auch vorübergehend etwa mittels Ketten an einem Gebäude befestigt sein (RG 10. 10. 07 VI 34/07). Bäume und andere natürliche Bepflanzungen des Bodens sind niemals Werke (s. oben A 1). Ob im übrigen das Werk zu dauernder Bestimmung oder nur zu vorübergehendem Zwecke hergestellt ist, begründet keinen Unterschied (RG Warn 09 Nr 23). Auch ein unvollendetes, nur im Rohbau fertiges Bauwerk ebenso wie ein in Verfall geratenes sind Gebäude oder Werke im Sinne des § 836 (RG Warn 1912 Nr 78).

3. Unter **Teilen des Gebäudes oder des Werkes** sind nicht nur in sich einheitliche größere Stücke oder Bestandteile im Sinne des § 93 zu verstehen, die für den Bestand des Gebäudes oder Werkes wesentlich sind, sondern auch alle Gegenstände, die mit diesem in eine derartige tatsächliche Verbindung gebracht sind, daß die dem Besitzer obliegende Fürsorge für die gefahrensichere Beschaffenheit des Gebäudes oder Werkes „die Vermeidung einer fehlerhaften Einrichtung bei der Herstellung der Verbindung oder einer mangelhaften Unterhaltung während deren Dauer mitumfaßt" (RG 60, 421; 21. 1. 07 IV 258/06). So sind nicht nur Erker, Balkone, Schornsteine, Gesimsstücke (RG JW 03 Beil 115[254]; 04, 287[11]), einzelne Steine (RG JW 04, 91[10]), Dachziegeln (RG 17. 10. 04 VI 583/03), Stufen und Geländer einer Treppe (RG JW 08, 480[12]; 1911, 450[18]; Warn 1913 Nr 13; 14. 5. 04 VI 342/03), die Balken oder Dielen eines Fußbodenbelags (RG 52, 236; JW 04, 486[8]; 1912, 242[10]), die Galeriebrüstung eines Theatersaals (RG JW 09, 275[10]), die Stellvorrichtung eines Fahrstuhls (RG Warn 1914 Nr 334); eine tönerne Schmuckvase auf einem Mauerpfeiler (RG 13. 4. 08 IV 524/07), sondern auch Türflügel (RG 15. 1. 06 IV 338/05), Fenster (RG JW 07, 45[4]; Warn 1910 Nr 333; 1914 Nr 55), in Angeln drehbare Fensterläden (RG 60, 421) oder Rolläden (RG Warn 09 Nr 101 u. 21. 1. 07 IV 258/06), selbst ein zur Befestigung dienender Nagel (Vorstecker, RG Warn 1913 Nr 365) als Teile eines Gebäudes anzusehen. Eine feste Verbindung des Teiles mit dem Ganzen des Gebäudes oder Werkes erfordert § 836 zwar nicht (RG 60, 421); Gegenstände aber, die noch nicht baumäßig mit dem Gebäude verbunden sind, sind keine Teile des Gebäudes (RG Warn 1912 Nr 78); ebenso nicht solche, die schon vor dem Einsturz aus dem Zusammenhange gelöst waren (RG Warn 1920, 12).

4. Der Tatbestand des § 836 setzt entweder den **Einsturz** eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder die **Ablösung von Teilen** von diesen voraus. Der Einsturz ist der Zusammenbruch des ganzen Werkes infolge Lösung der Verbindungen, die es zusammenhalten; die Ablösung von Teilen, eine Trennung oder Lockerung der Verbindung des Teiles mit dem im übrigen unversehrt bleibenden Ganzen (vgl. RG 52, 236) oder auch nur in seinem eigenen inneren Zusammenhange (RG JW 1912, 242[10]). Entsteht ein Schaden, ohne daß der Gebäude- oder Werkteil in seinem eigenen inneren Zusammenhalt irgendwie verändert oder im Zusammenhange mit dem Ganzen gelöst oder auch nur gelockert ist, so kann von Anwendung des § 836 nicht die Rede sein (Herabgleiten eines Rolladens in den Führungen, RG Warn 09 Nr 101; Zuschlagen einer Tür u. a.). Eine teilweise Zerstörung oder Vernichtung des Werkes gehört nicht zum Begriff der Ablösung von Teilen; auch nicht, daß diese ohne Mitwirkung menschlicher Kräfte erfolgt ist (RG Warn 1913 Nr 365; 1919 Nr 169).

5. **Durch** den Einsturz des Gebäudes oder Werkes oder die Loslösung von Teilen dieser, muß **ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt sein,** wenn eine Schadensersatzpflicht aus § 836 entstehen soll. Auf andere Schäden, z. B. wenn ein Mensch infolge des Einsturzes eines Gebäudes in den verschütteten Keller eingeschlossen und seiner Freiheit beraubt wird, erstreckt sich § 836 nicht. Die Schadensfolge für das Leben, den Körper oder die Gesundheit eines Menschen oder die beschädigte Sache muß nicht unmittelbar und auch nicht zeitlich sofort auf den Einsturz oder die Ablösung zurückzuführen sein, indem die Trümmer einen Menschen begraben, ein sich ablösender Stein ihm auf den Kopf fällt; der ursächliche Zusammenhang ist auch gegeben, wenn infolge der Ablösung, z. B. der Unterlagen eines Bodenbelags oder einer Luken- oder Falltürdecke der Mensch oder die Sache abstürzt und durch diesen Sturz verletzt wird (RG 52, 236; 97, 112; JW 05, 370[10]; Warn 1913 Nr 365 u. 417; 21. 1. 07 IV 258/06), oder wenn durch die Beseitigung des Befestigungsmittels ein Zustand geschaffen wurde, der mit Notwendigkeit in kürzerer oder längerer Frist den Einsturz oder die Loslösung bewirken muß (RG Warn 1913 Nr 365). Immerhin muß es aber die bewegend wirkende Kraft des Einsturzes oder der Loslösung von Teilen sein, die die Verletzung herbeiführt (RG 3. 10. 10 VI 366/09); es fällt nicht unter § 836, wenn infolge des Ausströmens von Gas aus einer geborstenen Gasleitung ein Feuerschaden entsteht oder durch Einatmen des Gases ein Mensch

an Leben oder Gesundheit beschädigt wird, wohl aber, wenn infolge eines Deichbruches einströmendes Wasser den Schaden bewirkt, den zu verhüten der Deich bestimmt war (**RG** Warn 1913 Nr 417). Ein Vertragsverhältnis zwischen dem Besitzer und dem Beschädigten schließt die Haftung des ersteren aus § 836 nicht aus.

6. Entschädigungspflichtig nach § 836 ist nicht der Eigentümer, dem unter Umständen die Möglichkeit der Fürsorge für die Sache fehlt, sondern der **Eigenbesitzer**, die Person, die das Gebäude oder das Werk als ihr gehörend oder wie ihr gehörend besitzt (§ 872; **RG** JW 1916, 39[6]) die sowohl mittelbarer als unmittelbarer Besitzer (§ 868) sein kann. Mehrere Eigenbesitzer haften nach § 840 Abs 1 als Gesamtschuldner. Ist noch eine andere Person etwa aus § 823 oder aus § 831 für den Schaden verantwortlich, so gilt dasselbe; für die Ausgleichung untereinander gilt dann jedoch § 840 Abs 3; der Dritte hat im Verhältnisse zu dem Besitzer den Schaden allein zu tragen. Zur Abwendung einer von dem Gebäude oder Werke erst drohenden Gefahr gibt § 908 das Mittel an die Hand.

7. Zu der Verursachung des Schadens durch den Einsturz des Gebäudes oder Werkes oder durch die Ablösung von Teilen von ihnen muß zur Anwendung des § 836 hinzukommen, daß der Einsturz oder die Ablösung **die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Erhaltung** ist. Nicht vorausgesetzt ist, daß die fehlerhafte Errichtung oder mangelhafte Erhaltung die alleinige Ursache des Einsturzes oder der Ablösung war (**RG** JW 1912, 242[10]); es kann und wird häufig die Einwirkung menschlicher Tätigkeit hinzukommen, damit die Ablösung sich vollzieht (Anlehnen an eine ungenügend befestigte Säule usw. **RG** Warn 1913 Nr 365; 1920 Nr 12). Die durch § 836 geforderte Fürsorge für eine gefahrlose Beschaffenheit von Eigentumsgegenständen (vgl. A 1) ist daher näher dahin zu bestimmen, daß, wer ein Gebäude oder ein Werk im Sinne des § 836 herstellen läßt, bei dessen Errichtung wie bei dessen Unterhaltung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufzuwenden hat, daß es bei ordnungsmäßiger Benutzung oder bei der nach Lage der Sache vorauszusehenden Behandlung nach seiner Beschaffenheit genügende Widerstandsfähigkeit gegen die Ablösung von Teilen bietet (**RG** a. a. O.). Der Beschädigte hat aber nur zu beweisen, daß der Einsturz oder die Loslösung gegenständlich (objektiv) die Folge fehlerhafter Errichtung oder mangelhafter Erhaltung war, nicht auch, daß dieser Fehler auf ein Verschulden des in Anspruch genommenen Eigenbesitzers oder überhaupt auf ein Verschulden von irgend jemand zurückzuführen ist (**RG** JW 03 Beil 115[254]; 04 S. 91[10] u. 487[11]; 07, 16[19]; 1912, 242[10]; Warn 1920 Nr 12; 18. 6. 06 IV 590/05; 17. 5. 07 III 427/06). Wird z. B. festgestellt, daß ein Gesimsstück des Gebäudes bei dessen Herstellung durch die Maurer nicht genügend verkeilt und an die Lagerfugen angeschlossen war, so liegt ein Fehler bei der Errichtung des Gebäudes nach § 836 vor (**RG** JW 03 Beil 115[254]; 04, 487[11]). Ist der Einsturz des Gebäudes oder Werkes oder die Loslösung von Teilen unmittelbar durch Witterungseinflüsse herbeigeführt, so kommt es darauf an, ob diese Witterungseinflüsse regelmäßige Einwirkungen sind, auf die nach der Erfahrung zu rechnen war und denen ein Gebäude oder Werk bei fehlerloser Errichtung und ordnungsmäßiger Unterhaltung standhalten muß, oder ob es sich um ein außergewöhnliches Naturereignis handelt, dem auch ein fehlerlos errichtetes und ordnungsmäßig unterhaltenes Werk nicht standzuhalten vermöchte (**RG** 76, 262; Warn 1913 Nr 365; 1920 Nr 12). Im ersteren Falle beweist gerade die Lösung der Verbindung des Gebäudes oder Werkes oder Gebäude- oder Werkteils infolge der Witterungseinwirkung die Mangelhaftigkeit der Anlage oder der Unterhaltung; im andern Falle fehlt es an der Voraussetzung des § 836 (**RG** JW 08, 196[10]; Warn 1913 Nr 417). Ein Schaden, der bei der Niederreißung eines Gebäudes infolge dieser Arbeit herbeigeführt wird, ist nicht durch einen fehlerhaften Zustand des Gebäudes verursacht (**RG** 26. 4. 12 III 357/11).

8. a) Der zur Widerlegung der Schuldvermutung von dem in Anspruch genommenen Besitzer zu führende Beweis, daß ihn ein Verschulden nicht treffe, hat sich darauf zu richten, daß er **zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet** hat. Dieser Beweis geht weiter, als der aus § 831 BGB zu führende; er steht der in § 833 Satz 2 geregelten Haftung des Halters von Haustieren gleich (**RG** JW 1913, 867[12]; Warn 1916 Nr 278). Der gegenwärtige Besitzer genügt seiner Beweispflicht, wenn er dartut, daß er während seiner Besitzzeit die zur Verhütung von Gefahren verkehrsüblichen und erforderlichen Maßnahmen getroffen hat; auf die Sorgfalt des Vorbesitzers erstreckt sich seine Beweispflicht nicht (**RG** JW 04, 487[11]; 8. 11. 06 IV 157/06). Hat er selbst das Gebäude oder das Werk errichten lassen, so hat sich der von ihm zu führende Beweis auf die Sorgfalt bei der Errichtung wie bei der Unterhaltung zu beziehen; hat er es fertig übernommen, so kommt nur die letztere in Frage. Die Sorgfalt bei der Errichtung wird sich für den Besitzer, der nicht selbst Sachverständiger ist, in der Auswahl tüchtiger Sachverständiger zur Herstellung des Gebäudes oder Werkes erschöpfen (**RG** 76, 260; JW 1912, 242[10]; Warn 09 Nr 302; 1920 Nr 12); ist er selbst Sachverständiger, so kann ihn ein Verschulden treffen, wenn er auf einen Fehler des Bauplans oder der Ausführung nach Lage der Umstände hätte aufmerksam

werden müssen. Die ordnungsmäßige Unterhaltung erfordert die regelmäßige Durchsicht der Gebäude und Werke durch zuverlässige Sachverständige, deren Wiederkehr sich nach der Beschaffenheit und örtlichen Lage der Gebäude und Werke zu richten hat: bei besonders Wind und Wetter ausgesetzten, nach der Straßenseite belegenen Gebäudeteilen ist eine öftere Durchsicht erforderlich als unter gewöhnlichen Verhältnissen (RG JW 04, 91[10]; 1916, 190[8]; Warn 1920 Nr 12). Es ist unter gewöhnlichen Umständen kein Verschulden, wenn der Besitzer das erst ein halbes Jahr vor dem Unfall errichtete Gebäude in der Zwischenzeit nicht durch einen Sachverständigen hat untersuchen lassen und die Überwachung einem zuverlässigen Mieter übertragen hatte (RG JW 07, 45[4]; ähnlich LZ 1918, 843[12]). Die Beauftragung eines an sich fachtüchtigen Sachverständigen mit regelmäßigen Nachprüfungen genügt nicht, wenn der Besitzer nicht überzeugt ist und sein kann, daß jener den Auftrag auch gehörig ausführt (RG JW 06, 336[12]). Der Besitzer kann sich nicht durch Berufung auf Sachverständige oder auf den Bescheid einer Baubehörde entlasten, wenn er den gefahrdrohenden Zustand selbst kannte (RG 7. 5. 06 IV 321/05); nach erlangter Kenntnis von der Gefahr sind unter Umständen sofortige Schritte zu deren Abwendung geboten (RG Warn 1914 Nr 55). Eine fachmännische Nachprüfung der Arbeitsleistung des mit gründlicher Ausbesserung eines Schadens beauftragten Handwerkers ist von dem Besitzer, wenn sich der Fehler in der Ausführung der Arbeit seinem Auge verbarg, aber nicht zu verlangen (RG JW 08, 480[12]). Die baupolizeiliche Abnahme enthebt weder hinsichtlich der Errichtung noch hinsichtlich der Unterhaltung den Besitzer schlechthin der Verantwortung; sie bietet lediglich eine gewisse Gewähr, daß die baupolizeilichen Vorschriften beobachtet sind (RG JW 09, 275[10]). Ist der Besitzer eine Körperschaft, so ist es für den nach § 836 zu führenden Entlastungsbeweis gleichgültig, ob der Beamte, dem das Verschulden bei der mangelhaften Errichtung oder Unterhaltung zur Last fallen würde, ein Vertreter nach §§ 30, 31, 89 oder ein Angestellter im Sinne des § 831 ist; der Inhalt des zu führenden Nachweises zur Widerlegung der Schuldvermutung des § 836 bleibt in beiden Fällen der gleiche (RG JW 1913, 867[12]; 4. 3. 07 IV 350/06). Es ist selbstverständlich, daß ein abwesender oder sonst verhinderter Besitzer die Überwachung, wenn eine Durchsicht oder eine Ausbesserung des Gebäudes erforderlich wird, auch einem zuverlässigen Hausverwalter übertragen und durch den Beweis der Sorgfalt in dessen Auswahl und Unterweisung den Nachweis der von ihm erforderten Sorgfalt führen kann (RG Warn 1910 Nr 333). Daß dem Besitzer auch der Einwand mitwirkenden eigenen Verschuldens des Beschädigten nach § 254 offensteht, bedarf kaum der Erwähnung. Bei von dem Kläger nachgewiesenen Verschulden des Besitzers haftet dieser auch nach § 823 Abs 1.

b) Der Entlastungsbeweis des Abs 1 Satz 2 des § 836 ist abweichend von den §§ 831, 832, 833, 834 nur dahin gerichtet, daß der Besitzer zur Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat, nicht auch darauf, daß der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Nach dem § 832 A 1c Gesagten ist auch dieser Nachweis dem Besitzer selbstverständlich nicht verwehrt, der den ursächlichen Zusammenhang seines Verschuldens mit dem eingetretenen Schaden aufhebt. Ist z. B. zwar nachgewiesen, daß die Ablösung eines Gebäudeteils auf einen Fehler in der Errichtung zurückzuführen ist, und ist der beklagte Besitzer den Nachweis schuldig geblieben, daß er auf die Unterhaltung die gehörige Sorgfalt verwendet habe, tut er aber dar, daß der Fehler verborgen und auch bei regelmäßiger sorgfältiger fachmännischer Nachprüfung nicht hätte entdeckt werden können, so muß die Klage gegen ihn ebenso versagen, wie wenn er den Nachweis der regelmäßigen Nachprüfungen geführt hätte. Dieser ursächliche Zusammenhang fällt nicht mit demjenigen zwischen dem vermuteten Verschulden und dem Schaden zusammen, wie das angeführte Beispiel zeigt.

9. Der **Haftung** des gegenwärtigen Besitzers des Gebäudes oder Werkes, wenn er sich nicht durch den Nachweis nach Abs 1 Satz 2 entlasten kann, fügt Abs 2 noch die weitere **der früheren Besitzer** hinzu, die an die vom Beschädigten nachzuweisende Voraussetzung gebunden ist, daß der Einsturz oder die Ablösung innerhalb eines Jahres nach Beendigung ihrer Besitzzeit (§§ 187, 188) eingetreten ist. Auch der frühere Besitzer muß Eigenbesitzer gewesen sein. Die Verantwortlichkeit des gegenwärtigen und der früheren Besitzer stehen selbständig nebeneinander; sie haften als Gesamtschuldner nach § 840 Abs 1; ihre Ausgleichung untereinander regelt § 426, da § 840 Abs 3 hier nicht Anwendung findet. Jeder frühere Besitzer kann sich durch den Nachweis befreien, daß er während seiner Besitzzeit bei der Errichtung des Gebäudes oder Werkes, wenn sie von ihm ausging, und bei deren Unterhaltung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, oder daß der Unfall und Schaden vermieden worden wäre, wenn ein späterer Besitzer seine Schuldigkeit in der Unterhaltung des Gebäudes oder Werkes getan hätte; er muß mithin die Verabsäumung der Sorgfalt durch den späteren Besitzer dahin dartun, daß dieser in der Lage war, für die Abwendung der Gefahr Sorge zu tragen. Daß er dies unterlassen, ist nicht nachzuweisen, da feststeht, daß die Gefahr nicht abgewendet wurde.

§ 837

Besitzt jemand auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk, so trifft ihn an Stelle des Besitzers des Grundstücks die im § 836 bestimmte Verantwortlichkeit[1]).

E I 735 Abs 2 II 760; M 2 819; P 2 657.

1. § 837 setzt eine Ausnahme von der Regel des § 836, indem er an der Stelle des Eigenbesitzer des Grundstücks, auf dem ein Gebäude oder ein mit dem Grundstücke verbundenes Werk sich befindet, **die Person** haften läßt, **die auf einem fremden Grundstück in Ausübung eines Rechtes ein Gebäude oder ein anderes Werk besitzt.** Voraussetzung für den Tatbestand des § 836 ist mithin einmal, daß ein getrennter Besitz (Eigenbesitz) des Grundstücks und des darauf errichteten Gebäudes oder Werkes stattfindet (RG 59, 8; JW 1910, 653[11]; 1916, 39[5]; Warn 1910 Nr 242; 22. 1. 06 IV 491/05), und ferner, daß der Besitzer des Gebäudes oder Werkes dieses in Ausübung eines Rechtes besitzt. Ob dieses Recht ein dingliches oder persönliches ist, ist an sich gleichgültig; nur muß es so geartet sein, daß die Verantwortung der fehlerhaften Errichtung oder mangelhaften Unterhaltung anstatt dem Eigenbesitzer des Grundstücks dem Besitzer des Gebäudes oder Werkes zufällt. Für den Mieter eines Hauses trifft keine dieser Voraussetzungen zu, da er weder zur Unterhaltung des gemieteten Gebäudes verpflichtet ist (§ 536), noch das Gebäude abgesondert von dem Grundstücke besitzt (RG 59, 8). Der Hauptfall des § 837 ist der, daß jemand in Ausübung eines Rechtes an einem fremden Grundstücke (Nießbrauch §§ 1030ff., Erbbaurecht §§ 1012ff., Grunddienstbarkeit in den Fällen der Errichtung und Erhaltung einer baulichen Anlage durch den Berechtigten nach §§ 1020, 1022) ein Gebäude oder ein Werk gemäß § 95 mit diesem verbunden hat. Doch beschränkt sich die Anwendung des § 837 keineswegs auf diesen Fall. Der Unternehmer eines Baues auf fremdem Grund und Boden ist Besitzer des Baugerüstes, das er mit dem Grundstück verbunden hat, und er besitzt das Gerüst in Ausübung der aus dem Bauvertrage sich ergebenden Vertragsrechte, an denen es nichts ändert, daß die Errichtung des Gerüstes zugleich in Betätigung der aus dem Bauvertrage folgenden Verpflichtungen erfolgte; solange der Bauvertrag besteht, hat er ein Recht zum Halten des Gerüstes auf dem fremden Grundstück (RG Warn 1910 Nr 154). Der Mieter oder Pächter eines Grundstücks, der auf Grund des ihm eingeräumten Vertragsrechts ein Gebäude oder Werk auf dem Grundstück errichtet, das nur er, nicht der Eigenbesitzer des Grundstücks besitzt: so der Pächter eines Landguts, der für seine Vertragszeit auf Grund der Vertragsrechte für seine wirtschaftlichen Zwecke auf dem Pachtgut Anlagen trifft, die unter den Begriff des Gebäudes oder Werkes fallen (RG JW 1910, 653[11]); ein Mieter eines Platzes, der für eine Ausstellung oder Festveranstaltung ein Wirtschaftszelt oder eine Verkaufs- oder Schaubude in Verbindung mit dem Grundstück aufstellt (RG JW 1916, 1019[7]; Warn 08 Nr 23); der Besitzer einer elektrischen Leitungsanlage auf fremdem Grundstück (RG JW 1916, 39[5]); sie sind Besitzer der Gebäude oder Werke in Ausübung eines Rechtes im Sinne des § 837, sofern sie diese abgesondert von dem Besitz am Grundstücke als Eigenbesitzer innehaben; der bloße Mietbesitz genügt nicht, selbst wenn der Mieter die Unterhaltung übernommen hat (RG JW 1916, 1019[7]).

§ 838

Wer die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Grundstücke verbundenen Werkes für den Besitzer übernimmt[1]) oder das Gebäude oder das Werk vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts zu unterhalten hat[2]), ist für den durch den Einsturz oder die Ablösung von Teilen verursachten Schaden in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer[3]).

E I 735 Abs 3 II 761; M 2 819; P 2 657

1. Während § 837 eine andere Person anstatt des Eigenbesitzers des Grundstücks für den durch einen Einsturz herbeigeführten Schaden haften läßt, schafft § 838 die Haftung eines Dritten neben der des Grundstücksbesitzers aus dem Gesichtspunkte der Unterhaltungspflicht des Dritten für das Gebäude oder das Werk. Der erste Fall dieser Unterhaltungspflicht ist, **daß ein Dritter die Unterhaltung eines Gebäudes oder eines mit einem Gebäude verbundenen Werkes für den Besitzer übernommen hat.** Wie in den Fällen der §§ 831 Abs 2, 832 Abs 2, 834 kann hier nur an eine Übernahme der Unterhaltung durch Vertrag gedacht werden; eine einseitige, freiwillige, bloß tatsächliche Übernahme genügt nicht. Auch eine beschränkte Vertragsverpflichtung, ein Werk in Ordnung zu halten, ohne daß eine Verantwortung für Bau- und Werkschäden übernommen wird, genügt nicht (RG 1916, 1019[7]). Unter den § 838 gehört insbesondere die Übernahme der Unterhaltung eines Hauses durch einen Pächter oder Mieter durch einen Hausverwalter. Für landwirtschaftliche Baulichkeiten vgl. § 582. Daß der

Vertrag mit dem Besitzer des Grundstücks geschlossen sei, ist nicht schlechthin erforderlich (vgl. § 832 A 9).

2. Der zweite Fall der Unterhaltungspflicht des § 838 ist der, daß sie dem Dritten obliegt **vermöge eines ihm zustehenden Nutzungsrechts**, das an dem Gebäude allein oder zugleich an dem Grundstücke bestehen kann. Solche Nutzungsrechte sind das Recht des Nießbrauchers (§§ 1030ff., namentlich § 1041), das Recht des Ehemanns am Vermögen der Ehefrau (§§ 1363, 1373), des Vaters oder der Mutter am Vermögen der Kinder (§§ 1649, 1654, 1684, 1686), auch das Recht des Grunddienstbarkeitsberechtigten in dem Falle, daß ihm an den seinem Rechte dienenden Anlagen kein Besitz zusteht, aber die Unterhaltungspflicht obliegt (§ 1021).

3. Die in Halbsatz 1 u. 2 bezeichneten Personen sind für den durch Einsturz oder Ablösung von Teilen verursachten Schaden **in gleicher Weise verantwortlich wie der Besitzer;** beide können nebeneinander verantwortlich sein und haften dann nach § 840 Abs 1 als Gesamtschuldner. Der Besitzer kann aber möglicherweise den nach § 836 ihm obliegenden Beweis dahin führen, daß er sich auf den unterhaltungspflichtigen Dritten habe verlassen dürfen. Dieser hat, da er in gleicher Weise verantwortlich ist wie der Besitzer, den Beweis seines Nichtverschuldens ebenso wie der Besitzer nach § 836 zu führen (**RG** Warn 1913 Nr 13). Für die Ausgleichung der mehreren verantwortlichen Personen untereinander gilt § 426; § 840 Abs 3 kommt nur zur Anwendung, wenn ein außerhalb des Personenkreises der §§ 836—838 stehender Dritter (so der Erbauer des Gebäudes) mit haftbar ist.

§ 839

[1]) Verletzt ein Beamter[2]) vorsätzlich oder fahrlässig[4]) die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht[3]), so hat er dem Dritten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen[5]). Fällt dem Beamten nur Fahrlässigkeit zur Last, so kann er nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag[6]).

Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist. Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung[7]).

Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden[8])[9]).

E I 736 Abs 1 II 762; M 2 819—828; P 2 658—664; 6 202—205.

1. **Schadensersatzpflicht der Beamten.** Die Beamten des Staates und der öffentlichen Körperschaften haften für die in Ausübung des Amtes begangenen u. H. den dadurch beschädigten Personen zunächst nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen der §§ 823 Abs 1 und 2, 826, unter Umständen (Notare, Rentamtmänner in Bayern, die ihre Gehilfen selbst wählen) auch des § 831, der gemäß Art 78 EG nach dieser Richtung landesgesetzlich erweitert werden kann. Und zwar gilt dies an sich sowohl von den mit der Verwaltung des Staats- oder Gemeindeguts betrauten oder in Unternehmerbetrieben des Staates oder der Gemeinden (Eisenbahnen, Elektrizitätswerke, Bergwerke u. a.) beschäftigten Beamten, für deren Handlungen daneben auch der Staat oder die öffentliche Körperschaft nach den §§ 30, 31, 89, 823 oder nach § 831 einzustehen hat, wie von den in der Regierung des Staates oder des Gemeindeganzen tätigen und mit öffentlicher Gewalt bekleideten Beamten. Für beide Arten von Beamten hat § 839 eine Erweiterung der Haftung dahin geschaffen, daß sie, auch wenn nicht eins der in § 823 bezeichneten Rechtsgüter eines Dritten oder ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs 2 verletzt ist, und wenn es am Tatbestande des § 826 fehlt, für denjenigen Schaden haften, welchen sie durch die Verletzung einer Amtspflicht, die ihnen Dritten gegenüber oblag, diesen Dritten schuldhaft zugefügt haben. Die Erweiterung schließt die engeren Tatbestände der bezeichneten Gesetze ein, so daß auch die u. H. der Beamten nach §§ 823, 826 unter § 839 fallen, sofern sie die Verletzung einer dem Beamten Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht enthalten (so auch **RG** 74, 250 wenigstens für die fahrlässig begangenen u. H.; da aber § 839 ausdrücklich auch vorsätzliche Handlungen des Beamten umfaßt, ist ein genügender Grund für die Einschränkung nicht zu ersehen; vgl. außer der angeführten Entscheidung jetzt noch **RG** 86, 117 u. 87, 347 am Schluß; in **RG** 16. 4. 18 III 499/17 wird es für unerheblich erklärt, ob die Handlung eine fahrlässige oder vorsätzliche war). Anderseits wird durch die Tatbestandsmerkmale des BGB eine

Einschränkung der nach dieser Richtung allgemeinen Tatbestände der §§ 823, 826 gesetzt. Hinsichtlich des in Ausübung einer ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt (s. darüber RG 84, 27; 91 S. 273 u. 347 sowie § 89 A 3) von Beamten verursachten Schadens enthält Art 77 EG einen Vorbehalt für die Landesgesetzgebung, der dieser sowohl die Regelung einer Haftung des Staates, der Gemeinde oder des Kommunalverbandes für ihre Beamten, wie auch der Haftung der Beamten selbst, sofern eine Haftung des Staates oder des Kommunalverbandes landesgesetzlich eingeführt ist, überlassen hat. Der Landesgesetzgebung ist nach Maßgabe des Art 77 auch das Reich unterworfen (RG 54, 198). Reichsrechtlich geregelt war zunächst nur die Haftung des Bundesstaats oder der Körperschaft, der der Beamte angehört, für die von Grundbuchbeamten begangene schuldhafte Verletzung der Amtspflicht (§ 12 GBO; vgl. dazu RG 57, 277; 66, 107; 72, 324; JW 05, 239[18]; 07, 395[17]). Nachdem Preußen durch das am 1. 10. 09 in Kraft getretene Ges. v. 1. 8. 09 (GS 691) für die von unmittelbaren Staatsbeamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt begangene schuldhafte Verletzung einer ihnen Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht die Haftung des Staates und ebenso für die Verletzung solcher Amtspflichten seitens ihrer Beamten die Haftung der Kommunalverbände eingeführt hatte — durch ein Nachtragsgesetz v. 14. 5. 14 (GS 117) ist diese Haftung auf die Lehrer und Lehrerinnen ausgedehnt worden —, ist auch das Deutsche Reich zu einer gleichen Regelung der Haftung für die Reichsbeamten geschritten, die durch Ges. v. 22. 5. 10 (RGBl 798) erfolgt ist. § 839 kommt in den unter diese Gesetze gehörigen Fällen, wie nach § 12 GBO nunmehr nur als Voraussetzung für die Haftung des Reiches und Staates (RG JW 1911, 227[44]), sowie für deren Rückgriff gegen den Beamten zur Anwendung (vgl RG 96, 147). Zum ersteren Gesetz vgl aus der Rechtsprechung RG 84, 27; 85, 22; 87, 114; 88, 256 u. 417; 89, 13; 91, 341 u. 381; JW 1915, 663[16]; 1917, 594[29] u. 663[21]; 931[9] u. 972[13]; Warn 1917 Nr 119 u. 208; zum letzteren RG 82, 317; 86, 117; 87, 347; 89, 247; 91 S. 9 u. 273; 93, 198; 94, 102; 96, 164; 98, 208; Warn 1919 Nr 186. Die Haftung des Pr. Staates wie des Reiches nach diesen Gesetzen ist ausgeschlossen bei Beamten, die auf den Bezug von Gebühren angewiesen sind, nach dem Pr. Ges. auch bei Amtshandlungen anderer Beamten, für die diese eine besondere Vergütung von den Beteiligten zu beziehen haben (§ 1 Abs 3 Pr. Ges., § 5 RGes.). Die Gerichtsvollzieher gehören nicht zu den auf Gebühren angewiesenen Beamten, das Pr. Ges. v. 1. 8. 09 findet auf sie Anwendung (RG 87, 294; JW 1916, 738[5]). Die neue RVerf. v. 11. 9. 1919 setzt grundsätzlich die Haftung des Staates für Verletzungen der Amtspflicht der Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt fest; die nähere Regelung ist der zuständigen Gesetzgebung vorbehalten.

Die Haftung des Beamten für Verletzungen der Amtspflicht wird durch § 839 in dreifacher Weise beschränkt: a) indem der Beamte aus einer fahrlässigen Verletzung der Amtspflicht nur hilfsweise, nach der sonst etwa für denselben Schaden verantwortlichen Person haftet (Abs 1 Satz 2; s. unten A 6); b) indem der Spruchrichter für die Verletzung einer Amtspflicht bei Erlaß eines Urteils in einer Rechtssache nur einzustehen hat, wenn die Pflichtverletzung mit öffentlicher Strafe bedroht ist (Abs 2; s. unten A 7); c) indem die Haftung des Beamten entfällt, wenn der Verletzte schuldhafterweise den Gebrauch eines Rechtsmittels gegen die Amtshandlung des Beamten, der den Schaden abgewendet haben würde, unterlassen hat (Abs 3; vgl. A 8).

2. Beamte im Sinne des § 839 sind nur die öffentlichen Beamten, die unmittelbaren Reichsbeamten (§§ 1, 156 RBG v. 18. 5. 07), sowie die unmittelbaren und mittelbaren Beamten der Einzelstaaten des Reiches, deren Anstellung und Amtsgewalt sich landesgesetzlich regelt. Das Merkmal der Beamteneigenschaft im allgemeinen ist das auf Anstellung gegründete öffentlichrechtliche Dienstverhältnis und die Unterstellung des Dienstverpflichteten unter eine besondere Dienstgewalt (RG 6, 105; 28, 80; 37, 225; 67, 117; JW 1911, 42[28]). Einer Aufzählung der Beamtenklassen, die für § 839 in Betracht kommen, bedarf es nicht. Beamte sind landesgesetzlich auch die Notare in ihrer Eigenschaft als Urkundspersonen (vgl. für Preußen RG 49, 269; 78, 241; 81, 125; JW 01, 582[27]; 06, 467[25]; 1910, 1004[14]); Beamte sind die Gerichtsvollzieher (über ihre Beamtenstellung gegenüber dem sie beauftragenden Gläubiger vgl. RG 56, 84 und, das Vertragsverhältnis überhaupt verneinend, RGZS 82, 85). Keine Beamten sind die Rechtsanwälte, ferner die Ärzte, soweit sie nicht Amtsärzte sind. Beamteneigenschaft haben landesgesetzlich die Schiedsmänner (Preußen: RG 60, 321; 88, 51), nicht dagegen die Schiedsrichter (RG 65, 175; über ihre Haftung für den abgegebenen Schiedsspruch s. unten A 5), nicht die Schöffen, Geschworenen, Vormünder und Pfleger, Testamentsvollstrecker, Nachlaß- und Konkursverwalter (RGSt 19, 85; 10. 5. 12 III 334/11). Über die Feldmesser in Preußen s. RG 79, 85; Beamte sind im Sinne des § 839 auch die Offiziere, sofern sie öffentliche Dienstverrichtungen ausüben (vgl. RG 91, 9; JW 1912, 638[10]). Über die Stellung der Volksschullehrer in Preußen vgl. RG 85, 22; JW 1915, 663[16]; der Lehrer an höheren Lehranstalten RG 84, 27; über die

Stellung der Gemeindevorsteher bei der Aufnahme von Dorftestamenten RG 84, 29; Warn 1917 Nr 119 u. 243. Als Beamter kann für die Haftung aus § 839 immer nur die Einzelperson in Betracht kommen. Geht die Amtshandlung, die eine Verletzung der Amtspflicht enthält, von mehreren Beamten aus, die hierbei nach gesetzlicher Ordnung zusammenwirken müssen (Kollegium), so können nur die schuldigen Einzelbeamten, die die Mehrheit bildeten, in Anspruch genommen werden (RG 89, 13).

3. Die Haftung des Beamten aus § 839 setzt die **Verletzung einer ihm Dritten gegenüber obliegenden Amtspflicht** voraus. Der Anspruch aus § 839 steht nur einem solchen Verletzten zu, dem gegenüber die Amtspflicht bestand. § 839 regelt nur die privatrechtliche Haftung der Beamten; der Umfang ihrer Amtspflichten bestimmt sich nach den das Amtsverhältnis und die Amtsgewalt der Beamten regelnden Gesetzen des öffentlichen Rechtes (RG JW 08, 653[2]; 26. 9. 04 VI 550/03). Die Amtspflichten umfassen die sorgfältige Beobachtung sowohl der in die Amtsverwaltung einschlagenden Gesetzesbestimmungen, wie auch die der besonderen von den übergeordneten Behörden erlassenen Dienstvorschriften. Den Gegensatz zu den Amtspflichten, die den Beamten Dritten gegenüber obliegen, bilden einmal die Amtspflichten, die im inneren Verhältnis zu den übergeordneten, nebengeordneten und untergeordneten Behörden und Beamten zu beobachten sind (Ordnungs- und Aufsichtsvorschriften), sodann auch die Pflichten, die dem Beamten zwar nach außen, aber unmittelbar im öffentlichen Interesse, zum Schutze der öffentlichen Ordnung auferlegt sind. Hat die Amtspflicht aber den Zweck, das Interesse des einzelnen wahrzunehmen, so liegt sie dem Beamten einem Dritten gegenüber ob (RG 78, 241; JW 1916, 739[5]). Im einzelnen ist dies aus der Betrachtung des Amtskreises des Beamten zu bestimmen. Soweit die Beamten zur Verwirklichung derjenigen Staatsaufgaben berufen sind, die den Schutz und die Förderung der Zwecke und Interessen der einzelnen zum Gegenstande haben, liegen ihnen im allgemeinen auch Amtspflichten dem Dritten gegenüber ob, mit denen ihre Amtstätigkeit sie in Berührung bringt. Als ein natürliches, jedoch nicht wesentliches Merkmal für das Bestehen einer Amtsobliegenheit Dritten gegenüber ist die Einrichtung von Rechtsmitteln gegen die Amtshandlung anzusehen. Die Verletzung einer Amtspflicht Dritten gegenüber kann, wie regelmäßig die u. H., sowohl in der Vornahme einer unzulässigen, wie in der Unterlassung einer gebotenen Amtshandlung bestehen (RG 56, 84 a. Schl.), und sie kann die Verletzung allgemeiner Pflichten, die Zuwiderhandlung wider besondere Gesetze, wie gegen rechtsgültige Dienstvorschriften zum Gegenstande haben, die das Amtsverhältnis Dritten gegenüber bestimmen. Unter § 839 fallen demnach, was für die Bestimmungen in Abs 1 Satz 2 und in den Abs 2 u. 3 von Wichtigkeit ist, einmal die schon nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 823 u. 826 als unerlaubt anzusehenden Handlungen (hinsichtlich der vorsätzlich begangenen u. H. vgl. jedoch RG 74, 250, dazu oben A 1), insbesondere die Verletzungen der Schutzgesetze der §§ 331 ff. StGB (vgl. im allgemeinen RG JW 08, 653[2]; im einzelnen: für Amtsunterschlagung RG 56, 84; Fälschung amtlicher Urkunden RG 66, 107; Körperverletzung durch Mißbrauch der Waffe seitens eines Polizeibeamten RG Gruch 51, 1001; fahrlässige Körperverletzung eines Gefangenen durch den Strafvollstreckungsbeamten RG 56, 215); nicht minder die besonderen Amtsverfehlungen durch Nichtbeachtung von Dienstvorschriften, die den Charakter von Schutzgesetzen nicht haben, aber die Amtstätigkeit des Beamten nach außen regeln. Die Verletzung der Pflicht der Amtsverschwiegenheit in Angelegenheiten, die die Interessen Dritter berühren, gehört hierher (RG 87, 419; 88, 171; Grenzen der Schweigepflicht des Richters über den Inhalt der Beratung des Gerichtshofs RG 89, 13); weiter die Unterlassung geeigneter Vorschriften zur Verhütung des Waffenmißbrauchs (RG 91, S. 9 u. 381); der Erlaß eines unzulässigen Haftbefehls (RG 89, 13) und die unzulässige Festnahme einer Person (RG JW 1918, 220[8]). Die Haftung der Beamten nach § 839 setzt nicht voraus, daß der Beamte zu der Amtshandlung, in deren Ausübung er einer Pflichtverletzung sich schuldig machte, verpflichtet ist; es genügt, daß er zu der Handlung befugt ist (Erteilung einer Auskunft, RG 68, 278; JW 02 Beil 214[57]); ja selbst eine Überschreitung der Amtsbefugnisse durch Vornahme von amtlichen Handlungen, zu denen der Beamte nicht zuständig ist, kann die Verletzung einer Amtspflicht Dritten gegenüber darstellen; so, wenn ein Beamter (Schiedsmann, Gemeindevorsteher), der dazu nicht befugt ist, die Beglaubigung von Unterschriften in der Form amtlicher Urkunden vornimmt und dabei schuldhaft Falsches beurkundet (RG 71, 60; JW 09, 494[17]; 1911, 452[20]; 1917, 931[9] in Abweichung von RG 60, 321). Dritte im Sinne des § 839 sind nicht nur die bei dem Amtsgeschäft unmittelbar Beteiligten, wie die Parteien des Rechtsstreits, die Rechtsanwälte, Zeugen, Sachverständigen gegenüber dem Prozeßrichter, die Vertragsparteien gegenüber dem Notar oder dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit, sondern auch die Personen, deren Interessen nach der besonderen Natur des Amtsgeschäfts durch dieses berührt werden und in deren Rechtskreis dadurch eingegriffen wird (RG 72, 324; 78, 241; 86, 105; Warn 09 Nr 180; 1915 Nr 140; 1917 Nr 243; Gruch 52, 696; 19. 4. 07 III 385/06): so die Personen, die ein letztwillig Verfügender in seinem Testamente bedacht hat, gegenüber dem das Testament beurkundenden Testamentsrichter, Notar oder Gemeindevorsteher (RG 58, 296; 74, 421; Warn 09 Nr 180;

7. 1. 13 III 151/12), bei Grundbuchgeschäften die Personen, in deren Interesse die Eintragung vorgenommen werden soll (RG 72, 324); aber auch weiter alle diejenigen, die im Vertrauen auf die richtige Handhabung der Grundbuchgeschäfte und die dadurch geschaffene Rechtslage im Rechtsverkehr tätig werden; der Begriff des Dritten im Sinne des § 839 fällt hier zusammen mit dem der Beteiligten im Sinne des § 12 GBO (RG 78, 241; Warn 1912 Nr 390). Bei der Ausfertigung von Urkunden ist dagegen Dritter nur der, der das Recht auf die Ausfertigung hat (RG JW 1910, 234[13]). Dritter ist dem Gerichtsvollzieher gegenüber bei Vollstreckungshandlungen nicht nur der Schuldner, sondern auch der Gläubiger, (RG 56, 84; vgl. 675 A 1). Als Dritter kann endlich auch der Staat in Betracht kommen, wenn der Beamte dessen Vermögensinteressen zu wahren hat; so wenn ein Steuerbeamter den staatlichen Steueranspruch schuldhaft verjähren läßt (RG 7. 5. 09 II 490/08), oder wenn ein Beamter durch vorschriftswidrige Dienstreisen oder amtliche Bekanntmachungen das Staatsvermögen schädigt (RG 58 S. 429 u. 304), oder wenn ein Offizier bei militärischen Übungen schuldhaft Flurschäden verursacht, für die der Staat ersatzpflichtig ist (RG 82, 317).

4. Vorsatz und Fahrlässigkeit bei der Verletzung der Amtspflicht bedeuten ein schuldhaftes Handeln im Hinblick auf diese Verletzung; der Beamte muß sich also bewußt über gesetzliche oder Dienstvorschriften hinweggesetzt oder er muß bei gehöriger Aufmerksamkeit, bei Beobachtung der für einen Beamten im Verkehr erforderlichen Sorgfalt in der Lage gewesen sein, seine Handlungsweise als einen Verstoß gegen die Amtspflicht zu erkennen. Das Verschulden des Beamten hat der Kläger nach dem allgemeinen Grundsatz darzutun; eine tatsächliche Vermutung dafür besteht nicht (RG JW 1917, 931[9]); damit steht nicht in Widerspruch, daß den Beamten die Pflicht der Entlastung trifft, wenn es sich um den Verlust von Geld oder andere Sachen handelt, die dem Beamten amtlich zur Aufbewahrung übergeben waren (entsprechende Anwendung des § 282 BGB, RG 74, 342). Daß der Beamte den aus der Pflichtverletzung entstehenden Schaden voraussah oder voraussehen konnte, ist nicht erfordert (RG JW 07, 828[4]). Nicht jedes Versehen ist aber ein zum Schadensersatze verpflichtendes Verschulden (Entschuldigung durch Kriegsüberlastung, RG JW 1917, 972[13]). Eine offenbar unrichtige Gesetzesauslegung durch den Richter oder Notar stellt immer ein Verschulden dar, nicht aber eine unrichtige Stellungnahme bei Gesetzesbestimmungen, die für die Auslegung Zweifel in sich tragen, zumal wenn die Gesetzesbestimmungen noch neu, die Zweifelsfragen noch unausgetragen sind und der Beamte für seine Auffassung namhafte Rechtslehrer auf seiner Seite hat (RG 59, 381; 60, 392; 85, 72; 91, 127; JW 06 S. 53[3], 132[3], 162[6]; 09, 11[4]; Warn 09 Nr 171; 1911 Nr 271; 1913 Nr 140; 1914 Nr 188; SeuffA 61 Nr 175; Gruch 50, 832); geringere Anforderungen sind an einen ein Nottestament beurkundenden Gemeindevorsteher zu stellen, dem als Laien die Aufgabe der Auslegung eines Gesetzes zufällt (RG JW 09, 727[23]; 1911, 714[15]; Warn 1917 Nr 119 u. 243; 1. 2. 04 VI 233/03). Über die bei der Beglaubigung von Unterschriften aufzuwendende Sorgfalt zur Feststellung der Person vgl. RG 81, 128; JW 09, 494[17]; 1910, 628[31]; 1911, 452[20]; 1913, 1044[14]; 1917, 931[9]). Eine schuldhafte Verletzung der Amtspflicht Dritten gegenüber fällt nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts beispielsweise zur Last:

a) dem Amtsrichter, der im Privatklageverfahren die Zustellung des verurteilenden Erkenntnisses an den Angeklagten zu verfügen unterläßt (RG JW 1913, 266[6]);

b) dem Vollstreckungsrichter (und Gerichtsschreiber), der den Zwangsversteigerungstermin abhält und den Zuschlag erteilt, obwohl die ordnungsmäßige Zustellung des Versteigerungsbeschlusses an den Schuldner nicht bewirkt oder sonst eine vorgeschriebene Bekanntmachung nicht erfolgt ist (RG JW 07, 828[4]; Warn 08 Nr 215); der ferner die Versteigerungsbedingungen unrichtig aufstellt (RG 15. 1. 03 VI 306/02), insbesondere bei der Festsetzung des geringsten Gebots zu berücksichtigende Forderungen unberücksichtigt läßt (RG JW 1914, 864[4]; Warn 1916 Nr 167) oder übersieht, daß von einem Bieter Sicherheit verlangt worden war (RG JW 1915, 654[6]) oder der den Versteigerungstermin vor der gesetzlich festgelegten Zeit (§ 73 ZVG) schließt (RG JW 06, 539[2]), sowie der bei der Kaufgelderverteilung den § 117 ZVG — Zahlung an den Berechtigten — übersieht und den Betrag einer Buchhypothek dem zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens eingetragen gewesenen Gläubiger auszahlt, obwohl Abtretung und Eintragung eines neuen Gläubigers zu den Zwangsversteigerungsakten bekanntgegeben war (RG 73, 298);

c) dem Grundbuchrichter, der eine Eintragung ohne gehörige rechtliche Prüfung oder Prüfung der Personen- und Vertreterbefugnis (RG JW 1912, 866[25]; Warn 1915 Nr 140) oder ohne die dafür erforderliche vormundschaftsrichterliche Genehmigung (RG Gruch 52, 696) vornimmt oder der eine beantragte Eintragung unterläßt (RG 72, 324; Warn 1913 Nr 196, 197, 198); der ferner entgegen dem § 17 GBO eine später beantragte Eintragung ohne Erledigung der früher beantragten in unrichtiger Reihenfolge vornimmt (RG 57, 277; 60, 392; 65, 98; einen Fall fehlenden Verschuldens in Ansehung des § 17 GBO behandelt RG Warn 1913 Nr 14); oder der die Bestimmung in § 42 Abs 1 Satz 1 GBO außer acht läßt (RG Warn 1917 Nr 277); oder der unter Verstoß gegen Art 7 PrAG.GBO

die Ausfertigung des Hypothekenbriefs nicht mit dem Entwurfe und dem Grundbuche verglichen hat (RG 77, 423); auch der den Beteiligten eine falsche Rechtsbelehrung über die Stempelpflicht eines Geschäfts (RG Warn 1913 Nr 140) oder sonst eine falsche Auskunft erteilt, auch wenn er zu ihrer Erteilung nicht verpflichtet war (RG JW 1914, 151[15]); über die Verpflichtung des Grundbuchrichters zur Prüfung von Urkunden, die dem Grundbuchamt überreicht sind innerhalb des Zweckes, zu dem sie erkennbar übergeben sind, aber nicht darüber hinaus s. RG Warn 1916 Nr 279; zur Belehrung der Parteien RG 85, 409);

d) dem Vormundschaftsrichter (vgl. §§ 1837—1848), der ohne gehörige Prüfung eine vorgeschriebene Genehmigung zur Anlage oder zur Abhebung von Mündelgeldern oder zur Löschung einer Mündelhypothek erteilt (RG 85, 416; 88, 264; Warn 08 Nr 486; 1917 Nr 178; 24. 5. 10 III 323/09), oder der von einer vorschriftswidrigen Anlegung von Mündelgeldern durch den Vormund Kenntnis erhalten hat oder erhalten haben muß und nicht einschreitet (RG 21. 4. 04 VI 583/03; 1. 5. 06 III 537/05; über die Grenzen der Nachprüfungspflicht vgl. RG 67, 408); weiter der für die Anlegung von Mündelgeldern einen falschen Rat erteilt (RG 84, 92); ferner der seine Aufsichtspflicht bei der Hinterlegung von Inhaberpapieren des Mündels durch den Vormund versäumt (RG JW 1910, 288[22]); eine Amtspflicht und deshalb eine Haftung des Vormundschaftsrichters besteht nur gegenüber dem Mündel (vgl. § 1848 A 1);

e) dem Nachlaßrichter, der bei Beaufsichtigung des Nachlaßverwalters etwas versieht; der Nachlaßrichter ist dabei nicht nur den Erben, sondern auch den Nachlaßgläubigern verantwortlich (RG 88, 264); oder der fahrlässig eine unrichtige Auskunft erteilt (RG Warn 1915 Nr 264);

f) dem Gerichtsschreiber, der die Eintragung einer angemeldeten Konkursforderung in die Konkurstabelle unterlassen hat (RG 14. 12. 03 VI 567/03); über weitere Verfehlungen des Gerichtsschreibers s. zu b, g und i;

g) dem Gerichtsvollzieher, der bei Zustellung der Klage dem Beklagten eine Klageschrift übergibt, auf der die Terminsbestimmung fehlt (neben dem Gerichtsschreiber RG 51, 258); der in eiliger Fristsache eine Zustellung durch die Post vornimmt, ohne sich um deren Erledigung und den Verbleib der Zustellungsurkunde weiter zu kümmern (RG JW 1918, 135[9]); der eine Zustellung der Benachrichtigung von bevorstehender Pfändung gemäß § 845 ZPO durch Niederlegung bei der Post bewirkte, obgleich eine Ersatzzustellung (§§ 181 Abs 2, 182 ZPO) möglich war (RG 87, 412); der eine Zwangsvollstreckung gröblich verzögert, so daß es dem Schuldner gelingt, zur Pfändung geeignete Vermögensstücke beiseite zu schaffen (RG 79, 241), der eine Pfändung vornimmt unter Nichtbeachtung der Frist des § 798 ZPO (RG 83, 336), oder bei der Zwangsvollstreckung wegen einer Wechselforderung, ohne im Besitze des Wechsels zu sein (RG JW 1916, 739[5]); der bei der Zwangsvollstreckung in bewegliche Sachen es unterläßt, die Pfändung durch Pfandzeichen kenntlich zu machen (RG 14. 12. 06 III 184/06); ferner der der Pfändung entzogene Sachen in Kenntnis dieser Eigenschaft pfändet und andere geeignete ungepfändet läßt (RG 72, 181); sowie der die Versteigerung von Pfandstücken weiter ausdehnt, als zur Befriedigung des Gläubigers und zur Deckung der Kosten erforderlich ist (§ 818 ZPO; RG 51, 186); endlich der den Versteigerungserlös auszahlt, obwohl er von dem Bevorstehen einer gerichtlichen Einstellungsanordnung zugunsten eines Dritten (Vermieterpfandrecht) Kenntnis erhalten hat (RG 87, 294). Dagegen handelt der Gerichtsvollzieher nicht schuldhaft, wenn er von einer Vollstreckungshandlung nicht auf Grund einer vom Schuldner aufgestellten Behauptung, deren Richtigkeit die Vollstreckung unzulässig machen würde, Abstand nimmt (RG 10. 3. 02 VI 431/01), oder wenn er den Schuldner im Auftrage des Gläubigers zur nochmaligen Ableistung des Offenbarungseides nach § 903 ZPO verhaftet hat: die Prüfung, ob der Schuldner zur nochmaligen Ableistung des Eides verpflichtet ist, steht dem Gerichtsvollzieher nicht zu (RG 9. 10. 06 III 34/06);

h) dem Notar, der bei der Aufnahme eines Rechtsgeschäfts sich nicht über die Persönlichkeit der vor ihm zur Beurkundung Erschienenen in genügender Weise Gewißheit verschaffte (RG 78, 241; 81 S. 125 u. 157) und der lediglich auf die Angaben der eine Beglaubigung beantragenden Person hin ohne nähere Prüfung eine Beglaubigung erteilt (RG JW 07, 87[16]); der gegen § 183 FGG seine Namensunterschrift als Blankobeglaubigung unter einen unausgefüllten Vordruck abgibt (RG 86, 102); der einen nichtigen Vertrag zum Gegenstande seiner Beurkundung macht (RG LZ 1919, 46[12]) oder durch mangelhafte Abfassung des Vertrags die falsche Wiedergabe des Vertragswillens verschuldet (RG JW 1916, 1116[6]; 1919, 995[4]); der bei Erhebung eines Wechselprotests die Prüfung unterläßt, ob der Wechsel den Auftraggeber als Wechselgläubiger ausweist (RG JW 06, 467[15]); der ein von ihm aufgenommenes Testament mit unrichtiger Tagesangabe versehen hat (RG 74, 421) und der bei einer Testamentsaufnahme es unterlassen hat, den Erblasser auf die Unfähigkeitsgründe für die Testamentszeugen (§§ 2234—2236) aufmerksam zu machen (RG 7. 1. 13 III 151/12); der auftragswidrig die Eintragung einer Hypothek an falscher Stelle veranlaßt (RG 16. 1. 07 V 206/06) und der die Ausfertigung einer von ihm aufgenommenen Urkunde verzögert (RG JW 1910, 234[13]);

endlich der in der Aufbewahrung der amtlichen Siegel und Stempel sorglos verfährt und dadurch deren mißbräuchliche Benutzung ermöglicht (RG 81, 130). Keine Pflichtverletzung des Notars ist es, wenn er vor der Aufnahme einer Handlung der freiwilligen Gerichtsbarkeit das Grundbuch nicht darauf einsieht, ob die Voraussetzungen, von denen die Beteiligten ausgehen, richtig sind; zur Einsicht des Grundbuchs ist der Notar ohne besonderen Vertrag nicht verpflichtet (RG 95, 299; JW 07, 514[15]; 1913, 1152[8]; Warn 1918 Nr 226); oder wenn er bei der Stempelverwendung ohne weitere eigene Prüfung sich an die gemeinsame Wertangabe der Vertragsparteien hält (RG JW 07, 176[14]; selbstverständlich kann bei ersichtlich zu niedriger Wertangabe daraus aber eine Haftung des Notars dem Staate gegenüber bestehen). Wo nur die Beglaubigung einer Unterschrift von dem Notar begehrt wird, erstreckt sich die Amtstätigkeit des Notars nicht auf den Inhalt der Urkunde (RG JW 1910, 1004[14]); kennt er aber den Inhalt und weiß, daß die Urkunde ein offenbar ungültiges Geschäft enthält, so darf er auch die Unterschriften nicht beglaubigen (RG 87, 232 u. 93, 68). Zu einer Rechtsbelehrung ist der Notar bei Aufnahme eines Rechtsgeschäfts insoweit verpflichtet, als sie für das Zustandekommen einer rechtswirksamen Urkunde erforderlich ist; er muß den wahren Willen der Vertragsparteien erforschen und sie über die Bedeutung der zu beurkundenden Erklärung und das für den Zweck taugliche Rechtsgeschäft aufklären, selbst dann, wenn ihm Zweifel an der Einsicht der Parteien erst nach der Beurkundung entstehen (RG 85, 337; 95, S. 214 u. 299; JW 1912 195[16]; 1913 S. 490[12] u. 1152[8]; 1914 S. 194[10] u. 354[5]; 1915, 513[11]; 1917 S. 358[7] u. 600[9]; Warn 1911 Nr 233; LZ 1919, 477[9]); auch über die Stempelfolgen des beabsichtigten Geschäfts besteht die Aufklärungspflicht (RG JW 1915, 513[11]; 1917, 600[9]). Die Entgegennahme grundbuchamtlicher Mitteilungen über Eintragungen aus den von ihm beurkundeten Rechtsgeschäften gehört nicht zu den Amtspflichten des Notars; hierbei handelt er als Beauftragter der Partei oder als Geschäftsführer ohne Auftrag (RG 81, 428). Eine Haftung des Notars für Verfehlungen seiner Angestellten besteht nach Maßgabe des § 839 nicht (RG JW 1910, 1004[14]; Warn 1918 Nr 226); immer kann nur seine eigene Verfehlung in Frage kommen; diese kann aber darin bestehen, daß er eine nicht ganz einfache Angelegenheit dem rechtsunkundigen Bureauvorsteher zur Bearbeitung überläßt (RG JW 1914, 354[6]; Warn 1913 Nr 195); darüber, daß die Erfüllung der Amtspflicht des Notars nicht zugleich Gegenstand vertraglicher Bindung sein kann, vgl. RG 85, 409; 93, 68; 95, 214; JW 1920, 370[8] und A 1 zu § 675 und die dort weiter angezogenen Entscheidungen. In den Amtsbereich des Notars gehört aber auch das Entwerfen der Urkunden, deren Unterschriften nachher beglaubigt werden sollen; es ist nicht Gegenstand besonderen Vertrags (RG 87, 232 u. 93, 68; JW 1917, 358[7]). Über die Klarlegung, zweckentsprechende und richtige Gestaltung und Fassung des Parteiwillens in der Beurkundung geht die Amtspflicht des Notars nicht hinaus; hat er es an der etwa erforderlichen Belehrung nicht fehlen lassen und dem erforschten wahren Willen der Parteien des Rechtsgeschäfts gemäß dieses beurkundet, so ist seine amtliche Fürsorgepflicht erschöpft (RG JW 1915, 1193[4]; Warn 1915 Nr 235); nur die Einreichung der von ihm aufgenommenen oder beglaubigten Urkunden bei Gericht zwecks Eintragung in das Grundbuch oder in das Handelsregister gehört noch in den Amtsbereich (RG 93, 68);

i) dem Gerichtskalkulator in Preußen, der die Nachprüfung einer Vormundschaftsrechnung schuldhaft verzögert (RG 80, 406);

k) dem Postbeamten, der einen Eilbrief fehlleitet (RG JW 1911, 46[33]; 1912, 1061[3]), der eine telegraphische Postanweisung nicht weiterbefördert hat (RG Warn 1912 Nr 307), und dem Telegraphenbeamten, der unter Außerachtlassung der Vorschriften der Dienstanweisung die Verstümmelung oder Entstellung eines Telegramms herbeiführt (RG 18. 2. 13 III 365/12; vgl. zu diesen Fällen aber Reichert in JW 1913, 525ff.);

l) endlich dem Lehrer, der sich eine Überschreitung seines Züchtigungsrechts zuschulden kommen läßt (vgl. darüber § 823 A 3 u. 10), sowie der durch mangelnde Beaufsichtigung der Schüler beim Spiel die Verletzung Dritter verschuldet (RG Warn 1916 Nr 80).

5. Für den **Ersatz des aus der Verletzung der Amtspflicht entstandenen Schadens** gelten die allgemeinen Bestimmungen der §§ 249ff. Über den ursächlichen Zusammenhang zwischen Handlung und Schaden vgl. die Vorbem 5 vor § 823 sowie für einen Fall des § 839 RG 91, 347; einen Fall fehlenden Ursachenzusammenhangs behandelt RG Warn 08 Nr 215 (vgl. oben A 4b). Wenn mehreren Beamten eine Verletzung der Amtspflicht zur Last fällt und jede für den Eintritt des Schadens ursächlich geworden ist, dann haften die mehreren Beamten nebeneinander und somit gemäß § 840 Abs 1 als Gesamtschuldner (RG 51, 258). Die Begünstigung des Abs 1 Satz 2 kommt ihnen nicht zugute, es sei denn, daß von den mehreren Beamten ein Teil fahrlässig, ein anderer vorsätzlich handelte (vgl. A 6). Für ihren Ausgleich untereinander gilt § 840 Abs 1 in Verbindung mit § 426 (vgl. § 840 A 2 u. 3). Schadensersatzberechtigt ist nach Maßgabe des § 839 nur die Person, der gegenüber die Amtspflicht zu erfüllen war (A 3). Die §§ 843—845 gelten für die Fälle der Tötung, Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung und Freiheitsentziehung auch für den Bereich des § 839 (RG 91, 9; 94, 102). Daß bei einem mitwirkenden Verschulden des Geschädigten § 254 zur Anwendung zu kommen hat, ist selbstver-

ständlich. Einen besonderen Fall des eigenen mitwirkenden Verschuldens des Verletzten bei der Entstehung des Schadens hat Abs 3 herausgehoben, der dem Verletzten unter Beiseitesetzung des Abwägungsgrundsatzes des § 254 jeden Schadensersatzanspruch gegen den Beamten abspricht, wenn er die Einlegung eines Rechtsmittels gegen die ihn schädigende Amtshandlung des Beamten schuldhaft unterlassen hat (vgl. A 8). § 254 Abs 2 ist anwendbar, wenn der Beschädigte schuldhaft unterlassen hat, den Schaden, dessen Ersatz er von dem Beamten fordert, durch rechtzeitige Inanspruchnahme des in erster Reihe zum Schadensersatze Verpflichteten abzuwenden oder zu mindern (RG 80, 252).

6. Der Beamte haftet für eine **fahrlässige Verletzung der Amtspflicht** nur hilfsweise; er kann erst dann in Anspruch genommen werden, **wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag.** Dieser Fall ist sowohl dann gegeben, wenn ein anderer Ersatzpflichtiger nicht vorhanden ist, wie dann, wenn der vorhandene andere Ersatzpflichtige nicht zahlungsfähig ist (RG Warn 1917 Nr 278). Auf die Möglichkeit eines anderweiten Ersatzes in der Zukunft braucht sich der Beschädigte, der ein Recht auf alsbaldigen Schadensersatz hat, nicht verweisen zu lassen (RG 80, 254; Warn 1917 Nr 178). Die Beweislast, daß von einem andern Ersatz nicht zu holen ist, trifft an sich den Verletzten; sie gehört zur Klagebegründung (RG 81, 430; 86, 286; 91, 232; JW 1913, 598[12]; 1915, 594[29]; Warn 1914 Nr 121). Dieser Beweispflicht genügt der Verletzte nicht schon, wenn er die jetzige Unmöglichkeit eines anderweitigen Ersatzes dartut; er muß auch nachweisen, daß er eine früher vorhandene Ersatzmöglichkeit nicht schuldhaft versäumt habe (so RG 86, 286 in Einklang mit RG 79, 12, aber in Abweichung von RG 80, 254). Anderseits kann dem Verletzten der Beweis eines reinen Nichtvorhandenseins nicht angesonnen werden; ergibt sich aus der Sachlage kein Anhalt dafür, daß ein anderer Ersatzpflichtiger in Frage kommt, so ist es Sache des Beklagten, darzutun, daß dennoch eine andere haftbare Person vorhanden ist (RG 51, 186). Hat der Verletzte ohne Verschulden versäumt, von dem anderen Ersatzpflichtigen Ersatz zu erlangen, so kann ihm die Versäumung nicht schaden (RG 86, 286). Den Beweis, daß ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, hat der Beamte zu führen. Hat er ihn erbracht, so scheidet er als Ersatzpflichtiger aus, bis ihm nachgewiesen wird, daß nicht von anderer Seite Ersatz zu erlangen ist (RG Warn 1914 Nr 121). Ist ein anderer Ersatzpflichtiger vorhanden, so ändert es nichts an der Befreiung des Beamten nach Satz 2, daß letzterer etwa auch diesem andern wieder auf Schadensersatz haftet (RG 91, 96). Von mehreren aus der Verletzung einer Amtspflicht für denselben Schaden ersatzpflichtigen Beamten kann der wegen Fahrlässigkeit verantwortliche auf Grund des Satz 2 seine Haftpflicht ablehnen, solange nicht der aus Vorsatz verantwortliche herangezogen ist; haben die mehreren Beamten sämtlich nur fahrlässig gehandelt, so kann nicht unter Berufung auf Satz 2 der eine die Verantwortung auf den andern abwälzen. Hier versagt die Anwendung des Satz 2 und gilt § 840 Abs 1, der im übrigen durch § 839 Abs 1 Satz 2 zugunsten des Beamten ausgeschaltet wird, weil dieser den Beschädigten ganz an den andern Ersatzpflichtigen verweisen kann (RG 51, 258; 81, 428; Warn 1916 Nr 279). Nach den Ausführungen in A 1 u. 3 ist unter der Verletzung einer Amtspflicht nicht nur die Außerachtlassung von Dienstvorschriften außerhalb der allgemeinen Haftung der §§ 823 u. 826 zu verstehen; auch solche Handlungen fallen darunter, die den Beamten schon nach den allgemeinen Bestimmungen dieser Paragraphen haftbar machen, sofern die Handlung, die die Pflichtverletzung enthält, in den Amtsbereich des Beamten fällt. Daraus ergibt sich, daß der Beamte, dem nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, sich auf die Vergünstigung des Satz 2 auch in den Fällen berufen kann, in denen seine Haftung aus § 823 Abs 1 oder 2 begründet ist (RG 74, 250; JW 08, 653[2]). Dagegen bedarf es kaum der Erwähnung, daß der Beamte (Gerichtsvollzieher, Notar) insoweit die Vergünstigung des Satz 2 nicht genießt, als er dem Geschädigten auch aus einem Vertragsverhältnis (Auftrag, Dienstvertrag) haftet. Satz 2 ist auch dann anzuwenden, wenn der andere Ersatzpflichtige der Dienstherr des Beamten, der Staat selbst ist (§§ 31, 89; RG 74, 250; Warn 1911 Nr 329). Inwiefern die Kosten des gegen einen Dritten als ersatzpflichtig in Anspruch genommenen geführten Prozesses dem von dem Beamten zu ersetzenden Schaden zuzuschlagen sind, darüber vgl. RG 91, 232, aber auch Warn 1912 Nr 390. Die dreijährige Verjährung des § 852 beginnt für den Schadensersatzanspruch gegen den Beamten erst von da an, wo feststeht, daß ein vorverhafteter Ersatzpflichtiger nicht in Anspruch genommen werden kann (RG JW 1915, 594[29]; 17. 4. 09 V 485/08; vgl. § 852 A 4b). Über den Rückgriff des Beamten, der den Geschädigten befriedigt hat, gegen den in erster Reihe Verpflichteten vgl. RG 80, 252.

7. a) Die zweite Beschränkung der Haftung des Beamten aus der Verletzung der Amtspflicht betrifft den Spruchrichter, der sich **bei dem Urteil in einer Rechtssache** einer Amtspflichtverletzung schuldig macht. Auf einen Spruchrichter, der nicht Beamter ist, kann sich die Bestimmung naturgemäß nicht erstrecken. Beamter ist der Handelsrichter (§ 116 GVG), nicht dagegen der Schöffe und der Geschworene. Was unter dem Urteil in einer Rechtssache zu verstehen ist, bestimmt sich nach der Begriffssprache der Prozeßordnungen; danach ist Urteil diejenige richterliche Entscheidung, die auf Grund vorgeschriebener mündlicher Verhandlung

ergeht, ein Rechtsverfahren ganz oder teilweise (Endurteil, Teilurteil, Zwischenurteil) zur Erledigung bringt und regelmäßig sich selbst mit dem die Erledigung ausdrückenden Namen „Urteil" bezeichnet; ein Berichtigungsbeschluß nach § 319 ZPO bildet einen Bestandteil des Urteils und ist deshalb im Sinne des Abs 2 diesem gleich zu achten (**RG** 90, 228); andere Entscheidungen, wenn sie auch in gewissem Sinne eine selbständige, rechtsfeststellende Bedeutung haben, fallen nicht darunter (**RG** 62, 367). Zu den Urteilen im Sinne des § 839 Abs 2 gehören auch die Versäumnis- und Anerkenntnisurteile im Zivilprozeß (Erlaß eines Versäumnisurteils vor der Terminsstunde **RG** Warn 1914 Nr 82), die eine öffentlichrechtliche Streitsache erledigenden Urteile der Verwaltungsgerichte, sowie die Urteilsentscheidungen der Schiedsgerichte in Unfall- und Invaliditätsversicherungssachen. Die Entscheidungen **RG** 62, 637 u. 89, 13 verneinen den Urteilscharakter bei einem Haftbefehle des Untersuchungsrichters; er ist nach denselben Grundsätzen auch bei Beschlüssen, die einen Arrest oder eine einstweilige Verfügung anordnen oder ablehnen, zu verneinen, während die mit demselben Inhalt auf Grund mündlicher Verhandlung ergehenden Entscheidungen, sowie diejenigen über die Rechtmäßigkeit oder die Aufhebung des Arrests oder der einstweiligen Verfügung unter § 839 Abs 2 fallen (§§ 921, 922, 925, 927, 936, 937 ZPO). Der Unterschied ist gewiß ein äußerlicher, ist aber im Gesetze begründet. Zur Urteilsfällung gehört nicht nur die eigentliche Entscheidung und ihre Begründung, sondern auch die Feststellung des Tatbestandes; das Urteil ist ein Ganzes und kann nicht in Stücke gerissen werden. Nicht unter § 839 Abs 2 fallen die von Schiedsrichtern gemäß §§ 1029 ff. ZPO getroffenen Entscheidungen, obwohl sie den Inhalt von Urteilen haben und Rechtsstreitigkeiten zur Erledigung bringen, weil die Schiedsrichter nicht Beamte sind (vgl. A 2). Aber die streitenden Parteien geben dem von ihnen durch Schiedsvertrag bestellten Schiedsrichter die Stellung eines ordentlichen Richters in ihrer Rechtssache, und es muß als stillschweigende Vertragsbedingung, ohne die der Schiedsrichter den Auftrag nicht annehmen würde, angesehen werden, daß eine Haftung des Schiedsrichters für die Fahrlässigkeit ebenso ausgeschlossen sein soll, wie sie bei dem ordentlichen Richter ausgeschlossen ist (**RG** 65, 175). b) Die Voraussetzung, von der Abs 2 Satz 1 die Ersatzpflicht des Spruchrichters abhängig macht, daß **die Pflichtverletzung mit einer im Wege des gerichtlichen Strafverfahrens zu verhängenden öffentlichen Strafe bedroht ist,** erfordert eine Strafandrohung durch die allgemeinen Strafgesetze (§§ 334, 336 StGB); den Gegensatz bildet die Dienststrafverfolgung (Disziplinarstrafe). Vorsätzlichkeit der Handlung genügt mithin allein nicht, die Ersatzpflicht des Beamten als Spruchrichters zu begründen. c) Die Bestimmung in Satz 2 des Abs 2, **daß die pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes** von der Einschränkung der Haftung des Spruchrichters ausgeschlossen ist, soll etwa entstehende Zweifel beseitigen und besagt im übrigen etwas Selbstverständliches: denn die Verweigerung oder Verzögerung des Rechtsspruchs ist keine Spruchtätigkeit. d) Wie Abs 1 Satz 2, so findet auch Abs 2 auf alle die Tatbestandsmerkmale erfüllenden Pflichtverletzungen der Beamten Anwendung, auch auf solche, die schon nach den allgemeinen Bestimmungen als u. H. erscheinen würden; vgl. die A 1, 3 u. 6 (a. M. Staudinger A 6d). e) B e w e i s p f l i c h t i g für die Voraussetzungen der Ersatzpflicht des Spruchrichters nach Abs 2 ist der Verletzte.

8. Die dritte Einschränkung der Haftung des Beamten in Abs 3 des § 839 behandelt einen besonderen Fall des mitwirkenden eigenen Verschuldens des Verletzten, dem das Gesetz die Wirkung beimißt, daß er den Verletzten jedes Schadensersatzanspruchs beraubt: den Fall, **daß der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.** Abs 3 bezieht sich auf alle Tatbestände des Abs 1 wie des Abs 2. Rechtsmittel im Sinne der Bestimmung sind deshalb nicht allein die gegen Urteile der Spruchbehörden gegebenen ordentlichen Rechtsmittel (Berufung, Revision, Einspruch), sondern alle Rechtsbehelfe, die nach gesetzlicher Ordnung die Beseitigung oder Berichtigung der schädigenden Amtshandlung ermöglichen: Beschwerde, Widerspruch gegen Arrestbefehle, einstweilige Verfügungen; aber auch die Nichtigkeits- und Restitutionsklage im Zivilprozeß, die Wiederaufnahme des Verfahrens im Strafprozeß. Die M ö g l i c h k e i t des Rechtsmittels genügt aber nicht, dem Verletzten den Anspruch aus § 839 zu nehmen; es muß ein Verschulden hinsichtlich der Anwendung oder Nichtanwendung des Rechtsmittels hinzukommen (**RG** JW 1911, 227[44]). Die B e w e i s l a s t für das Verschulden des Verletzten nach Abs 3 trifft den beklagten Beamten. Die Entscheidung **RG** 86, 286 läßt die Ausschaltung der Vorschrift des § 254 Abs 2 im Falle des § 839 Abs 3 auch für die schuldhafte Versäumung der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs gegen den Erstverpflichteten nach Abs 1 Satz 2 gelten.

9. **Prozeßrechtlich** ist hinzuweisen:

a) auf den Vorbehalt für die Landesgesetzgebung in § 11 Abs 2 EG.GVG, wonach die Verfolgung öffentlicher Beamten wegen Amtspflichtenverletzung von einer V o r e n t s c h e i d u n g, ob der Beamte sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe, durch besondere Behörden und in besonderem Verfahren abhängig gemacht werden kann (vgl. dazu **RG** 64, 249 u. 70, 102; 52, 107

u. 67, 77; JW 03 Beil 66 Nr 152; 06, 754[26]; Warn 09 Nr 513; für die Anwendung dieser Bestimmungen ist endgültig, ob der Beamte, oder nach den Gesetzen v. 1. 8. 09 oder 22. 5. 10 der Staat bzw. das Reich in Anspruch genommen wird (RG 87, 114);

b) auf § 70 Abs 2 Nr 2 GVG, wonach für die Ansprüche gegen Reichsbeamte wegen Überschreitung ihrer amtlichen Befugnisse oder wegen pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen die Landgerichte ohne Rücksicht auf den Wert des Streitgegenstandes ausschließlich zuständig sind, und Abs 3 desselben Gesetzes, der einen Vorbehalt gleichen Inhalts für die Landesgesetze wegen der Ansprüche gegen die Staatsbeamten enthält (Preußen: § 39 AG.GVG Nr 3);

c) auf § 154 RBG, wonach örtlich für Vermögensansprüche gegen Reichsbeamte wegen Überschreitungen ihrer amtlichen Befugnisse oder pflichtwidriger Unterlassung von Amtshandlungen sowohl das Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk der Beamte zur Zeit der Verletzung der Amtspflicht seinen Wohnsitz hatte, als dasjenige, in dessen Bezirk er zur Zeit der Erhebung der Klage seinen Wohnsitz hat. Daneben tritt in allen Fällen § 32 ZPO, wonach das Gericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirke die u. H. begangen wurde.

§ 840

Sind für den aus einer unerlaubten Handlung[1]) entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich[2]), so haften sie, vorbehaltlich der Vorschrift des § 835 Abs 3[4]), als Gesamtschuldner[3]).

[5]) Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 831, 832 zum Ersatze des von einem anderen verursachten Schadens verpflichtet ist, auch der andere für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zueinander der andere allein, im Falle des § 829 der Aufsichtspflichtige allein verpflichtet[6]).

Ist neben demjenigen, welcher nach den §§ 833 bis 838 zum Ersatze des Schadens verpflichtet ist, ein Dritter für den Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zueinander der Dritte allein verpflichtet[7])[8]).

E I 713, 714, 736 Abs 2 II 764; M 2 737, 738; P 2 606, 663.

1. Der Paragraph regelt die Beziehungen **mehrerer, die für einen Schaden aus unerlaubter Handlung verantwortlich** sind, sowohl dem Verletzten gegenüber, als auch untereinander. Die Bestimmungen des § 840 sind allgemeiner Natur. Der Begriff der u. H. ist hier in demselben weiteren Sinne zu nehmen, wie in der Überschrift des Titels; er umfaßt sowohl alle Haftungen aus wirklichen oder vermuteten Verschulden, wie die reinen Gefährdungshaftungen der §§ 833 Satz 1 u. 835, und ferner sowohl die aus den Einzelbestimmungen des 25. Titels, wie aus anderen, den Tatbestand u. H. setzenden Vorschriften außerhalb des BGB. Als Haftung aus u. H. im Sinne des § 840 ist deshalb insbesondere auch die im § 1 HaftpflG dem Eisenbahnunternehmer auferlegte Haftung anzusehen (RG 53, 114; 58, 335; 60, 313; 61, 56; JW 09, 724[17]; 1911, 220[25]; Warn 1912 Nr 74). Insoweit mehrere Kraftfahrzeuge oder ein Kraftfahrzeug und eine Eisenbahn oder ein Kraftfahrzeug und ein Tier als verursachend für einen Schaden in Betracht kommen und der Kraftwagenhalter und der Kraftwagenführer für diesen nach dem Gesetz schadensersatzpflichtig sind, sind für die Ausgleichung die §§ 17, 18 Abs 3 KraftFahrG zu beachten. Vgl. dazu RG 82, 112; 84, 415; 92, 143; 96 S. 68 u. 130.

2. **Nebeneinander sind mehrere verantwortlich,** wenn sie durch gemeinschaftlich begangene vorsätzliche Handlung als Mittäter, Anstifter, Gehilfen einen Schaden verursacht haben (§ 830 Abs 1 Satz 1), oder wenn sie aus schuldhafter Beteiligung, aus gemeinschaftlicher Gefährdung im Sinne des § 830 Abs 1 Satz 2 in Anspruch genommen werden können (RG 69, 422), oder wenn sie ein jeder selbständig aus demselben oder aus verschiedenen Rechtsgründen wegen schuldhaften Handelns oder wegen Gefährdung für einen Schaden einzustehen haben (RG 96, 224). So sind nebeneinander verantwortlich mehrere Beamte, die die ihnen obliegende Amtspflicht verletzt haben, wenn die Pflichtverletzung eines jeden für den Schaden ursächlich geworden ist (RG 51, 258; JW 07, 828[4]), mehrere Tierhalter eines Tieres oder mehrerer Tiere oder der Tierhalter und der Aufsichtspflichtige nach § 834 für den durch das Tier oder die Tiere angerichteten Schaden (RG 60, 313), mehrere Eisenbahnunternehmer im Falle des § 1 RHaftpflG (RG 61, 56; 82, 84; 93, 96), ein Eisenbahnunternehmer und ein Tierhalter (RG JW 1915, 324[2]). Gleichgültig ist, ob einer der mehreren Haftverpflichteten auch aus einem Vertrage (Beförderungsvertrag bei der Eisenbahn) für den Schaden verantwortlich ist, wenn er nur auch aus u. H. haftet (RG a. a. O.). Auf denjenigen, welcher nur aus einem Vertrage für einen Schaden verantwortlich ist, findet § 840 keine Anwendung; wohl aber kann § 426 zur Anwendung kommen (RG 77, 317; Warn 1913

Nr 318, sowie ferner RG 79, 290; 82, 436; 84, 429f; 92, 408; JW 1915, 22[7]). Nebeneinander verantwortlich für denselben Schaden sind nicht mehrere Personen, die je nur einen bestimmten Teil des Schadens verursacht und deshalb auch nur zu erstatten haben; auf Mittäter, Anstifter, Gehilfen einer gemeinschaftlich begangenen Handlung trifft dies aber nicht zu (vgl. § 830 A 5). Haben mehrere Handlungen verschiedener Personen zusammen einen Schaden verursacht, von denen nur eine als u. H. sich erweist, so ist deren Urheber allein für den ganzen Schaden verantwortlich (RG 73, 289). Dasselbe gilt, und Gesamtschuld wie Ausgleichung werden hinfällig, wenn die Haftung des einen an sich verantwortlichen Urhebers des Schadens in zulässiger Weise durch Vertrag ausgeschlossen wurde (RG JW 1910, 952[36]; vgl. Vorbem 4b vor § 823).

3. a) Die mehreren Verantwortlichen haften **als Gesamtschuldner.** Das bedeutet einmal, daß sie dem Beschädigten ein jeder für den ganzen Schaden aufzukommen haben (§ 421), sodann daß sie im Verhältnisse zueinander nach § 426, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist", zu gleichen Anteilen verpflichtet sind. Die letztere Wirkung des Gesamtschuldverhältnisses wird dann in Abs 2 u. 3 für einzelne Gruppen u. H. abweichend bestimmt; eine weitere Abweichung setzt § 841. Für die gesamtschuldnerische Haftung dem Beschädigten gegenüber begründet es keinen Unterschied, ob eine der mehreren für den Schaden verantwortlichen Personen bereits rechtskräftig zu dessen Ersatze verurteilt ist (§ 425 Abs 2; RG 51, 258); für die Ausgleichung der mehreren Ersatzverpflichteten untereinander ist es ebenso gleichgültig, ob die Klage gegen eine der mehreren verantwortlichen Personen bereits rechtskräftig abgewiesen ist, da in jedem Falle das zwischen dem Beschädigten und einem Gesamtschuldner ergangene Urteil nur zwischen diesen Personen Rechtskraft schafft. b) Werden von dem Beschädigten die mehreren für den Schaden verantwortlichen Personen gleichzeitig auf Leistung von Schadensersatz wegen Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit in Anspruch genommen (§ 843), dann ist die Art und Weise des Schadensersatzes (Rente oder Kapitalabfindung) einheitlich nach den Verhältnissen des Berechtigten und aller Verpflichteten zu bestimmen (RG 68, 429); bei einer Inanspruchnahme nacheinander muß dementsprechend nach dieser Richtung die Bestimmung des zuerst gesprochenen Urteils maßgebend bleiben, da anders die Einheitlichkeit der Entschädigung nicht gewahrt werden kann. Der Umfang der Ersatzpflicht kann sich für die mehreren für den Schaden verantwortlichen Personen verschieden gestalten, sei es infolge der Anwendung des § 254 bei einem mitwirkenden Verschulden des Beschädigten, das den mehreren Ersatzpflichtigen gegenüber in verschiedener Weise zu werten sein kann, sei es infolge verschiedenartiger Bestimmungen über den Umfang der Haftung (§ 829; RHaftpflG, KraftfahrG; insbesondere Wegfall des Schmerzensgeldes); in diesem Falle besteht eine Gesamtschuld der mehreren Ersatzpflichtigen nur in Höhe der geringeren Ersatzpflicht (RG JW 09, 724[17]; 1913, 31[19]). Daß sich der Beschädigte gegenüber den andern Ersatzpflichtigen anrechnen lassen muß, was er von einem von ihnen bereits erhalten hat, ergibt sich aus § 422 (RG 1. 7. 07 VI 479/06). Die Kosten des von einem Gesamtschuldner mit dem Verletzten durchgefochtenen Vorprozesses gehören nicht zum Schaden und sind nicht Gegenstand der Ausgleichung (RG 92, 148). c) Der Ausgleichungsanspruch ist durchaus selbständig und nicht davon abhängig, daß jeder Schuldner vom Gläubiger tatsächlich zur Leistung herangezogen wird; das gegen einen der mehreren Gesamtschuldner ergangene Urteil übt weder Rechtskraftwirkung noch Rückwirkung (Reflexwirkung) für den andern aus; auch die Verjährungsvorschrift des § 852 findet auf den Ausgleichungsanspruch keine Anwendung (RG 69, 422; 77, 317; 84, 421; JW 1910, 235[14]; vgl. § 852 A 2). Selbstverständlich reicht aber die Ausgleichungspflicht nicht weiter als die Schadensersatzverpflichtung selbst; der Ausgleichungsanspruch hat die Schadensersatzverpflichtung des Ausgleichungsklägers wie des Ausgleichungsbeklagten zur notwendigen Grundlage (RG 84 S. 421, 431); wo daher nach den unter b entwickelten Sätzen einer der Ersatzverpflichteten dem Beschädigten nur in geringerem Umfange haftet, kann er auch von den übrigen Ersatzpflichtigen nur im Verhältnisse seiner Haftung auf Ausgleichung in Anspruch genommen werden. Innerhalb dieser Grenzen sind die mehreren Ersatzpflichtigen nach § 426 zu gleichen Anteilen einander verpflichtet, jedoch nur, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Eine solche anderweite Bestimmung des Ausgleichungsverhältnisses kann sich aus dem Vertragsverhältnisse zwischen den mehreren Ersatzverpflichteten ergeben (RG 75, 251; JW 1912, 865[24]); sie kann aber auch aus dem Sachverhalt selbst, der die Schadensersatzpflicht begründet, in entsprechender Anwendung des § 254 auf die Handlungen der mehreren sich gegenübertretenden Ersatzpflichtigen geschöpft werden, so daß ähnlich wie im Falle des § 17 des KraftfahrG die verschiedenartige Beteiligung der Gesamtschuldner an der Verursachung des Schadens und die Schwere des Verschuldens den Maßstab abgibt (RG 84, 430; JW 1912 S. 71[8], 190[6] u. [7]; 1915, 22[7]; Warn 1911 Nr 394; 1913 Nr 318; 20. 5. 12 VI 424/11). Diese entsprechende Anwendung des § 254 kann nun auch dahin führen, daß im inneren Verhältnis einem Gesamtschuldner der ganze Schaden auferlegt, ein anderer ganz befreit wird (RG JW 1915, 22[7]; Warn 1911 Nr 394 u. a.). Die Vorschrift der gleichanteiligen Haftung in § 426 erscheint demgemäß nur als eine Hilfsregel, die eintritt,

wo ein besonderer, in den Einzelverhältnissen begründeter Maßstab fehlt (RG 75, 251; 92, 147; Warn 1912 Nr 74). Die Ausgleichung ist eine Aufteilung der gemeinsamen Schuld unter den mehreren gesamtschuldnerisch haftenden Ersatzpflichtigen; daraus ergibt sich, daß der Ausgleichungsanspruch nicht wiederum auf gesamtschuldnerische Haftung gehen kann (RG 84, 432; JW 1914, 922[7]); wenn aber die entsprechende Anwendung des § 254 dahin führt, daß im inneren Verhältnis ein Gesamtschuldner von der Ausgleichungspflicht seinerseits völlig befreit wird, wird sein Ersatzanspruch gegen die übrigen Gesamtschuldner mit Recht auch auf gesamtschuldnerische Haftung gerichtet, da hier eine Aufteilung nicht mehr in Frage ist (RG 87, 64).

4. **Der Vorbehalt aus § 835 Abs 3** betrifft den Fall, daß mehrere Grundstückseigentümer für einen Wildschaden nach dem Verhältnisse der Größe ihrer Grundstücke ersatzpflichtig sind. Hier tritt eine gesamtschuldnerische Haftung überhaupt nicht ein (vgl. § 835 A 9).

5. Abs 2 u. 3 des § 840 ändern für das Gebiet der u. H. **im inneren Verhältnisse der mehreren für denselben Schaden ersatzpflichtigen Personen** den an sich auch hier geltenden Grundsatz des § 426 (s. A 3) teilweise ab. Der Grundgedanke der Abänderung ist, daß, wer aus wirklichem Verschulden haftet, keine Ausgleichung bei demjenigen suchen soll, der nur aus vermutetem Verschulden ersatzpflichtig ist, und beide nicht bei demjenigen, den nur die von ihm zu vertretende Gefährdung verantwortlich macht (RG 71, 7). Der Umstand, daß dieser Grundgedanke nicht unmittelbar und allgemein, sondern nur in den bestimmten Einzelanwendungen der Abs 2 u. 3 ausgesprochen ist, hat in der Rechtsprechung dazu geführt, eine entsprechende Ausdehnung der Bestimmungen auf ähnliche, in § 840 nicht aufgeführte Haftungsunterschiede (§ 1 RHaftpflG) zu verneinen (RG 53, 114; 58, 335; 61, 56; JW 1911, 220[25]; 1912, 71[8]; unentschieden gelassen Warn 1912 Nr 74, aber festgehalten JW 1914, 922[7] u. 1915, 324[2]). Die letztgenannte Entscheidung begründet diese nach der gegenwärtigen Lage der Gesetzgebung nicht abzuweisende Auffassung damit, daß die Abs 2 u. 3 des § 840 den Grundgedanken, daß im inneren Verhältnis das wirkliche Verschulden das vermutete und die Gefährdungshaftung, das vermutete Verschulden die letztere als ausgleichungspflichtig ausschalteten, nicht allgemein und nicht in gleichartigen Tatbeständen durchführen (gleichartig sind die Haftungen aus §§ 831 u. 832; aber nicht diejenigen aus § 833 Satz 1 und Satz 2, 834—838, bei denen bald Gefährdungshaftung, bald vermutetes Verschulden den Haftungsgrund bildet), so daß man richtiger sagen würde, Abs 2 enthalte die Fälle der Haftung aus rechtswidrigen Handlungen von Personen, Abs 3 diejenige für den durch Sachen angerichteten Schaden. Diese Ungleichartigkeit der Tatbestände hindert daran, einen festen allgemeinen Grundsatz den Bestimmungen zu entnehmen und ihre Anwendung über die aufgezählten Tatbestände hinaus, namentlich auf § 1 RHaftpflG, auszudehnen, dessen Haftung, von der zuletzt aufgestellten Scheidung der Abs 2 u. 3 des § 840 aus gesehen, beiden Gruppen angehört, denn der Betrieb der Eisenbahn erfolge durch persönliche Tätigkeit, die das Sachmaterial der Bahn in Bewegung setzt. Soweit § 17 KraftFahrG Platz greift (s. A 1), dessen Anwendung auch eintritt, wenn der Kraftfahrzeughalter oder -führer nicht nach dem KraftFahrG, sondern nach den Bestimmungen des BGB über u. H. verantwortlich sind („kraft Gesetzes"; RG 82, 436; 84, 429; 87, 64), erfolgt die Ausgleichung unter erweiternder Ausgestaltung des Grundsatzes des § 254 BGB; die Verteilung des Schadens hängt also hier von den Umständen, insbesondere von der vorwiegenden Schadensverursachung ab. Erscheint § 17 KraftFahrG wegen der einschränkenden Bestimmungen des § 8 nicht anwendbar, dann stehen nach dem Ausgeführten für die Ausgleichung Kraftfahrzeughalter, Eisenbahnunternehmer und der für denselben Schaden nach § 823 BGB Ersatzpflichtige in gleicher Verantwortung nebeneinander, und nicht § 840 Abs 2 u. 3, sondern § 840 Abs 1 ist maßgebend (RG JW 1911, 753[8]; 1912, 190[7]; 1913, 919[6]; 1915, 324[2]). Die nach den Ausführungen in A 3c unter allen Umständen eintretende Ergänzung des § 426 Abs 1 Satz 1 durch den Grundsatz des § 254 mildert die Härten dieser Ausgleichung, wenn sie sie auch insofern nicht beseitigen kann, als die in § 840 Abs 2 u. 3 begünstigten Ersatzpflichtigen völlig auszuscheiden haben. Vgl. A 5 zu § 833. Daß die Vorschriften von Abs 2 u. 3 denselben Tatbestand wie Abs 1 voraussetzen, daß nämlich für jeden der mehreren Verantwortlichen eine Schadensersatzpflicht aus u. H. begründet ist (RG 53, 114; 58, 335), ist selbstverständlich.

6. Die erste Abweichung vom Grundsatze des § 426 ist, daß der **Geschäftsherr** (§ 831) und der über eine aufsichtsbedürftige Person **Aufsichtspflichtige** (§ 832) im inneren Verhältnisse zu dem mit einer Verrichtung betrauten Angestellten oder zu dem Aufsichtsbedürftigen im vollen Umfange, nicht nur nach gleichen Teilen, einen Rückgriffsanspruch haben, vorausgesetzt, daß der Angestellte oder der Aufsichtsbedürftige nicht nur in der Sache (objektiv) rechtswidrig, sondern auch schuldhaft gehandelt und sich somit selbständig für den Schaden verantwortlich gemacht haben. Der Geschäftsherr und der Aufsichtspflichtige haften dagegen allein und haben gegen den Angestellten oder den Aufsichtsbedürftigen keinerlei Ausgleichungsanspruch, wenn diese nur sachlich rechtswidrig gehandelt haben, weil es dann bei ihnen an einer u. H. überhaupt fehlt. Das gilt auch, wenn der an sich schuldlose Aufsichtsbedürftige auf Grund

des § 829 aus Gründen der Billigkeit zu einem Schadensersatz gegenüber dem Beschädigten herangezogen wird. — Über die Anwendung des Abs 2 im Gesinderecht s. Art 95 Abs 2 EG.

7. Die zweite Abweichung, die § 840 von der gleichanteiligen Ausgleichung des § 426 bestimmt, besteht darin, daß **im Verhältnisse zu den aus §§ 833—838 für einen Schaden ersatzpflichtigen Personen ein Dritter,** der für denselben Schaden verantwortlich ist, allein verpflichtet ist. Aus dem Gesamtinhalte des Paragraphen ergibt sich, daß unter dem dritten Ersatzpflichtigen nur ein solcher verstanden werden kann, der aus irgendeinem Tatbestande einer u. H., diesen Begriff im weiteren Sinne genommen (A 1), für den Schaden haftbar ist (**RG** JW 1911, 552[41]). Da die zugelassenen Ausnahmen von dem Grundsatze des § 426 in der Rechtsprechung (vgl. oben A 5) nicht für erweiterungsfähig erachtet worden sind, muß nach Maßgabe dieser Rechtsprechung trotz der Ähnlichkeit des Rechtsgrundes seiner Haftung mit derjenigen aus den angezogenen §§ 833—838 der Eisenbahnunternehmer, dessen Haftung nach § 1 RHaftpflG richtigerweise auf reine Gefährdung zurückzuführen ist, im Sinne des Abs 3 des § 840 als Dritter erscheinen, der dem Tierhalter gegenüber, wenn der Eisenbahnbetrieb und ein Tier denselben Schaden verursachen, den ganzen Schaden zu tragen hat (**RG** 53, 114; 58, 335; 61, 56; JW 1911, 220[25]; 1912, 71[8]; 1914, 922[7]; 1915, 324[2]). Dies gilt auch dann, wenn der Tierhalter selber der Beschädigte ist (**RG** 71, 7; JW 05, 734[32]; 1911, 220[25]; 1912, 190[6]; Warn 1910 Nr 120; 18. 5. 05 VI 417/04; vgl. die folgende A). Wenn diesen ein mitwirkendes eigenes Verschulden trifft, kommt selbstverständlich § 254 zur Anwendung, der durch § 840 Abs 2 u. 3 nicht ausgeschaltet wird. Über § 17 KraftFahrG s. A 1 u. A 5.

8. Der Fall der Ausgleichung im Sinne der Abs 2 u. 3 liegt auch vor, wenn der Ersatzpflichtige, der von dem Beschädigten in Anspruch genommen wird, seinerseits auf Grund des § 254 von dem Beschädigten begehrt, daß er den Schaden ganz oder zum Teil auf sich nehme, weil er selbst nach §§ 833—838 ersatzpflichtig sei. Die **entsprechende Anwendbarkeit des § 254,** wenn auf seiten des Beschädigten kein mitwirkendes Verschulden, aber eine mitwirkende Gefährlichkeit vorliegt, ist **RG** 67, 120 ausgesprochen. In dem hier entschiedenen Falle handelt es sich um zwei Tierhalter, deren Tiere zusammen den Schaden, den einer der Tierhalter erlitten hat, diesem zugefügt hatten. In solchem Falle wird § 254 mit Recht herangezogen. Ebenso, wenn zwei nach Maßgabe des § 1 des RHaftpflG ersatzpflichtige Eisenbahnunternehmer zur Entstehung des Schadens zusammengewirkt haben (**RG** 93, 96). Anders, wenn dem beschädigten Tierhalter als weiterer Ersatzpflichtiger, der den Schaden mitverursacht hat, ein Dritter im Sinne des Abs 3 gegenübersteht. Dann muß die Ausgleichungsvorschrift des Abs 3 eintreten, nach welcher im inneren Verhältnisse mehrerer, die für einen Schaden verantwortlich sind, der Dritte diesen allein zu tragen hat. Er kann somit eine Entlastung von seiner Ersatzpflicht durch Berufung auf § 254 in erweiterter Anwendung dieses Paragraphen nicht herbeiführen. In **RG** 71, 7 ist dies zunächst nur für den Fall ausgesprochen, daß eine schuldhafte Handlung des Dritten vorliegt. Der Satz gilt aber im Sinne der A 5 u. 7 behandelten Rechtsprechung auch dann, wenn die Haftung des Dritten auf Gefährdung beruht (**RG** 82, 112; 84, 415; 96 S. 68 u. 130; JW 05, 734[32]; 1911, 220[25]: 1912, 190[6]; Warn 1910 Nr 120 u. 18. 5. 05 VI 417/04).

§ 841

Ist ein Beamter, der vermöge seiner Amtspflicht einen anderen zur Geschäftsführung für einen Dritten zu bestellen oder eine solche Geschäftsführung zu beaufsichtigen oder durch Genehmigung von Rechtsgeschäften bei ihr mitzuwirken hat, wegen Verletzung dieser Pflichten neben dem anderen für den von diesem verursachten Schaden verantwortlich, so ist in ihrem Verhältnisse zueinander der andere allein verpflichtet[1]).

E I 736 Abs 2 II 764 Abs 3; M 2 825; P 2 663.

1. Neben den Abweichungen von dem Regelsatze des § 426 in § 840 Abs 2 u. 3 bestimmt § 841 eine weitere für das innere Verhältnis eines nach § 839 aus der Verletzung seiner Amtspflicht ersatzpflichtigen Beamten zu einem Dritten, der für denselben Schaden verantwortlich ist. Die Ausnahme beschränkt sich auf eine bestimmte Beamtengruppe: solche **Beamte,** zu deren Amtskreise die **Bestellung anderer zur Geschäftsführung für einen Dritten** oder die **Beaufsichtigung einer solchen Geschäftsführung** oder die Mitwirkung dazu durch die **Genehmigung von Rechtsgeschäften** gehört. Darunter fällt in erster Linie der Vormundschaftsrichter, dann aber auch der Nachlaß-, Konkurs- und Vollstreckungsrichter. Wenn diese neben den von ihnen bestellten oder zu beaufsichtigenden Geschäftsführern (Vormund, Pfleger, Nachlaß-, Konkurs-, Zwangsverwalter) für denselben Schaden dem beschädigten Dritten, wenn auch nur in zweiter Linie (§ 839 Abs 1 Satz 2), verantwortlich sind, soll in ihrem inneren Verhältnis der Nichtbeamte den Schaden allein zu tragen haben (Vormundschafts-

richter und Gegenvormund RG 80, 252). Eine ähnliche Bestimmung trifft § 1833 Abs 2 zugunsten des Gegenvormundes oder Mitvormundes gegenüber dem Vormunde, dessen Geschäftsführung jene zu beaufsichtigen haben. Für alle nicht unter diese Ausnahmen fallenden Beamten gilt nach § 840 Abs 1 der Grundsatz des § 426.

§ 842

Die Verpflichtung zum Schadensersatze wegen einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung[1]) erstreckt sich auf die Nachteile, welche die Handlung für den Erwerb oder das Fortkommen des Verletzten herbeiführt[2]).

E II 765; P 2 635—637.

1. Die Bestimmung des § 842 ist nicht sowohl eine Erweiterung als eine Erläuterung des allgemeinen Grundsatzes über den Umfang eines zu leistenden Schadensersatzes in § 249 für seine Anwendung auf einen bestimmten Kreis von **Verpflichtungen zum Schadensersatze,** nämlich die **aus einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung.** Darunter fallen die Verletzungen von Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit nach § 823 Abs 1, ferner die u. H. der §§ 824, 825, aber auch diejenigen nach §§ 833, 834, 836—838, soweit eine Verletzung der Person in Frage kommt, und unter derselben Voraussetzung die Amtspflichtverletzungen nach § 839 (RG 91, 9; 94, 102), endlich diejenigen aus § 823 Abs 2, soweit das Schutzgesetz den Schutz der Person bezweckt. Auf das HaftpflG ist § 842 nicht anzuwenden, da dieses die Schadensersatzpflicht aus seinen Tatbeständen selbständig erschöpfend regelt und damit insoweit die Anwendung der allgemeinen Normen des BGB ausschließt (RG 57, 52). Dasselbe gilt vom KraftFahrG. Entsprechende Anwendung findet der Paragraph im Falle des § 618. Damit wird eine noch weitere entsprechende Anwendung des Grundgedankens des § 842 auf andere, nicht unmittelbar gegen die Person gerichtete, aber im Erfolge auf sie wirkende u. H. oder auf noch andere vertragliche Schadensersatzverpflichtungen keineswegs ausgeschlossen, die von der Auffassung aus, daß § 842 den allgemeineren § 249 nur für die Anwendung nach einer bestimmten Richtung entwickelt und erläutert, nicht von der Hand zu weisen ist (a. M. Staudinger A 1).

2. § 842 steht in enger Verbindung mit § 843, der hinsichtlich der **Nachteile für den Erwerb des Verletzten** die Art und Weise des zu leistenden Schadensersatzes des näheren bestimmt. Aus dieser engen Verbindung beider Vorschriften ergibt sich, daß die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit in § 843 nicht anders zu verstehen ist wie die Nachteile für den Erwerb in § 842: in beiden hat das Gesetz den besonderen wirklich erlittenen Nachteil im Auge, nicht einen ohne Rücksicht auf die bisherigen und künftigen Lebensverhältnisse des Verletzten aus allgemeiner Schätzung der Fähigkeiten zum Erwerbe gefundenen (sog. abstrakten) Schaden, der höher, aber auch geringer sein kann als der wirkliche (RG 63, 195; JW 08, 273[8]; 1910, 19[27]; 1911, 325[19]; LZ 1919, 367[4]; vgl. zu § 843 A 2a u. 3c). Dem Erwerbsschaden im allgemeinen fügt § 842 die **Nachteile für das Fortkommen des Verletzten** hinzu. Darunter sind die besonderen Vermögensschäden zu verstehen, die aus einer Erschwerung des Erwerbs und des wirtschaftlichen Fortschritts, aus Kreditentziehung, etwa auch Mindererlös eines durch die Verletzung nötig gewordenen Verkaufs des Geschäfts (RG 95, 173; JW 08, 455[23]), sowie Verlust der Anwartschaft auf die Leistungen aus der Angestelltenversicherung nach dem RGes. v. 20. 12. 11 (RGBl 989; RG JW 1916, 193[10]), bei Frauen aus der Verkümmerung der Heiratsaussichten (RG Warn 1912 Nr 256), sich ergeben. Aber die verschiedenen Leistungen, die aus der Verpflichtung zum Ersatze des Vermögensschadens aus derselben u. H. entspringen, sind nicht Gegenstand verschiedener Ansprüche, sondern Teile eines Schadensersatzanspruchs, der nach verschiedenen Richtungen sich erstreckte. Daraus ergibt sich, daß es nicht unzulässig ist, solange der vom Kläger verlangte Gesamtbetrag an gleichartigen Leistungen nicht überschritten wird, einzelne Posten zu seinem Vorteile zu erhöhen (RG JW 1910, 1007[22]; 1912, 147[28]; Warn 1914 Nr 9), und prozeßrechtlich, daß die Prüfung ihres Bestehens im einzelnen bei Erlaß eines Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs aus § 304 ZPO, sofern nur eine Schadenswirkung in der geltend gemachten Richtung überhaupt feststeht, dem Nachverfahren über den Betrag überlassen werden kann (RG 69, 296; JW 08, 455[23]). Vgl. § 843 A 2c.

§ 843

[1]) **Wird infolge einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit die Erwerbsfähigkeit des Verletzten aufgehoben oder gemindert oder tritt eine Vermehrung seiner Bedürfnisse ein[2]), so ist dem Verletzten durch Entrichtung einer Geldrente Schadensersatz zu leisten[3])[4]).**

Auf die Rente finden die Vorschriften des § 760 Anwendung[5]). Ob, in welcher Art und für welchen Betrag der Ersatzpflichtige Sicherheit zu leisten hat, bestimmt sich nach den Umständen[6]).

Statt der Rente kann der Verletzte eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[7]).

Der Anspruch wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat[8]).

E I 724, 726 II 766; M 2 784—795; P 2 627—631.

1. **Allgemeines.** Im Anschlusse an § 842 (vgl. § 842 A 2) bestimmt § 843 für die Fälle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit eines Menschen die Art und Weise des Schadensersatzes, soweit durch die Verletzung dauernde Nachteile für den Betroffenen entstanden sind. Daneben bestehen die Ersatzleistungen für vorübergehende Schäden und Aufwendungen, insbesondere für Heilungs- und Pflegekosten, die sich nach §§ 249 ff. bestimmen. Daß der Verletzte für Heilung und Pflege den erforderlichen Geldbetrag verlangen kann und sich nicht auf ein Erbieten der Herstellung einzulassen braucht, bestimmt § 249 Satz 2. Auch hinsichtlich der dauernden Nachteile setzt aber § 843 nicht eigentlich eine Ausnahme von den allgemeinen Vorschriften der §§ 249 ff. Denn die Rente, auf die nach § 843 regelmäßig zu erkennen ist, ist nur eine Form der Entschädigung in Geld (§ 251; vgl. RG 68, 429; 77, 213, Unterbrechung der Verjährung). Als die zur Ausgleichung von dauernden Nachteilen für die Erwerbstätigkeit des Verletzten oder einer dauernden Vermehrung seiner persönlichen Bedürfnisse geeignetste Form der Entschädigung soll die Rente in den Fällen der §§ 843—845 (vgl. auch § 7 HaftpflG) die Regel bilden, von der nur aus besonderen Gründen abgewichen werden darf. Die Zuerkennung einer Rente ist aber auch bei der Vertragshaftung, wenn die Vertragsverletzung dauernde Schäden für den Erwerb oder den Unterhalt des verletzten Vertragsgläubigers zur Folge hat, keineswegs ausgeschlossen. Deshalb ist, wenn für denselben Schaden mehrere Personen zum Teil aus einem Vertrage, zum Teil aus u. H. haften, eine einheitliche Festsetzung der Schadensansprüche nicht nur zulässig, sondern sogar geboten, die in Berücksichtigung der §§ 249 ff. u. 843 diejenige Form der Entschädigung auszusprechen hat, welche nach den Verhältnissen der Beteiligten als die geeignetste erscheint (RG 68, 429). Die Art der Entschädigung, ob Kapital ob Rente, steht jedoch nicht im freien Ermessen des Gerichts; die Festsetzung einer Rente ist nicht auf die Fälle der §§ 843—845 und der ähnlichen Bestimmungen des RHaftpflG und des KraftFahrG schlechthin beschränkt, aber doch nur da angebracht und zulässig, wo es sich um Schadensfolgen handelt, die ihrer Natur nach fortlaufend sich erneuern (RG a. a. O., ferner JW 1917, 713[10]; 1918, 86[5]). Für das Gebiet des HaftpflG trifft dieses in §§ 3a, 7, für dasjenige des KraftFahrG letzteres in §§ 11—13 selbständig dem § 843 entsprechende erschöpfende Bestimmungen; § 843 findet deshalb nicht Anwendung.

2. Die dauernden Nachteile für die Person des Verletzten, die aus einer Beschädigung des Körpers oder der Gesundheit hervorgehen, und für die § 843 als Form der Entschädigung für die Regel die Geldrente bestimmt, sind die **Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit und die Vermehrung der Bedürfnisse.**

a) Nach dem Wortlaute des § 843 ist für die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit dem Verletzten Schadensersatz zu leisten. Es wäre aber unrichtig, daraus den Schluß zu ziehen, daß es die allgemeine (abstrakte) Erwerbsfähigkeit sei, für die Entschädigung zu leisten ist, ohne Rücksicht darauf, ob der Verletzte von seiner Erwerbskraft vor der Verletzung Gebrauch gemacht hat und ohne die Verletzung jemals Gebrauch gemacht haben würde. Die Erwerbsfähigkeit ist allerdings das wirtschaftliche Gut, dessen Verlust oder Minderung zu ersetzen ist; der Erwerbsfähigkeit entspringt die Erwerbsquelle; aber Ersatz ist immer in dem Umfange zu leisten, als ein Schaden wirklich entstanden ist (RG 63, 195; 92, 57; JW 08 S. 273[8], 451[17]; 1910, 19[27]; 1911, 773[41]; Warn 08 Nr 169; 1911 Nr 387; LZ 1919, 367[4]; 14. 1. 07 VI 190/06). Daß dies der Sinn des § 843 ist, ergibt einmal der Zusammenhang mit § 842 (vgl. § 842 A 2), dann aber auch gerade die in § 843 vorgesehene Art und Weise der Entschädigung durch eine Rente, die die wirtschaftliche Einbuße des Verletzten infolge des Verlustes der Arbeitsrente ausgleicht, nicht aber das Kapital an Arbeitskraft ersetzt, das dem Verletzten verlorengegangen ist. Auch § 323 ZPO geht offenbar von dieser Auffassung aus. Über die Bedeutung der abweichenden Rechtsprechung des Reichsversicherungsamts bei Auslegung der Unfallversicherungsgesetze vgl. RG JW 08, 273[8] u. 1910, 19[27]. Immerhin aber ist es die Gestaltung der Zukunft, die § 843 im Auge hat. Es kommt deshalb nicht gerade darauf an, ob der Verletzte bis zu der Verletzung tatsächlich eine Erwerbstätigkeit ausgeübt und daraus einen Verdienst gezogen hat; entscheidend ist für die Zuerkennung und Bemessung der Entschädigung vielmehr, ob und wie der Verletzte ohne die Verletzung fernerhin seine Erwerbsfähigkeit ausgenützt und welchen Erwerb er daraus voraussichtlich und nach dem regelmäßigen Verlaufe der Dinge gezogen haben

würde. Der tatsächliche Erwerb, den der Verletzte vor der Verletzung ins Verdienen gebracht hat, bildet dafür nur einen mehr oder weniger wesentlichen Anhalt und den natürlichen Ausgangspunkt (RG 63, 195; JW 08, 273[8]; 1910, 19[27]; 1911, 584[26]; Warn 08 Nr 169; 17. 11. 04 VI 19/04; 2. 3. 05 VI 374/04; 14. 1. 07 VI 190/06; 25. 6. 08 VI 188/07). Demgemäß bleibt der **Rentner**, der ohne Arbeit von den Erträgnissen seines Vermögens lebt und der deshalb trotz des Verlustes der allgemeinen Erwerbsfähigkeit einen wirklichen Schaden nicht erleidet, für die Dauer dieser Lebensführung ohne Entschädigung für die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit (RG JW 08, 273[8]; 1910, 19[27]; Warn 1911 Nr 387); so bleibt auch eine verletzte **Ehefrau** nach dieser Richtung ohne Entschädigung, wenn sie für sich von ihrer Erwerbsfähigkeit keinen Gebrauch gemacht hat, sondern lediglich im Hauswesen und im Geschäfte des Mannes tätig war und dieses Verhältnis auch voraussichtlich fortgedauert haben würde (vgl. darüber § 845 A 4). Beide sind für den Fall, daß die Zukunft sie in die Lage bringen möchte, für ihren Erwerb selbst zu sorgen, auf den Weg der Feststellungsklage gewiesen (RG 47, 88; 63, 195; JW 05, 341[12]; 08, 273[8]; Warn 08 Nr 169; 09 Nr 507); soweit die Verhältnisse für den Eintritt dieses Falles zu überschauen sind, ist natürlich auch die Leistungsklage zulässig (RG JW 05, 341[12]). Das verletzte **Kind** ist noch nicht erwerbsfähig; wie es, nachdem es das erwerbsfähige Alter erreicht haben wird, seine Arbeitskraft verwerten wird und welche Einbuße es in seinem Erwerb und Fortkommen durch die Verletzung erleidet, ist der Regel nach für eine fernere Zukunft nicht zu überschauen, namentlich dann nicht, wenn es sich nicht um einen völligen Verlust, sondern nur um eine Minderung der Erwerbsfähigkeit als Folge der Verletzung handelt. Auch hier ist daher in den meisten Fällen der Weg der Feststellungsklage geboten (RG JW 06 S. 236[23], 359[21], 438[28], 718[19]; 17. 10. 04 VI 57/04; 6. 4. 05 VI 296/04); die Leistungsklage ist jedoch nicht ausgeschlossen und ist immer dann zulässig, wenn nur der gewöhnliche Durchschnittslohn für Hand-, Haus- oder Fabrikarbeit gefordert wird (RG JW 06 S. 236[23], 359[21]). Wer endlich nach der Verletzung seine bisherige Stellung mit der gleichen Arbeitsvergütung behalten hat, erleidet in seinem Erwerbe keinen Schaden (RG JW 08, 451[7]), es sei denn, daß er zwar zunächst in der bisherigen Stellung verblieben ist, aber das Aufhören dieses Verhältnisses zu erwarten steht. Zum Schaden aus der Minderung der Erwerbsfähigkeit gehört nicht nur der Verlust der unmittelbaren Bezüge für den Entgelt der Arbeit, sondern auch der Vergütungen, Provisionen und Anteile am Geschäftsgewinn, die mit Rücksicht auf die Arbeitsleistung gewährt werden (RG 92, 55).

b) Die Entschädigung für **Vermehrung der Bedürfnisse** begreift den Ausgleich der Nachteile, die dem Verletzten infolge dauernder Störung des körperlichen Wohlbefindens entstehen: die Kosten für bessere Verpflegung, die zur Herbeiführung einer Besserung oder zur Abwendung einer Verschlimmerung des körperlichen Zustandes erforderlichen Mehraufwendungen, die Kosten für Erholungskuren, bei Kindern unter Umständen für einen notwendig werdenden Privatunterricht; die Beschaffung und Erneuerung künstlicher Gliedmaßen. Die meisten dieser Aufwendungen gehören zu den Heilungskosten, wenn sie nur zeitweilig und vorübergehend erforderlich sind; sie begründen aber den Anspruch auf eine Rente wegen Vermehrung der Bedürfnisse, wenn der Folgezustand der Verletzung sich dauernd und regelmäßig nötig macht (RG JW 06, 438[28]; 07, 373[25]; 1914, 408[10]; Warn 1914 Nr 13).

c) Der Anspruch auf Entschädigung wegen Verlusts oder Minderung der Erwerbsfähigkeit und wegen Vermehrung der Bedürfnisse bilden nicht zwei verschiedene Schadensersatzansprüche; **die Rentenentschädigung des § 843 ist eine einheitliche**; bei ihrer Festsetzung ist auf beide Schadensrichtungen Rücksicht zu nehmen (RG 47, 405; 69, 296; 74, 131; JW 06 S. 236[23], 359[21], 718[19]; 1914, 408[10]; 14. 12. 12 VI 42/12). Da der Anspruch auf Entschädigung wegen Vermehrung der Bedürfnisse auch den Personen zusteht, die in ihrem Erwerbe einen Schaden nicht erlitten haben, dem beschäftigungslosen Rentner, der nicht selbst erwerbenden Ehefrau und den noch nicht erwerbsfähigen Kindern, so haben diese mit der Leistungsklage wegen Vermehrung der Bedürfnisse nicht notwendig eine Feststellungsklage wegen des etwaigen späteren Verlusts oder der Minderung der Erwerbsfähigkeit zu verbinden: soweit überhaupt eine Rente aus § 843, wenn auch nur wegen Vermehrung der Bedürfnisse zugesprochen wird, kann der spätere Eintritt eines Erwerbsschadens vielmehr nach § 323 ZPO geltend gemacht werden. Aus der Einheitlichkeit der Rente ergibt sich einmal, daß keine spätere Herabsetzung der Rente nach § 323 ZPO gefordert werden kann, wenn die Erwerbsverhältnisse sich verbessert, die Bedürfnisse aber auch sich entsprechend vermehrt haben (RG 74, 131), wie umgekehrt keine Erhöhung der Rente. Vgl A 2 zu § 842.

3. Dem Verletzten ist **durch Entrichtung einer Geldrente** Schadensersatz zu leisten. Die Rente des § 843 ist also:

a) ein **besonders gearteter Schadensersatz**, eine Form der Entschädigung in Geld (§ 251; s. oben A 1). Wegen der Ähnlichkeit mit dem Unterhaltsanspruche, nicht dem Ursprunge, aber dem Zwecke nach, ist sie hinsichtlich der vorläufigen Vollstreckbarkeit des auf ihre Leistung ergehenden Urteils (§ 708 Nr 6 ZPO), hinsichtlich der Pfändbarkeit (§ 850 Abs 3 ZPO) und hinsichtlich der Wertbehandlung im Prozesse (§ 9a GKG) den Unterhaltsansprüchen

in gewissem Maße gleichgestellt, in § 708 Nr 6 ZPO und § 9a GKG überhaupt, in § 850 Abs 3 ZPO insoweit, als die Pfändung des Rentenanspruchs der Höhe nach beschränkt ist (vgl. dazu **RG** 52, 49).

b) Die Rente des § 843 ist Schadensersatz für aus vergangener Ursache in der Zukunft zu erwartende Nachteile. Deshalb sind für die Festsetzung der Rente die körperlichen wie die Berufs- und Erwerbsverhältnisse des Verletzten, wie sie sich ohne die Verletzung in der Zukunft gestaltet haben würden und wie sie sich nunmehr nach der Verletzung voraussichtlich entwickeln werden, ins Auge zu fassen, soweit sie zu übersehen sind (**RG** JW 1911, 584[26]). Die Bestimmung des § 323 ZPO sieht zwar einen Weg vor, auf dem eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, die für die Verurteilung zur Entrichtung von Leistungen zur Zeit des Urteilserlasses maßgebend waren, von seiten des Verletzten wie des Ersatzpflichtigen zur Anerkennung gebracht werden kann (vgl. A 2c). Aus Sinn und Zweck dieser Vorschrift ergibt sich aber, daß der nach der allgemeinen Erfahrung unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse, der Anlagen und Aussichten des Verletzten zu erwartende Lauf der Dinge zunächst zur Grundlage der Entscheidung gemacht werden muß. Eine abweichende Entwicklung wird dann den Anstoß zu einer Klage nach § 323 ZPO geben (**RG** 63, 195; 83, 65; 86 S. 181 u. 377; JW 05, 283[4]; 1913, 272[13]; 1914, 358[10]; 1917, 604[15]; Warn 08 Nr 169; 1913 Nr 143 u. 292; 1914 Nr 32; 1916 Nr 203; 1917 Nr 26; 1919 Nr 79). S. darüber des näheren A 4c. Den Ausgangspunkt für die Bemessung der Rente bieten (vgl. A 2a) die Verhältnisse zur Zeit der Verletzung; sie sind der Regel nach zugrunde zu legen, sofern sie sich nicht als nur vorübergehend und deshalb für die Gestaltung der Zukunft nicht maßgebend darstellen (**RG** Warn 1913 Nr 56). Der Verletzte, der von seiner Arbeitskraft bisher keinen Gebrauch gemacht hat und eine Rente wegen Minderung der Erwerbsfähigkeit fordert, muß dartun, daß er jene in Zukunft verwertet haben würde, wie umgekehrt, wenn der Verletzte vorher einen Erwerb gezogen hat, der den Anspruch bestreitende Ersatzpflichtige nachweisen mag, daß der Verletzte in Zukunft auch ohne die Verletzung wenig oder nichts verdient haben würde (**RG** JW 1911, 584[26]; Warn 08 Nr 169; 1913 Nr 56). Über den Einwand des Ersatzpflichtigen, ohne den Unfall würde der Verletzte zum Kriegsdienst eingezogen worden und um seinen Erwerb gekommen sein, vgl. **RG** 95 S. 1, 66 u. 87. Vor allem muß, soweit es sich um die Entschädigung für Verlust oder Minderung der Erwerbsfähigkeit handelt, der natürliche und regelmäßige Gang der Dinge dahin zur Erwägung gezogen werden, ob der Verletzte ohne die Verletzung in der Lage gewesen sein würde, bis in das hohe Greisenalter seine Arbeitskraft zu verwerten, und es muß, wo dies nicht anzunehmen ist, für die Dauer der Rente eine Altersgrenze festgesetzt werden (**RG** 63, 195; 98, 222; JW 05 S. 283[4], 493[19]; 06 S. 308[13], 548[15]; 09 S. 271[4], 686[10]; 1910 S. 65[14], 471[9], 812[29] u. [30]; 1911, 325[19]; Warn 08 Nr 57; 1913 Nr 141; Gruch 50, 673). Eine Rente wegen Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit auf die ganze Lebenszeit ist nur zuzuerkennen, wenn nach den persönlichen und Berufsverhältnissen des Beschädigten eine Erwerbstätigkeit bis ins hohe Greisenalter mit Zuverlässigkeit angenommen werden kann, was insbesondere bei geistiger Berufstätigkeit vielfach zutrifft (**RG** JW 05, 493[19]; 06 S. 308[13] u. 548[15]; 08, 140[10] u. [11]; 1910, 812[30]; 9. 11. 03 VI 120/03 Hausdame; 3. 12. 06 VI 127/06 Arzt), sowie wenn die Beschädigung den noch rüstigen, arbeits- und erwerbsfähigen Verletzten erst im hohen Alter traf (**RG** Warn 08 Nr 57). Eine Bemessung der Rente als Bruchteil einer Gesamtvergütung für die Minderung der Erwerbsfähigkeit dergestalt, daß sie für die ganze Lebenszeit, aber in geringerem Jahresbetrage festgesetzt wird, ist nicht unzulässig (**RG** JW 08, 140[11]), aber wegen der damit möglicherweise verbundenen Unbilligkeit kaum zu empfehlen. Für die Feststellung der Schadensfolgen in der Erwerbsfähigkeit des Verletzten und deren Abänderungen nach § 323 ZPO im Prozesse gilt überall § 287 ZPO (**RG** 83, 65).

c) Die Rente des § 843 ist, wie in A 2 ausgeführt wurde, soweit die Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit in Betracht kommt, zwar Schadensersatz für den Verlust der Arbeitskraft, aber im Rahmen des nach den Verhältnissen anzunehmenden wirklichen wirtschaftlichen Nachteils, der den Verletzten infolge der schädigenden Handlung getroffen hat. Eine Geldrente wegen Verlusts der Erwerbsfähigkeit ist dem Verletzten nicht zuzubilligen, wenn er keinen Schaden erlitten hat. Bei einem selbständigen Kaufmann, Gewerbetreibenden oder Landwirt kommt in Frage, wieweit für den wirtschaftlichen Ertrag seines Unternehmens die aufgehobene oder verminderte persönliche Arbeitskraft in Ansatz zu bringen ist. Unter Umständen ist seine persönliche Tätigkeit durch Annahme einer Hilfsperson zu ersetzen, und in diesem Falle ist die Rentenentschädigung auf den notwendigen Aufwand für die Hilfsperson zu beschränken (**RG** 19. 3. 06 VI 257/05; 23. 5. 06 VI 370/05). Kamen einem beschädigten Ehemanne beim Betriebe des Erwerbsgeschäfts, das er infolge der Verletzung aufgeben muß, Dienste der Ehefrau oder der Kinder zustatten, die die Geschäftsunkosten verringerten, so ist dies bei der Festsetzung der Rente zu berücksichtigen; es können ihm nicht Geschäftsunkosten belastet werden, die er nicht gehabt hat (**RG** JW 1911, 773[41]). Der Umstand, daß das Erwerbsgeschäft nach außen auf den Namen der Ehefrau betrieben und versteuert wurde, ist gleichgültig,

wenn festgestellt ist, daß in Wirklichkeit der beschädigte Ehemann das Geschäft betrieben hat (RG JW 1912, 32[16]). Ob ein Berufswechsel dem Verletzten angesonnen werden kann, um den ihm nach der Verletzung verbleibenden Teil seiner Arbeitskraft ertragsfähig zu machen, hat sich nach den Umständen (Alter, Berufsart) zu richten; Sache des Ersatzpflichtigen ist es der Regel nach, nachzuweisen, daß der Verletzte einen andern ihm zuzumutenden Erwerb finden kann; falls der vorgeschlagene neue Beruf eine neue Ausbildung erheischt, hat er ihm die Mittel hierzu zur Verfügung zu stellen (RG 53, 48; JW 09, 495[18]; 1912, 597[20]; LZ 1918, 691[1]). Ist die Beschädigte eine Ehefrau, so ist dabei auch zu berücksichtigen, daß sie die eheliche Wirtschaft zu führen verpflichtet ist und nicht einem Erwerbe nachgehen kann, der sie den ganzen Tag vom Hause fernhält (RG JW 1912, 597[20]). Der nach § 843 dem Beschädigten zu ersetzende Erwerbsverlust muß nicht notwendig dem von den Ärzten festgesetzten Prozentsatz der Minderung der Erwerbsfähigkeit entsprechen. Es kommt darauf an, ob und wieweit der Beschädigte von dem ihm verbliebenen Reste körperlicher Arbeitskraft in seiner bisherigen oder in einer ihm zuzumutenden andern Erwerbstätigkeit noch Gebrauch machen kann (RG JW 1911, 325[19]). Bei einem durch die Verletzung dienstunfähig gewordenen Beamten ist für die Ermittlung der Rente auch das normale gesetzliche Ruhegehalt, das er ohne die Verletzung später bezogen haben würde, zu berücksichtigen (RG JW 1910, 471[9]).

d) Auf die nach § 843 dem Verletzten zuzuerkennende Rente sind die ihm etwa freiwillig oder auf Grund einstweiliger Verfügungen zur vorläufigen Befriedigung seiner Ansprüche gemachten Leistungen anzurechnen (RG 69, 296; 14. 12. 12 VI 42/12). Anzurechnen sind ferner nach dem Grundsatze der Ausgleichung von Vorteil und Nachteil die dem Verletzten infolge des Verlusts oder der Minderung der Erwerbsfähigkeit anderweit zukommenden Geldleistungen. Dahin gehören die Rentenleistungen der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Invaliditätsversicherung (RG 64, 350; JW 06 S. 172[18], 686[7]); das gesetzliche Ruhegeld eines Beamten, das als ein Teil des Gehalts anzusehen ist und deshalb in seiner Höhe einen Schaden überhaupt nicht entstehen läßt (RG 64, 350; 82, 192), auch die aus einer vertraglichen Unfallversicherung, die der Arbeitgeber zugunsten seiner Arbeiter genommen hat, einem verletzten Arbeiter zugewendeten Versicherungsleistungen, die gleichfalls als eine Form der Entlohnung der Arbeitsdienste erscheinen (RG 70, 101). Dagegen sind nicht anzurechnen die aus vertraglichem Boden entspringenden Leistungen von Unfallversicherungsanstalten oder Knappschaftskassen, auf die der Verletzte durch die vertraglichen oder satzungsmäßigen Gegenleistungen ein eigenes Recht erworben hat (RG a. a. O.; 68, 45; 69, 188 u. 196; Warn 1910 Nr 418; 5. 10. 12 VI 118/12). Soweit Ruhegelder, Unfallrenten und ähnliche Leistungen auf die Entschädigungsrente des § 843 anzurechnen sind, ist bei Verteilung des Schadens gemäß § 254 selbstverständlich ihr ganzer Betrag von dem zuerkannten Bruchteile der Entschädigung in Abzug zu bringen (RG 62, 148; JW 09, 471[42]).

4. Prozeßrechtliches. a) Die Leistungsklage auf die Rente des § 843 kann nur erhoben werden (§ 258 ZPO), wenn der zukünftige körperliche Zustand und die zukünftigen Erwerbsverhältnisse des Verletzten sich mit solcher Wahrscheinlichkeit übersehen lassen, wie sie für die Gewinnung einer richterlichen Überzeugung genügt. Sind die Schadenswirkungen noch nicht abgeschlossen, die Einflüsse der Verletzung auf das körperliche Wohlbefinden und auf die Erwerbsverhältnisse der Verletzten noch in der Entwicklung begriffen oder gewisse nachteilige Wirkungen erst in einer ferneren Zukunft zu erwarten (vgl. oben A 2), so ist anstatt der Leistungsklage die Feststellungsklage (§ 256 ZPO) der gebotene Weg für den Verletzten, seinen Schadensersatzanspruch zunächst grundsätzlich geltend zu machen. Wo die Feststellungsklage hinsichtlich des möglichen zukünftigen Schadens allein angängig ist, kann sie auch auf denjenigen Teil des Schadens mit erstreckt werden, welcher an sich schon mit der Leistungsklage gefordert werden könnte (RG JW 08, 685[21]; Warn 1911 Nr 179; Gruch 48, 1102). Die Feststellungsklage kann erhoben werden, wenn eine Vermögensbeschädigung als Folge der Verletzung auch nur möglich erscheint (RG JW 06, 16[14]); sie ist aber ohne besondere Begründung des Feststellungsinteresses nicht zulässig, wenn die Leistungsklage nach allen Richtungen des Schadens bereits angestellt werden kann (RG 19. 9. 07 IV 3/07). Von der Feststellungsklage kann im Laufe des Rechtsstreits zur Leistungsklage übergegangen werden und umgekehrt (RG 23, 416; Warn 09 Nr 44).

b) Die Leistungsklage, die der Regel nach die Forderung einer Rente in bestimmter Höhe und auf bestimmte Zeit, auf die Lebensdauer des Verletzten oder bis zu einer Altersgrenze, bei noch nicht erwerbsfähigen Personen auch von einem bestimmten späteren Zeitpunkt an, zu enthalten hat, kann zulässigerweise auch in der Art erhoben werden, daß die Rente in das richterliche Ermessen gestellt wird (RG JW 09, 495[18]), oder daß die Rente auf solange gefordert wird, als Kläger in dem Maße wie zur Zeit erwerbsunfähig sein wird (RG JW 08, 140[11]).

c) Über die Bedeutung des § 323 ZPO für den Rentenanspruch aus § 843 ist in A 3b gehandelt. Bei Zuerkennung des Schadensersatzes in der Form eines Kapitals (Abs 3)

ist § 323 nicht anwendbar (RG 73, 418). § 323 ist auch nicht anwendbar, wenn lediglich ein Feststellungsurteil ergangen ist (RG 74, 121). Zur Verwirklichung des festgestellten Anspruchs muß der Verletzte nach Eintritt des Schadens oder wenigstens, nachdem dessen Überblick möglich geworden ist, die Leistungsklage erheben, der gegenüber der Ersatzpflichtige die nach dem Erlaß des Feststellungsurteils etwa eingetretenen Veränderungen in dem Zustande des Verletzten geltend zu machen in der Lage, aber auch genötigt ist (RG 30. 5. 10 VI 268/09). Nach dem klaren Wortlaute des § 323 ZPO ist die Abänderungsklage nicht gegeben, wenn nicht eine Verurteilung, sondern die Abweisung der auf Rentenleistungen erhobenen Schadensersatzklage ausgesprochen war; hier kann nur eine neue Klage helfen, soweit sie noch zulässig ist. Die Verurteilung kann dagegen durch ein Anerkenntnis des Ersatzpflichtigen ersetzt werden (RG 73, 131), und durch RGes. v. 13. 8. 19 (RGBl 1448) ist die Bestimmung des § 323 ZPO auch auf die Vollstreckungstitel des § 794 Nr 1, 2, 5 ZPO ausgedehnt worden. Die Abänderungsklage setzt die Rechtskraft der früheren Entscheidung voraus (RG 47, 405; Warn 1913 Nr 123); die nach Erlaß eines rechtskräftigen Zwischenurteils über den Grund des Anspruchs eingetretenen veränderten Umstände, die in Anwendung des § 323 ZPO die Abänderungsklage rechtfertigen würden, können und müssen in dem Verfahren über den Betrag noch geltend gemacht werden; denn das Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs ist, wenn es auch selbständig anfechtbar ist, doch nur gleich dem Zwischenurteil nach § 303 ein Element der Endentscheidung (RG 86, 181; 89, 117; Warn 1913 Nr 123). Die Einheitlichkeit der Rente ist auch für die Abänderungsklage nach § 323 ZPO festzuhalten (vgl. A 2c). Für die Abänderung bildet nach § 323 Abs 3 der Zeitpunkt der Klagerhebung die Anfangsgrenze; dieser Zeitpunkt bleibt maßgebend, auch wenn in Anpassung an die Beweisaufnahme der Antrag im Laufe des Verfahrens erhöht wird (RG 75, 24). Die Verjährungsfrist für den Anspruch aus der u. H. gilt auch für Erhöhungen des Schadensersatzes, die mit der Klage aus § 323 ZPO verfolgt werden; die Verjährung beginnt also nach § 852 erst mit dem Zeitpunkte, in dem die wesentliche Änderung der Verhältnisse dem Verletzten bekannt geworden ist (RG 86 S. 181 u. 384); handelt es sich um einen nach dem RHaftpflG zu beurteilenden Schaden, so hat die Verjährung mit dem Eintritt der Veränderung begonnen (RG JW 06, 767[39]; Warn 1913 Nr 4; a. M. über die ganze Frage Oertmann, ArchZivPrax 109, 318 u. a.). Die Abänderungsklage eröffnet nicht von neuem den früheren Rechtsstreit; sie ist eine neue selbständige Klage, mit der ein neuer selbständiger Tatbestand geltend gemacht wird; sie folgt auch hinsichtlich des Gerichtsstandes den allgemeinen Regeln (RG JW 1911, 548[22]). Sachlich ist sie nicht nur gegeben für Veränderungen in der Höhe der Rente, sondern auch in deren Dauer (RG 86, 377; Warn 1919 Nr 79). Über Einzelanwendungen der Bestimmung vgl. RG 68, 352 (Besserung des Zustandes des Beschädigten, die hätte eintreten müssen, aber infolge eigenen Verschuldens des Verletzten nicht eingetreten ist); JW 06, S. 767[39] u. 768[40] (Erhöhung des Diensteinkommens der Beamtenklasse eines verletzten Beamten); JW 09, 194[14] (nachträglich eingetretene Änderung); JW 1911, 658[35] (neuer Unfall); JW 1912, 594[15] u. 1917, 604[15] (Verheiratung der verletzten Frauensperson); RG 95 S. 66 u. 87 (Umwandlungsklage des Ersatzpflichtigen, weil der Unfall den Verletzten vom Kriegsdienste und dessen Gefahr befreit habe); JW 1918, 220[10] (Notwendigkeit des ursächlichen Zusammenhangs der Veränderung der Verhältnisse mit dem Unfall).

d) Die Rechtsprechung der Land- und Oberlandesgerichte macht von der prozeßrechtlichen Möglichkeit, über Grund und Betrag des Schadensersatzanspruchs aus den §§ 843 bis 845 nach § 304 ZPO gesondert zu entscheiden, was an sich nur bei besonderen Schwierigkeiten der Rechtslage oder bei der Notwendigkeit einer umfangreichen Beweisaufnahme über die Höhe des Schadens zweckmäßig ist, einen reichlichen Gebrauch. Der Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO setzt der Regel nach voraus, daß eine Leistungsklage und in dieser ein der Höhe nach bestimmter Anspruch antragsgerecht erhoben oder wenigstens, wenn der Antrag die Entscheidung über die Höhe in das richterliche Ermessen stellt, im Klagevortrage behauptet wird; nur dann kann davon die Rede sein, daß der Anspruch nach Grund und Betrag streitig ist (RG 58, 39; JW 05, 178[24]; 06, S. 313[20] u. [22], 339[22], 570[42], 718[19]; 1912, 78[21]; Warn 1913 Nr 340). Aber auch für eine Feststellungsklage ist der Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO nicht grundsätzlich ausgeschlossen, sofern nur der Anspruch, dessen Feststellung begehrt wird, beziffert oder doch bestimmt auch der Höhe nach in seinem Gegenstande gekennzeichnet ist, und die Feststellungsklage erkennbar das Ziel verfolgt, auch einen Betrag zur Feststellung zu bringen (RG 93, 152; Warn 1913 Nr 340; 1915 Nr 124). Das Zwischenurteil über den Grund des Anspruchs muß den Schadensersatzanspruch selbst seinem Bestande nach außer Zweifel stellen und deshalb alle den Anspruch selbst treffenden Einwendungen erledigen (RG Warn 1911 Nr 387; 1919 Nr 78 u. 196). Deshalb muß es darüber Entscheidung treffen, ob ein mitwirkendes Verschulden des Verletzten anzunehmen ist und in welchem Umfange (Quote) dieses den Schadensersatzanspruch des Beschädigten aufhebt (RG 53, 117; JW 04 S. 211[25], 448[2] u. [3]; 05, 645[13]; 07, 199[2]; 08, 558[22]). Neuere Entscheidungen haben es für zulässig erklärt, die Prüfung dieser Frage durch einen Vorbehalt im

Grundurteile dem Nachverfahren zu überlassen; so RG JW 1915, 148[15]; Warn 09 Nr 128; 1910 Nr 222 u. 477. Das ist dann zu billigen, wenn außer Zweifel ist, daß das mitwirkende Verschulden des Verletzten nicht seinen ganzen Anspruch aufzehrt; so insbesondere, wenn es sich nicht um ein mitwirkendes Verschulden bei der Entstehung des Schadens (§ 254 Abs 1), sondern um die schuldhafte Unterlassung seiner Minderung handelt (RG 81, 269). Ist der Vorbehalt nicht gemacht, so ist die Einrede aus § 254 BGB im Nachverfahren nicht mehr zulässig (RG JW 1915, 148[15]). Das Zwischenurteil muß ferner Aufrechnungseinreden erledigen, und zwar selbst dann, wenn sie den Klageanspruch nur teilweise aufzehren (RG JW 1917, 815[8]; Warn 1916 Nr 223; 1919 Nr 196); im Nachverfahren sind solche nur zulässig, wenn sie erst nach Erlaß des Zwischenurteils entstanden sind (RG Warn 1915 Nr 36 u. 280), oder wenn das Zwischenurteil einen Vorbehalt ausspricht (RG Warn 1915 Nr 280). Ebenso muß das Zwischenurteil darüber Entscheidung treffen, ob von dem eingeklagten Anspruche Ruhegelder oder Unfallrenten abzuziehen sind und der entsprechende Teil des Schadensersatzanspruchs des Verletzten auf eine öffentlichrechtliche Versicherungsanstalt (Berufsgenossenschaft, Krankenkasse, Invalidenversicherungsanstalt) oder auf den Staat (Fürsorgegesetze) gesetzlich übergegangen ist, weil insoweit der Anspruch des Verletzten nicht mehr besteht (RG 62, 337; JW 06 S. 172[18], 686[7]; 08, 451[17]; Warn 08 Nr 413); im Nachverfahren kann dieser Übergang nur dann noch berücksichtigt werden, wenn beide Teile einverstanden sind (RG 28. 1. 07 VI 166/06) oder wenn das Zwischenurteil die Entscheidung darüber erkennbarerweise dem Nachverfahren vorbehalten hat, was angängig ist, wenn der dem Grunde nach für gerechtfertigt erachtete Anspruch die abzuziehenden Beträge übersteigt. Das Zwischenurteil muß endlich darüber Entscheidung treffen, sofern eine Rente auf Lebenszeit verlangt ist, ob dieser Anspruch für begründet zu erachten oder eine Altersgrenze zu setzen ist (RG 64, 33; 98, 222; JW 08, 109[7]). Auch hier kann aber die ziffermäßige Altersbegrenzung entweder in der Weise, daß zunächst eine Höchstdauer der Rente festgesetzt wird (RG Warn 08 Nr 677) oder überhaupt dem Verfahren über den Betrag vorbehalten werden (RG JW 06, 710[5]; 07, 366[14]; 08, 107[7]; 09, 316[16]; Warn 1913 Nr 123; 1914 Nr 32). Ebenso kann die Bestimmung des Zeitpunkts für den Beginn des Rentenanspruchs dem Nachverfahren überlassen werden (RG JW 04, 575[7]). In welchem Verfahren die Entscheidungen nach Abs 2 Satz 2 und Abs 3 zu treffen sind, darüber vgl. unten A 6 u. 7. Über die rechtliche Natur des Zwischenurteils nach § 304 ZPO s. oben unter 4c.

5. Die **Vorschriften des § 760** für die Leibrente, die auf die Rente nach § 843 entsprechend anzuwenden sind, bestimmen, daß die Rente im voraus in dreimonatlichen Zeitabschnitten zu entrichten ist, und daß dem Berechtigten der volle Betrag des Rententeiles gebührt, wenn er den Beginn des Zeitabschnitts erlebt hat, für den die Rente zu entrichten ist. Diese Bestimmungen des § 760 sind für die Leibrente nachgiebigen Rechtes. Für die entsprechende Anwendung auf die Rente des § 843 gilt dies nicht; der Richter ist an die Vorschrift gebunden; er darf nicht andere Zahlungsabschnitte festsetzen und nicht statt der Vorauszahlung Nachzahlung anordnen; ein Ermessen besteht in dieser Beziehung nicht; es würde der gesetzlichen Regel ihren Wert nehmen (RG 69, 296).

6. Eine **Sicherheitsleistung** durch den Ersatzpflichtigen kann nach § 843 Abs 2 Satz 2 nicht schlechthin gefordert werden; es ist dem freien Ermessen des Gerichts überlassen, je nach den Umständen zu bestimmen, sowohl ob, als in welcher Weise und für welchen Betrag eine Sicherheit zu leisten ist. Die Art der Sicherheitsleistung hat sich aber in den Grenzen der gesetzlichen Sicherheitsarten der §§ 232—240 zu halten (RG JW 06, 438[28]). Die Prüfung, ob eine Sicherheitsleistung angebracht ist, hängt wesentlich von der Höhe der zuerkannten Entschädigung ab; eine Sicherheitsleistung kann deshalb in Verbindung mit einer Feststellungsklage überhaupt nicht gefordert werden (RG 60, 416), und die Entscheidung darüber gehört, wenn sie bei einer Leistungsklage in Frage kommt, bei Scheidung des Verfahrens über Grund und Betrag des Schadensersatzanspruchs in das Nachverfahren (RG 10. 12. 06 VI 189/06). Nach Erlaß des Urteils, in dem eine Sicherheitsleistung nicht vorgesehen war, kann der Verletzte eine solche verlangen bei Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Ersatzpflichtigen, unter der gleichen Voraussetzung auch auf Erhöhung der angeordneten Sicherheit antragen (§ 324 ZPO).

7. Anstatt der Geldrente kann nach Abs 3 der Verletzte **eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.** Als wichtiger Grund kann besonders die Schwierigkeit der Erhebung und Beitreibung des Rentenanspruchs gegen den im Auslande wohnenden oder seinen Wohnsitz oft verlegenden Ersatzpflichtigen in Betracht kommen. Als wichtiger Grund ist es aber auch angesehen worden, daß nach dem Gutachten der Ärzte eine einmalige Abfindung von günstigem Einfluß auf den Zustand des Verletzten sein würde (RG 73, 418; JW 09, 137[14]). Über die einheitliche Entscheidung, ob Kapital oder Rente zuzusprechen sei, in dem Falle, daß neben dem aus u. H. Ersatzverpflichteten ein anderer wegen Verletzung einer Vertragspflicht für denselben Schaden verantwortlich ist, vgl. oben A 1. Die Entscheidung, ob statt der Rente dem Verletzten ein Kapital zuzusprechen sei, gehört bei Scheidung

des Verfahrens über Grund und Betrag des Anspruchs grundsätzlich in das erstere (RG JW 06 S. 359[21], 686[7]; 07, 388[5]; 1911, 185[13]; Warn 08 Nr 634; 1911 Nr 292; 1913 Nr 177). Die Entscheidung kann aber auch aus Zweckmäßigkeitsgründen, insbesondere wenn die Feststellung der Höhe für die Wahl der Entschädigungsart von maßgebender Bedeutung ist, durch erkennbaren Vorbehalt dem Nachverfahren überlassen werden (RG JW 1911, 185[13]; Warn 08 Nr 634; 1911 Nr 292; 1913 Nr 177; 1914 Nr 134). Gegenüber einer Kapitalabfindung ist die Abänderungsklage des § 323 ZPO ausgeschlossen (RG 73, 418).

8. Abs 4 enthält in der Bestimmung, daß **der Anspruch gemäß § 843 nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat,** eine Vorschrift von grundsätzlicher Bedeutung, die sich nicht nur auf die Rente, sondern auch auf die Heilungskosten erstreckt (RG 47, 211; 65, 162; JW 1911, 774[42]; 1913, 1147[4]; Warn 08 Nr 635; 1919, 195). Für den Rentenanspruch ist sie vorwiegend von Bedeutung bei den Ersatzansprüchen von unterhaltsberechtigten Abkömmlingen und Eltern, nicht bei denen der Ehefrau, weil der letzteren, soweit sie nur im Hauswesen oder im Geschäfte des Ehemanns tätig war, ein Erwerbsschaden nicht entstanden ist (vgl. § 845 A 4); nur für die Entschädigung wegen Vermehrung der Bedürfnisse und wegen der Heilungskosten kommt auch hier Abs 4 des § 843 in Betracht (RG Warn 1915 Nr 208 gütergemeinschaftliche Ehefrau). Daß der Unterhaltsberechtigte die Heilungskosten oder sonstige Aufwendungen bereits aus eigenen Mitteln bestritten hat, schließt die Anwendung des Abs 4 nicht aus (RG a. a. O.). Ein Ersatzanspruch des Unterhaltspflichtigen, der den Aufwand getragen hat, gegen den Schädiger kann aus dem rechtlichen Gesichtspunkte der auftragslosen Geschäftsführung gegeben sein, wenn der Unterhaltspflichtige von der Schädigung Kenntnis hatte und mit dem Vorsatze handelte, seinen Aufwand dem Schädiger in Rechnung zu stellen; der Ersatzanspruch kann weiter auch aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen Befreiung des Schädigers von seiner Schuld hergeleitet werden (RG 47, 211 u. 65, 162; JW 09, 137[15]; 1910 S. 389[6] u. 811[28]; Warn 09 Nr 86; 1914 Nr 13). Wegen erst künftig zu machender Aufwendungen kann selbstverständlich ein Anspruch aus dem Rechtsgrunde der Geschäftsführung oder der Bereicherung nicht erhoben werden (RG 84, 390; JW 1910, 811[28]; LZ 1918, 209[9]; 1919, 695[8]). Gegen eine doppelte Anforderung schützt den Schädiger die gemeinschaftliche Klage des Verletzten und des Unterhaltspflichtigen (vgl RG LZ 1919, 695[8]).

§ 844

[1]) Im Falle der Tötung[2]) hat der Ersatzpflichtige die Kosten der Beerdigung demjenigen zu ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen[3]).

Stand der Getötete zur Zeit der Verletzung zu einem Dritten in einem Verhältnisse, vermöge dessen er diesem gegenüber kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder unterhaltspflichtig werden konnte[4]), und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen[5]), so hat der Ersatzpflichtige dem Dritten durch Entrichtung einer Geldrente insoweit Schadensersatz zu leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde[6]); die Vorschriften des § 843 Abs 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung[7]). Die Ersatzpflicht tritt auch dann ein, wenn der Dritte zur Zeit der Verletzung erzeugt, aber noch nicht geboren war[4]).

E I 722, 723 II 767; M 2 766—784; P 2 612—627.

1. **Allgemeines zu den §§ 844 u. 845.** Die §§ 844 u. 845 bestimmen die Voraussetzungen, unter denen das BGB einen Ersatzanspruch dritter Personen, die infolge der Verletzung einer andern Person einen Schaden erlitten haben, anerkennt. Während § 845 eine eigentliche Ausnahme von dem Grundsatze enthält, daß nur der unmittelbar Verletzte aus der u. H. ersatzberechtigt ist (vgl. § 823 A 11), kann davon für § 844 in Wirklichkeit nicht gesprochen werden. Denn durch die Tötung einer Person kann dieser selbst ein Schaden nicht mehr zugefügt werden (vgl. RG 55, 24). Wenn ihr selbst bei nicht sofort eintretendem Tode noch Vermögensnachteile aus der tödlichen Verletzung entstehen, so können diese nicht als Folgen der Tötung, sondern nur als solche einer körperlichen Verletzung angesehen werden, die nachmals den Tod des Verletzten herbeiführte, dadurch neben dem unmittelbar Verletzten die in § 844 bezeichneten Personen schädigte und ihnen deshalb die Ansprüche des § 844 gibt. Die Ansprüche der §§ 844 u. 845 sind selbständiger Natur und entstehen nicht erst in der Person des unmittelbar Verletzten, von der sie dann auf die Hinterbliebenen des § 844 oder die Ersatzberechtigten des § 845 übergingen (RG 55, 24; 69, 186). Gleichwohl sind die Ansprüche aus

§§ 844, 845 ihrer Entstehung nach abhängig von dem Verhalten des unmittelbar Verletzten und sie kommen nicht zur Entstehung, wenn ein Schadensersatzanspruch auch dem unmittelbar Verletzten nicht entstanden sein würde, sofern er der Beschädigte wäre. Hinsichtlich des eigenen mitwirkenden Verschuldens des unmittelbar Verletzten spricht dies § 846 ausdrücklich aus. Auch der Ausschluß der Haftung durch Vertrag, insbesondere der Tierhalterhaftung (Vorbem 4b vor § 823; § 833 A 7), beseitigt deshalb die Ansprüche der mittelbar Ersatzberechtigten, namentlich der Hinterbliebenen nach § 844 (**RG** 65, 313; 69, 186). Vergleiche und Verzichte, die der Getötete nach der Verletzung mit dem Schädiger über die Ansprüche aus der Verletzung abschließt, binden dagegen die nach §§ 844, 845 Berechtigten nicht; hier tritt die Selbständigkeit ihrer Ansprüche zutage. Die §§ 844 u. 845 gelten nur für das Gebiet der u. H.; mit der Vertragsklage können, abgesehen von § 618, Ansprüche daraus nicht erhoben werden (**RG** JW 07, 710[18]; 08 S. 9[9] u. 449[14]; 1910, 112[13]; Gruch 51, 380). Eine Ausdehnung auf andere durch den Tod oder die Verletzung einer Person geschädigten Personen, als die in §§ 844, 845 bezeichneten, und auf andere Schäden dieser Personen findet nicht statt. So kann auch die Witwe nicht einen Schadensersatzanspruch daraus herleiten, daß auf sie infolge des Todes ihres Ehemanns die Unterhaltspflicht gegen die gemeinschaftlichen Kinder übergegangen ist (**RG** 64 S. 344, 350; JW 07, 388[5]; 1911, 185[13]). Die Bestimmung des § 829 ist auch auf die Ansprüche aus §§ 844 u. 845 anwendbar (**RG** 94, 220). Für das Rechtsgebiet des HaftpflG — und des KraftFahrG — gelten die §§ 844, 845 nicht, da diese in den §§ 3, 3a, 7 und bzw. §§ 11—13 den Umfang der Schadensersatzpflicht erschöpfend geregelt und in engeren Grenzen gehalten (**RG** 57, 52; JW 09, 483[1]; 1914, 45[14]) und die Rechtswirkungen des Todes des Verletzten für die Hinterbliebenen insbesondere in den §§ 3, 7 und bzw. § 12 selbständig bestimmt haben. Insofern eine Klage aus § 844 und eine solche aus § 845 dieselben klagbegründenden Tatsachen zur Grundlage haben, bedeutet ein Übergang von der einen zur andern keine Klageänderung (**RG** Warn 1911 Nr 291).

2. Tötung ist hier wie in § 823 jede widerrechtliche Handlung (vgl. § 823 A 10), die die Zerstörung des menschlichen Lebens unmittelbar oder mittelbar tatsächlich herbeiführt, mag der Schädiger diesen Erfolg vorausgesehen haben oder haben voraussehen können oder nicht. Das Verschulden, wo der Tatbestand der u. H. ein solches für die Verletzung selbst erfordert (§ 823 Abs 1), braucht sich mithin nur auf eine Körperverletzung zu erstrecken (**RG** 66, 251; 69, 340; JW 07, 514[14]; 17. 11. 11 III 611/10; vgl. § 823 A 4. A. M. Staudinger A IV). Der demnach nur erforderliche tatsächliche (objektive) ursächliche Zusammenhang zwischen Verletzung und Tod ist auch gegeben, wenn eine sog. traumatische Neurose, die die Folgewirkung einer Körperverletzung war, zum Selbstmorde des Verletzten führt (**RG** 8. 10. 06 VI 31/06).

3. Wem die **Verpflichtung obliegt, die Kosten der Beerdigung zu tragen,** bestimmen die §§ 1968, 1580 Abs 3, 1615 Abs 2. Ob auch eine vertragliche Verpflichtung unter § 844 fällt, ist streitig, möchte aber bei der allgemeinen Fassung des § 844 zu bejahen sein (a. M. Planck A 3). Die Kosten einer Reisebeförderung der Leiche können zu den Beerdigungskosten gehören, wenn sie nach den Umständen als eine gebotene Aufwendung für eine standesmäßige Beerdigung (§ 1968) sich darstellen (**RG** 66, 306). Die Kosten einer Beförderung des tödlich Verletzten zum Krankenhause können auf Grund des § 844 nicht gefordert werden (**RG** JW 05, 144[24]); sie gehören gleich den Kosten einer versuchten Heilung zu den Schäden, die noch dem unmittelbar Verletzten entstanden sind; der Anspruch auf ihre Erstattung geht demgemäß auf die Erben über. Die Witwe kann Erstattung nur verlangen, wenn sie Erbin des Mannes geworden ist oder wenn sie die Kosten bezahlt oder sie zu bezahlen sich verpflichtet hat (Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherung; vgl. **RG** JW 02, 284[3]).

4. Abs 2 des § 844 gibt im Falle der Tötung einer Person denjenigen Personen einen dem Anspruche aus § 843 gleichgearteten Anspruch gegen den Schädiger, **denen der Getötete kraft Gesetzes unterhaltspflichtig war oder werden konnte.** Die gesetzlichen Unterhaltspflichten regeln die §§ 1360, 1361, 1345, 1351, 1578, 1583, 1601, 1700, 1703, 1705, 1708, 1739, 1765. Als unterhaltsberechtigt sind auch die Personen anzusehen, denen gegenüber der Getötete unterhaltspflichtig gewesen oder geworden wäre, wenn sie zur Zeit der Verletzung bereits gelebt hätten, **wenn sie zur Zeit der Verletzung bereits erzeugt, aber noch nicht geboren waren;** nicht dagegen solche, die erst nach der Verletzung erzeugt wurden. Die Feststellung, ob der Dritte zur Zeit der Verletzung bereits erzeugt war, erfolgt auf Grund des § 286 ZPO in freier Beweiswürdigung. Der Unterhaltsanspruch setzt auf seiten des Unterhaltsberechtigten Bedürftigkeit (die Unmöglichkeit, sich selbst zu erhalten, § 1602), auf seiten des Unterhaltsverpflichteten Leistungsfähigkeit (§ 1603) voraus; nur die Ehefrau hat einen unbedingten Unterhaltsanspruch gegenüber dem Ehemann (§§ 1360, 1361), der nicht von ihrer Bedürftigkeit abhängig ist und der auch nicht dadurch erlischt, daß sie von dem Ehemanne getrennt und in ehebrecherischem Umgange lebt (**RG** Warn 08 Nr 639; hier u. U. notdürftiger Unterhalt nach § 1611). Bedingung für die Entstehung des Ersatzanspruchs des unterhaltsberechtigten Dritten ist nicht, daß dessen Unterhaltsbedürftigkeit zur Zeit der Verletzung bereits bestand, auch nicht, daß der Getötete vor der Verletzung tatsächlich für den Unterhalt des Dritten

gesorgt hat; es genügt, daß er zu den gesetzlich verpflichteten Personen gehört und zur Leistung imstande war (RG 74, 274; JW 07, 480[13]; 4. 2. 07 IV 299/06). Bevor aber eine Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten nicht eingetreten ist, hat er gegen den Ersatzpflichtigen nicht eine Leistungsklage auf Zahlung einer Rente, sondern nur die Feststellungsklage auf Anerkennung der Ersatzpflicht für den Fall, daß die gesetzliche Voraussetzung später eintreten sollte (RG JW 07, 710[8]; 09, 314[12]; 1911, 153[9]; Warn 1910 Nr 206). Die tatsächliche Gewährung des Unterhalts durch einen dazu nicht verpflichteten Dritten hebt den Anspruch aus § 844 Abs 2 nicht auf (RG 92, 57). Eine Feststellungsklage des Verletzten, daß im Falle seines Todes der Ersatzpflichtige den unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen nach § 844 Abs 2 den Schaden zu ersetzen habe, ist mangels eines Feststellungsinteresses unzulässig (RG 95, 248).

5. Den Dritten ist das **Recht auf den Unterhalt infolge der Tötung entzogen,** wenn die Unterhaltspflicht des Getöteten mit seinem Tode erlischt, wie die Unterhaltspflicht der Ehegatten, Eltern und Abkömmlinge, nicht dagegen an sich, wenn die Unterhaltspflicht auf die Erben übergeht, wie diejenige des Erzeugers eines unehelichen Kindes (§ 1712). Eine Schadensersatzforderung des unehelichen Kindes kann aber gleichwohl aus § 844 Abs 2 begründet sein, wenn die Erben tatsächlich nicht oder nicht voll zu leisten in der Lage sind (RG 74, 375; 12. 12. 07 VI 112/07); rechtlich sind sie in dem Maße zu leisten verpflichtet, in dem die Verpflichtung des außerehelichen Vaters zur Zeit des Todes bestand; vgl. § 1712 A 1.

6. Der Ersatzpflichtige ist dem Dritten insoweit zum Schadensersatz verpflichtet, **als der Getötete während der mutmaßlichen Dauer seines Lebens ihm zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde.**

a) Auch für die Bestimmung der Ersatzpflicht nach § 844 gilt es, eine Wahrscheinlichkeitsfeststellung für eine zukünftige Entwicklung zu treffen, wie sie sich gestaltet haben würde, wenn das schädigende Ereignis und der Tod des Unterhaltspflichtigen nicht dazwischengekommen wäre. Die Unterhaltsverhältnisse des Berechtigten auf Grund der Leistungen, die der Getötete zur Erfüllung seiner Unterhaltspflicht zu machen imstande gewesen wäre, sind zu vergleichen mit den Unterhaltsverhältnissen, wie sie sich nach dem Wegfalle des Rechtes auf jene Leistungen voraussichtlich stellen werden. Die mutmaßliche Lebensdauer des Getöteten ohne den Unfall bildet die äußerste zeitliche Grenze für seine Unterhaltsverpflichtung und damit auch für die von dem Ersatzpflichtigen wegen des entzogenen Unterhalts zu leistende Entschädigung; sie muß schlechterdings nach § 287 ZPO festgestellt werden; es ist nicht angängig, der Witwe die Rente etwa bis zu ihrem Lebensende mit der Begründung zuzusprechen, daß nicht zu vermuten sei, daß der Getötete vor ihr verstorben sein würde (RG 90, 226; Warn 1919 Nr 74). Innerhalb dieser vom Richter zu bestimmenden Grenze (RG 64, 33) ist nach dem Maßstabe der gesetzlichen Verpflichtung zu ermessen, welche Leistungen der Getötete hätte aufwenden müssen, um seinen Unterhaltspflichten gerecht zu werden. Ist der Getötete ein Ehemann, so war er seiner Ehefrau zum Unterhalte verpflichtet bis an sein Lebensende, und nur das Maß des Unterhalts wird durch seine eigene Erwerbsfähigkeit bestimmt (RG JW 09, 687[13]), während die Unterhaltspflicht der Eltern gegen die Kinder und der Kinder gegen die Eltern in der Bedürftigkeit der Berechtigten ihre Schranke findet, im ersteren Falle aufhört, sobald die Kinder wirtschaftlich auf eigenen Füßen stehen können, im letzteren Falle beginnt, sobald die Eltern der wirtschaftlichen Unterstützung durch die Kinder bedürftig werden. Der regelmäßige Verlauf der Dinge, die voraussichtliche Lebensstellung der unterhaltsberechtigten wie auch der unterhaltsverpflichteten Kinder und die Wahrscheinlichkeit ihrer Verheiratung mit ihrem Einflusse auf Unterhaltspflichten sind zu berücksichtigen (RG JW 05 S. 143[23], 154[38]; 08, 109[7]; 09, 660[10]; 1911, 153[9]). Eine Wiederverheiratung der Witwe, die nicht notwendig, aber je nach den Umständen der neuen Ehe den Unterhalts- und damit auch den Schadensersatzanspruch endigt, ist regelmäßigerweise nicht von vornherein in Betracht zu ziehen (RG JW 05, 143[23]). Wenn die tatsächliche Entwicklung der Zukunft von dem regelmäßigen Verlaufe abweicht, gibt § 323 ZPO auch hier das Mittel in die Hand, sowohl hinsichtlich des Umfangs wie hinsichtlich der Dauer der Verpflichtung, den veränderten Umständen zur Anerkennung zu verhelfen (RG JW 05, 152[38]).

b) Bei Teilung des Prozeßverfahrens nach Grund und Betrag des Anspruchs gilt für § 844 das zu § 843 in A 4 Ausgeführte. Die Prüfung, ob die geforderte Rente sich in den gesetzlichen Grenzen hält, vor allem die Bestimmung der mutmaßlichen Dauer des Lebens des Getöteten gehört in das Verfahren über den Grund des Anspruchs (RG 77, 408; JW 08 S. 9[9] u. 109[7]); die zahlenmäßige Abgrenzung kann dabei dem Nachverfahren vorbehalten werden (RG 69, 186; JW 08 S. 109[7]; 1910, 812[31]; 1911, 488[10]). Da die Voraussetzungen für die Entschädigungsansprüche der Witwe und der Kinder eines Getöteten verschieden sind, können sie nicht in einen Rentenanspruch zusammengefaßt werden, auch wenn die Witwe als Inhaberin der elterlichen Gewalt die Kinder im Rechtsstreit über den Schadensersatz vertritt (RG JW 1911, 185[13]; 25. 9. 05 VI 575/04).

c) Für die Anrechnung von gesetzlichen Witwengehältern und Erziehungsgeldern für die Kinder, der öffentlichrechtlichen Rentenleistungen der Unfallversicherungsanstalten und die

Nichtanrechnung vertragsmäßig erworbener Versicherungsleistungen vgl. § 843 A 3d. So ist insbesondere die auf vertragsmäßiger Grundlage beruhende, nach dem Tode des Verunglückten den Unterhaltsberechtigten ausgezahlte Lebensversicherung nicht anzurechnen (**RG** Warn 1917 Nr 266). Der Anspruch aus § 844 Abs 2 kann ferner wegfallen oder sich mindern infolge eigenen mitwirkenden Verschuldens des Getöteten (§ 846; vgl. die A dazu), aber auch infolge eigenen mitwirkenden Verschuldens des Ersatzberechtigten (**RG** 55, 24; 18. 12. 05 VI 117/05; 11. 1. 07 III 231/06). Was den Ersatzberechtigten aus dem Vermögen des Getöteten durch Erbanfall zuwächst, berührt den Entschädigungsanspruch des § 844 an sich nicht (**RG** 64, 350). Insoweit aber dasselbe Vermögen der Witwe und den Kindern für ihren Lebensunterhalt zur Verfügung steht wie zur Lebenszeit des Getöteten, ist ihnen ein Schaden nicht entstanden. Es handelt sich also bei dieser Anrechnung nicht um eine Vorteilsausgleichung, sondern lediglich um die Feststellung des Schadens, der den Ersatzberechtigten durch den Tod ihres Ernährers entstanden ist. Das gilt einmal für den Vermögensübergang beim ehelichen Güterstande der Gütergemeinschaft (**RG** JW 1911, 35[12]). Der Unterhalt der Ehefrau ist zwar vom Ehemann auch hier zu gewähren; er fällt aber dem Gesamtgute zur Last (§§ 1458, 1389), und auch die Kinder sind nach § 1468 Abs 3 in der Lage, ihren Anteil am Gesamtvermögen zum Zwecke ihres Unterhalts freizumachen. Der Vermögensnachteil, für den in diesem Falle Ersatz zu leisten ist, besteht in dem Wegfalle des aus der Arbeitskraft des Getöteten gezogenen Gewinns, soweit dieser für den Unterhalt der Ehefrau und der Kinder zur Verwendung gekommen wäre und soweit der Anspruch auf Unterhalt berechtigterweise ging; die Feststellung dieses Betrages wird durch die Lebensgewohnheiten und die Arbeitsamkeit des Getöteten, durch die Zahl der Kinder und die sonstigen Verhältnisse bestimmt (**RG** 64 S. 344 u. 350; 69, 292; JW 07, 130[10]; Warn 1910 Nr 155). Unter Umständen wird dann die Entschädigung auf die Erstattung der Kosten für eine tüchtige Ersatzkraft in dem auf die Witwe und die Kinder übergegangenen Gut oder Geschäft sich beschränken (vgl. § 843 A 3c). Auch ohne die Einwirkung gütergemeinschaftlicher Verhältnisse ist aber ein zu ersetzender Schaden zu verneinen, wenn das Erwerbsunternehmen, dessen Erträgnisse die Quelle für den Unterhalt der Ehefrau und des Kindes bildeten (Handelsgeschäfte, landwirtschaftliches Gut) durch Erbgang auf diese übergegangen ist und von ihnen fortgeführt wird, und insoweit die Einkünfte des durch Erbgang auf sie gekommenen Vermögens des Getöteten dem Unterhaltsanspruche gleichkommen (**RG** 69, 292; 72, 437; JW 07, 130[10]; 18. 1. 13 VI 350/12). Ihre Vermögenslage ist insoweit nicht verschlechtert, und es kommt nur der Nachteil in Frage, der etwa durch den Wegfall der persönlichen Arbeit und Leitung des Getöteten die Ersatzberechtigten trifft. Diese Gründe treffen aber nicht zu auf einen Vermögensübergang, der gar nicht infolge des Todes des Verletzten stattgefunden hat, sondern etwa durch Beerbung eines der Ersatzberechtigten durch den andern oder auf einen durch Verkauf des Geschäfts des Getöteten erzielten Gewinn (**RG** 91, 398).

7. Die Vorschriften des § 843 über die **Form der Entschädigung** (Abs 2), die **Kapitalsabfindung anstatt der Rente** (Abs 3), sowie über das Bestehen des Schadensersatzanspruchs **trotz der Unterhaltspflicht eines Dritten** (Abs 4) finden für den Schadensersatzanspruch nach § 844 entsprechende Anwendung. Vgl. darüber § 843 A 5—8. Abs 4 des § 843 ist gerade hier von Bedeutung, insofern daraus folgt, daß auf Unterhaltsverpflichtungen anderer Personen gegenüber den nach § 844 ersatzberechtigten Personen der Ersatzverpflichtete sich nicht berufen kann. Die rechtliche Natur der nach § 844 zu beanspruchenden Rente ist dieselbe wie die der Rente aus § 843; sie ist Schadensersatz-, nicht Unterhaltsleistung. Abweichend von dem Rentenanspruch aus § 843 ist aber derjenige aus § 844, da er den unmittelbaren Ersatz für Unterhaltsleistungen zum Gegenstande hat, gemäß § 850 Abs 2 ZPO überhaupt nicht pfändbar, daher auch nicht übertragbar (§ 400), nicht verpfändbar (§ 1274 Abs 2), nicht der Aufrechnung fähig (§ 394), nicht dem Konkurse des Berechtigten unterworfen (§ 1 KO).

§ 845

Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung[1]) hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet war[2]), dem Dritten für die entgehenden Dienste durch Entrichtung einer Geldrente[5]) Ersatz zu leisten[3])[4]). Die Vorschriften des § 843 Abs 2 bis 4 finden entsprechende Anwendung[5]).

E II 768; P 2 631, 632.

1. § 845 fügt den Ansprüchen der dritten Personen, die einem durch u. H. Getöteten gegenüber kraft Gesetzes unterhaltsberechtigt waren (§ 844), **für den Fall der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung einer**

Person einen weiteren Anspruch dritter mittelbar verletzter Personen hinzu, der aus deren gesetzlichem Rechte auf Dienstleistungen des unmittelbar Verletzten entspringt. Für die allgemeine Bedeutung des § 845 und die Natur der daraus hergeleiteten Ansprüche vgl. § 844 A 1. Über die Beschädigungen der Rechtsgüter, auf die § 845 sich beschränkt, vgl. § 823 A 4, 5, 7. Gleichgültig ist, ob die Verletzung auf wirklichem oder vermutetem Verschulden oder auf einem andern Rechtsgrunde der Haftung (§ 833 Satz 1) beruht (RG 50, 244). Daß für das Anwendungsgebiet des HaftpflG und des KraftFahrG § 845 nicht gilt, ist in § 844 A 1 behandelt.

2. **Kraft Gesetzes sind einem Dritten zur Leistung von Diensten in dessen Hauswesen oder Gewerbe verpflichtet:** die Ehefrau dem Ehemanne nach § 1356 und die Kinder den Eltern nach § 1617 (angenommene Kinder § 1757, uneheliche § 1705). Dem Ehemanne und den Eltern steht mithin, und zwar allein, ein Anspruch aus § 845 zu; eine entsprechende Anwendung des Paragraphen bei anderen, vertraglichen oder auf Amtsbestellung beruhenden Dienstpflichten (Stellvertretungskosten des Staates für die entzogenen Dienste eines durch die u. H. eines Dritten verletzten Beamten RG 61, 293) ist nicht zulässig.

3. Der Anspruch des Dritten nach § 845 geht nur **auf Ersatz für die entgehenden Dienste;** er begreift nicht einen andern Schaden, den der Ehemann oder Vater durch die Tötung oder die Verletzung der Ehefrau oder des Kindes erlitten hat (RG JW 04, 357[9]). Für die Ermittlung des Schadens, die prozeßrechtlich dem § 287 ZPO untersteht, bietet der Umfang der Dienste, die der Getötete oder Verletzte während der Dauer des Lebens des Dienstberechtigten diesem ohne die Verletzung voraussichtlich geleistet haben würde, und für diese Feststellung wiederum der Umfang der Dienste einen Anhalt, die er vor der Verletzung tatsächlich geleistet hat. Wie lange eine Ehefrau dem Ehemanne ihre häuslichen Dienste zu leisten imstande und deshalb auch verpflichtet wäre, ist nach den Lebensverhältnissen der Eheleute und nach der Gesundheit und Rüstigkeit der Frau zu beurteilen. Rüstige Hausfrauen sind oft bis in das hohe Alter im Hause tätig, und der Ausfall ihrer Arbeit ist alsdann auch eine Vermögenseinbuße für den Ehemann (RG JW 1910, 811[28]). Daß der Verletzte unter allen Umständen dem Dienstberechtigten bereits wirklich Dienste geleistet haben müßte (so Staudinger A 3b), ist nicht erforderlich; denn der Anspruch geht auf Ersatz der entgangenen Dienste für die Zukunft. Für die Bemessung der Höhe der Entschädigung kann als ungefährer Maßstab der Lohn oder Gehalt dienen, der einem an Stelle des Getöteten oder Verletzten anzunehmenden Gehilfen oder Dienstboten nach den ortsüblichen Lohnverhältnissen gezahlt werden muß, unter Berücksichtigung der etwaigen Gegenleistungen, die dem Dritten familienrechtlich für den Empfang der Dienste obgelegen haben (M 2, 632). Künftige und mögliche Veränderungen (Wiederverheiratung des Ehemanns) sind für die Zuerkennung der Entschädigung nicht in Betracht zu ziehen; der Weg, sie zur Geltung zu bringen, ist durch § 323 ZPO gewiesen (RG 4. 4. 07 VI 278/06). Der Grundsatz der Anrechnung anderweitigen ausgleichenden Ersatzes (vgl. A 3d zu § 843 und A 6c zu § 844) gilt selbstverständlich auch für § 845 (Anrechnung von Unfallrenten, die der Gütergemeinschaft zugeflossen sind, RG JW 1911, 35[12]).

4. Einer besonderen Erörterung bedarf das **Verhältnis des nach § 845 dem Ehemanne zustehenden Ersatzanspruchs zu den eigenen Ansprüchen der verletzten Ehefrau gemäß § 843.** Nach einer Entscheidung RG 11. 2. 07 VI 225/06 und anderen Urteilen verteilen sich die Ansprüche in folgender Weise: a) Der verletzten Ehefrau steht nach den §§ 842, 843 der Anspruch auf Ersatz der Kur- und Pflegekosten zu, die sie unabhängig von der tatsächlichen Verausgabung, also auch dann erhalten kann, wenn der Ehemann die fraglichen Kosten auf Grund seiner Unterhaltspflicht gezahlt hat; sie hat weiter den Anspruch auf Schmerzensgeld nach § 847. b) Sie hat ferner nach denselben gesetzlichen Bestimmungen den Anspruch auf eine Rente wegen Verminderung ihrer Erwerbsfähigkeit und Vermehrung der Bedürfnisse. Der Anspruch wegen Verminderung der Erwerbsfähigkeit ist aber, da ein Schadensersatzanspruch einen entstandenen Schaden voraussetzt, eingeschränkt auf den selbständigen Erwerb, dem die Ehefrau außerhalb des Haushalts und Geschäfts ihres Ehemanns nachgeht (§ 1367; Einnahme aus Zimmervermietung RG Warn 1913 Nr 22), und auf die etwaige Einbuße in einer möglichen künftigen Ausnutzung ihrer Erwerbskraft nach Auflösung der Ehe, deren Geltendmachung nur im Wege der Feststellungsklage erfolgen kann (RG JW 05, 341[12]; 08, 273[8]). Hat die Ehefrau ferner tatsächlich vor der Verletzung die Kosten des Haushalts aus den Einkünften ihres Vorbehaltsguts bestritten, so ist sie auch selbst trotz § 845 klageberechtigt (RG 85, 81). Dagegen steht c) der Anspruch auf Ersatz des durch Wegfall der sämtlichen Dienste und der Hilfstätigkeit der Ehefrau im Gewerbe des Ehemanns entstandenen Schadens nach § 845 dem Ehemanne, und nur diesem zu; ein Anspruch der Ehefrau selbst wegen verminderter Erwerbsfähigkeit infolge der notwendig gewordenen Einstellung oder Einschränkung dieser Tätigkeit besteht daneben nicht (RG 63, 195; 64, 323; 73, 309; 85, 61; JW 05 S. 341[12], 469[26]; 06, 385[12]; 08, 273[8]; 1911, 810[17]; Warn 08 Nr 520; 09 Nr 300; abweichend Warn 08 Nr 640). Lediglich insoweit, als d) die Vermehrung der Ausgaben für den Haushalt und das Geschäft eine Rückwirkung auf das Maß des von dem Ehemanne der Ehefrau zu gewährenden Unterhalts (§ 1360) möglicherweise ausüben wird, kann auch ihr eine Vermögenseinbuße

entstehen und deshalb von einem eigenen Schadensersatzanspruche der Ehefrau die Rede sein, der aber selbstverständlich durch den vom Ehemanne wegen seines Schadens erhobenen Anspruch aufgezehrt wird (RG 47, 84; 63, 195; JW 05, 341[12]; 06 S. 385[12], 469[26], 751[23]; 09, 483[1], 1911, 810[17]; 1913, 99[15]; Warn 08 Nr 520; 1910 Nr 197). Eine gemeinschaftliche Klage der Eheleute wegen ihrer beiderseitigen Ansprüche ist zulässig und zu empfehlen, weil dadurch der Gefahr einer Erhebung doppelter Ansprüche wegen desselben Schadens begegnet wird (RG JW 1911, 810[17]; 1913, 376[7]; Warn 09 Nr 300; 1911 Nr 83; Gruch 49, 944; 19. 4. 05 VI 349/04; 29. 1. 06 VI 173/05). Die Zustimmung des Ehemanns zur Klage der Ehefrau, die im Klagevortrage auszusprechen ist, macht die letztere auch allein klageberechtigt, selbst insoweit an sich der Anspruch nur dem Ehemanne zusteht (RG Warn 1916 Nr 156). e) Das Vorstehende gilt beim gesetzlichen Güterstande, für dessen Geltung die Vermutung streitet (RG JW 1913, 99[15]). Bei dem Güterstande der allgemeinen Gütergemeinschaft, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft erwirbt die Frau in der Ehe nicht dem Manne, sondern dem Gesamtgute, dem auch der eheliche Aufwand zur Last fällt; das Gesamtgut wird aber von dem Ehemanne verwaltet und vertreten (§§ 1438, 1443, 1458, 1519, 1529, 1549), so daß dieser nach allen oben bezeichneten Richtungen den Rechtsstreit für das Gesamtgut zu führen hat (RG 73, 309; JW 1911, 810[17]; Warn 1910 Nr 389; 1911 Nr 83). Das gilt dann auch für das Gebiet des RHaftpflG und des KraftFahrG, weil hier das eheliche Güterrecht die Grundlage der Klageberechtigung bildet; was die Ehefrau, sei es im Hauswesen oder im Gewerbe des Mannes, erwirbt, gehört zu gesamter Hand beiden Eheleuten, und der Verlust ist unmittelbar auch ein Schaden der Frau (RG JW 1914, 43[11]). Das gleiche ist von der Fahrnisgemeinschaft zu sagen (RG Warn 1914 Nr 258). Auch hier ist aber die gemeinschaftliche Klage oder selbst die Klage der Ehefrau allein mit Zustimmung des Ehemanns unbedenklich, da diese Zustimmung die Beschränkung der Frau in der Verwaltung des Gesamtguts aufhebt (RG 60, 146; 73, 309; JW 1911, 810[17]; Warn 09 Nr 300; 1911 Nr 83). Der höchstpersönliche Anspruch auf ein Schmerzensgeld (§ 847) gehört bei der allgemeinen Gütergemeinschaft zum Sondergut (§ 1439), beim gesetzlichen Güterstande (RG 90 S. 65 u. 96) sowie bei der Errungenschaftsgemeinschaft und Fahrnisgemeinschaft zum eingebrachten Gut (§§ 1363, 1365, 1522, 1552); für dessen Vertretung gilt nach §§ 1525 u. 1549 der § 1380.

5. Die **Rente**, auf die auch für den Anspruch aus § 845 regelmäßig erkannt werden soll, unterliegt nicht den Pfändungsbeschränkungen der §§ 708 Nr 6 u. 850 Abs 1 Nr 2 und Abs 3 ZPO; sie ist mithin auch übertragbar, aufrechenbar und verpfändbar (§§ 400, 394, 1274 Abs 2 BGB).

§ 846

Hat in den Fällen der §§ 844, 845 bei der Entstehung des Schadens, den der Dritte erleidet, ein Verschulden des Verletzten mitgewirkt, so finden auf den Anspruch des Dritten die Vorschriften des § 254 Anwendung[1]).

E II 769; P 2 639, 640.

1. Die Bestimmung des § 846 enthält zunächst eine Ausdehnung der Anwendung des § 254 auf die Fälle der §§ 844, 845: die selbständigen Schadensersatzansprüche Dritter nach diesen Paragraphen durch **das mitwirkende Verschulden des unmittelbar Verletzten** in gleicher Weise aufgehoben oder gemindert werden, als wenn es sich um dessen eigene Ansprüche handelte (RG 51, 275). Der allgemeine in der Gesetzesvorschrift enthaltene Gedanke ist, daß in demselben Maße, wie die eigenen Ansprüche des unmittelbar Verletzten in ihrer Entstehung von seinem Verhalten beeinflußt werden können, auch die Ansprüche der mittelbar Geschädigten diesen von seinem Verhalten ausgehenden Einwirkungen unterliegen (RG 62, 313; 69, 186). So erscheint trotz aller Selbständigkeit der Schadensersatzansprüche der §§ 844, 845 der unmittelbar Verletzte als Rechtsvorgänger des ersatzberechtigten Dritten. Daraus folgt, daß über das mitwirkende Verschulden des unmittelbar Verletzten nach § 445 ZPO dem Dritten der Eid zugeschoben werden kann (RG 69, 186); daraus folgt weiter materiellrechtlich, daß, wenn der unmittelbar Verletzte, auch ohne daß ein Verschulden auf seiner Seite vorliegt, den Ersatzpflichtigen von seiner Haftung befreit und die Gefahr ihm gegenüber übernommen hatte, dadurch auch der Anspruch des dritten Ersatzberechtigten aufgehoben wird, der davon abhängig ist, daß die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs in der Person des unmittelbar Verletzten gegeben waren (RG 65, 313; 69, 186; JW 05, 143[22]). Dem mittelbar verletzten und aus § 844 klagenden Kinde einer getöteten Mutter kann aber nicht das Verschulden des durch denselben Unfall getöteten Vaters entgegengehalten werden (RG Warn 1910 Nr 461). Daneben wird der Anspruch des mittelbar Verletzten nach dem allgemeinen Grundsatze des § 254 auch durch sein eigenes mitwirkendes Verschulden, das naturgemäß hauptsächlich ein solches nach § 254 Abs 2 — Unterlassung der Abwendung oder Minderung des Schadens — sein wird, aufgehoben oder gemindert, da zwar die Entstehung seines

Anspruchs von dem Verhalten des unmittelbar Verletzten beeinflußt wird, der Anspruch aber im übrigen von dem des Verletzten unabhängig ist (RG 55, 24; 18. 12. 05 VI 117/05; 11. 1. 07 III 231/06). Über eine entsprechende Anwendung des Grundsatzes des § 846 bei der Vertragsklage des Mieters gegen den Vermieter auf Ersatz des seiner Ehefrau durch einen vom Vermieter verschuldeten Mangel der Mietsache entstandenen Schadens s. RG 81, 214.

§ 847

[1]) Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung[2]) kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist[4]), eine billige Entschädigung in Geld verlangen[5]). Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist[6]).

Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird[3]).

E I 748 II 770; M 2 799—803; P 2 640, 641.

1. Dem Schadensersatze, der den Ausgleich der Verluste herbeiführen soll, die eine u. H. für das Vermögen des Verletzten zur Folge gehabt hat (§§ 249, 842, 843), fügt § 847 für gewisse Verletzungen persönlicher Rechtsgüter eine weitere Entschädigung hinzu, die nicht dem Vermögen des Beschädigten etwas ihm Entzogenes wieder zuführen, sondern sein Vermögen vermehren soll, indem sie ihm in Geld eine Vergütung bietet für erlittene körperliche Schmerzen, Verunstaltungen und Schmälerungen des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens, mit denen eine Schädigung des Erwerbs nicht verbunden ist. Diese Entschädigung, das sog. **Schmerzensgeld**, kann nur in den bestimmten vom Gesetz hervorgehobenen Fällen beansprucht werden; eine entsprechende Anwendung der Vorschrift ist ausgeschlossen, wie in § 253 ausdrücklich erklärt ist. Ein Schmerzensgeld kann deshalb unter Berufung auf § 847 bei einem lediglich durch Verletzung von Vertragspflichten der Person eines andern zugefügten Schaden nicht verlangt werden (RG 65, 17; JW 08, 196[10]; 1910, 112[13]; 1911, 824[42]; Warn 08 Nr 445; 09 Nr 102). Ebensowenig ist eine Ausdehnung des § 847 auf das Gebiet des Haftpflichtgesetzes oder des Kraftfahrzeuggesetzes zulässig, da diese Gesetze den Umfang der dem Verletzten zu gewährenden Entschädigung selbständig und erschöpfend regeln (RG 57, 52; JW 08, 196[10]; 1911, 824[42]). Auch auf § 5 der EisenbVerkO (RGBl 09, 93) kann ein Anspruch auf Schmerzensgeld nicht gestützt werden, da diese Bestimmung lediglich die Haftpflicht der Eisenbahnen aus dem Beförderungsvertrage regelt (RG JW 1916 S. 488[7] u. 1276[8]). Selbstverständlich wird der Anspruch auf Schmerzensgeld nicht dadurch ausgeschlossen, daß neben der u. H. auch der Beförderungsvertrag den Schadensersatzanspruch überhaupt begründet (RG JW 1916, 1276[8]).

2. Voraussetzung des Anspruchs auf ein Schmerzensgeld ist nach Abs 1 eine **Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder der Freiheit einer Person** durch eine u. H. Daß die u. H. eine schuldhafte sei, wird nicht gefordert; § 847 bezieht sich auf alle vom BGB den u. H. beigezählten Tatbestände, sofern sie die Verletzung der bezeichneten Rechtsgüter zum Gegenstande haben (RG 50, 244). Verletzungen der Ehre geben den Anspruch aus § 847 nicht. Daß neben der Schadensersatzpflicht aus der u. H. eine vertragliche Ersatzpflicht wegen derselben Verletzung besteht, die u. H. also zugleich den Tatbestand einer Vertragsverletzung erfüllt, kann den Anspruch auf den Nichtvermögensschaden aus § 847 nicht berühren (RG JW 07, 829[5]; 1910, 1003[13]; 1. 10. 07 III 89/07; 14. 3. 11 III 112/10).

3. Der Anspruch auf ein Schmerzensgeld steht nach Abs 2 ferner den **Frauenspersonen zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen gegen die Sittlichkeit verübt worden ist.** Hierunter fallen in Verbindung mit § 823 Abs 2 die Verfehlungen der §§ 174, 176, 177, 179, 182 StGB, zu denen sich das Verbrechen gegen § 48 des RGes. über das Auswanderungswesen v. 9. 6. 1897 (RGBl 463) gesellt. Außerdem begründet nach Abs 2 den Anspruch auf ein Schmerzensgeld der **Tatbestand des § 825.**

4. Beim Vorliegen eines der Tatbestände, die in den A 2 u. 3 behandelt sind, gibt § 847 **dem Verletzten** einen **Anspruch auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist.** Unter dem Verletzten ist hier nur der unmittelbar Verletzte zu verstehen; den durch eine u. H. mittelbar verletzten Personen kommen nur die im Gesetze ihnen ausdrücklich gewährten Ansprüche (§§ 844, 845) zu. **Schaden, der nicht Vermögensschaden ist,** sind alle Benachteiligungen des Verletzten, die nicht mit einer Minderung des Vermögens in Gegenwart

oder Zukunft verbunden sind, keine Aufwendungen veranlassen und den wirtschaftlichen Erwerb nicht beeinträchtigen (vgl. A 1). Körperliche Verunstaltungen (**RG** 5. 2. 06 VI 188/05) und die damit verbundene Verschlechterung der Heiratsaussichten für Frauenspersonen (**RG** 11. 5. 05 VI 396/04), sowie Verkümmerungen des körperlichen und geistigen Wohlbefindens können nach der wirtschaftlichen Seite als Erschwerung des Fortkommens im Sinne des § 842, wie nach der Richtung des § 847 in Betracht kommen; ebenso die Folgen der u. H. nach Abs 2. Unter den Voraussetzungen der Abs 1 u. 2 hat jeder Verletzte, ohne daß das Gesetz einen Unterschied zwischen den verschiedenen Bevölkerungsklassen gelten läßt (**RG** 76, 174), einen Rechtsanspruch auf Zahlung eines Schmerzensgeldes, der durch „reichliche" Bemessung des vermögensrechtlichen Schadensersatzes nicht befriedigt wird (**RG** 69, 296; JW 1913, 543[7]; 1915, 89[5]). Eines besonderen Nachweises, daß ein Schaden entstanden sei, der nicht Vermögensschaden ist, bedarf es deshalb nicht; das Schmerzensgeld ist stets zuzusprechen, wenn eine u. H. vorliegt, die in einer Körperverletzung, Gesundheitsbeschädigung oder Freiheitsentziehung besteht; seine Ausmessung ist Sache tatsächlicher Würdigung (**RG** a. a. O.). Daraus ergibt sich weiter prozeßrechtlich, daß es prozessualisch für den Erlaß eines Zwischenurteils nach § 304 ZPO nicht einer besonderen Feststellung bedarf, daß der Verletzte überhaupt einen Nichtvermögensschaden erlitten habe (**RG** JW 07, 202[6]; 1911 S. 279[9], 754[9]; 1913, 543[7]; Warn 1914 Nr 18; abweichend früher JW 06, 339[20]).

5. Die Vergütung des Nichtvermögensschadens soll in einer **billigen Entschädigung in Geld** bestehen. Bei Bestimmung ihrer Höhe, die nach § 287 ZPO dem freien Ermessen des Gerichts unterliegt, sind vor allem Dauer und Heftigkeit der Schmerzen, Bedeutung einer bleibenden oder vorübergehenden Entstellung, außerdem die beiderseitigen Vermögensverhältnisse, insbesondere auch die gute Vermögenslage des Ersatzberechtigten, in Betracht zu ziehen (**RG** 63, 104; JW 1911, 279[9]; 1913, 543[7]; 1915, 920[9]; 19. 2. 06 VI 213/05); dabei darf aber nicht eine Versicherungssumme in Anschlag gebracht werden, die dem Ersatzpflichtigen gerade wegen dieser besonderen Schadensersatzverpflichtung Schadloshaltung gewähren soll, nachdem ihr Betrag festgesetzt ist (**RG** 63, 104). Ist der Staat (Fiskus) der Ersatzpflichtige, so fällt freilich die Rücksichtnahme auf seine Vermögensverhältnisse weg; denn das Vermögen des Fiskus dient den öffentlichen Staatszwecken und kann nicht zu dem Vermögen des Ersatzberechtigten in ein Verhältnis gebracht werden (**RG** JW 1915, 920[9]). Der vermögensrechtliche Schaden des Verletzten ist bei der Bemessung des Schmerzensgeldes schlechthin außer Berücksichtigung zu lassen (vgl. A 4; **RG** 76, 174; JW 08, 550[12]; 1913, 543[7]); ebenso kommt der Grad des Verschuldens des Ersatzpflichtigen für diese Bemessung nicht in Betracht. Der Natur der Sache nach wird als Schmerzensgeld regelmäßig ein Kapital, nicht eine Rente zuzusprechen sein; doch ist bei dauernden Nachteilen auch die Zubilligung in Gestalt einer Rente, die doch nur eine besondere Form der Entschädigung und auf die Ansprüche der §§ 843 bis 845 keineswegs beschränkt ist (**RG** 68, 429; vgl. für das Schmerzensgeld dazu Warn 1917 Nr 99), zulässig.

6. Der Anspruch auf Schmerzensgeld ist **nicht übertragbar und nicht vererblich.** Weil er nicht übertragbar ist, ist er auch nicht pfändbar (§ 851 ZPO), nicht verpfändbar (§ 1273 Abs 2), nicht mit einem Nießbrauch belastbar (§ 1069 Abs 2), nicht aufrechenbar (§ 394 Abs 1), nicht Konkursgegenstand (§ 1 Abs 1 KO). Diese Beschränkungen entfallen, wenn der Anspruch durch vertragliche Anerkennung zu einer gewöhnlichen Forderung oder wenn er rechtshängig geworden ist. Der Schmerzensgeldanspruch der Ehefrau im gesetzlichen Güterstande gehört zum eingebrachten Gut (§§ 1363, 1365 BGB) und kann deshalb nach § 1380 vom Ehemann im eigenen Namen geltend gemacht werden (**RG** 90, 65; 96, 96). Vgl. A 4 zu § 845.

§ 848

Wer zur Rückgabe einer Sache verpflichtet ist, die er einem anderen durch eine unerlaubte Handlung entzogen hat, ist auch für den zufälligen Untergang, eine aus einem anderen Grunde eintretende zufällige Unmöglichkeit der Herausgabe oder eine zufällige Verschlechterung der Sache verantwortlich[1]), es sei denn, daß der Untergang, die anderweitige Unmöglichkeit der Herausgabe oder die Verschlechterung auch ohne die Entziehung eingetreten sein würde[2]).

E I 716 II 771; M 2 740; P 2 607.

1. Die dem § 287 nachgebildete Vorschrift läßt denjenigen, **der einem andern durch eine unerlaubte Handlung eine Sache entzogen hat** und ihm deshalb nach § 249 zur Rückgabe verpflichtet ist, auch für den Zufall einstehen, der die Sache trifft, sie zerstört, verschlechtert oder dem Ersatzberechtigten dauernd entzieht. Sache ist auch hier jede körperliche Sache und nur diese (§ 90). Der Zufall muß die Sache als solche treffen; so kann wohl eine Ent-

wertung der Sache als Verschlechterung in Betracht kommen, nicht aber eine solche Wertminderung, die nicht die Sache erleidet, sondern nur ein mit ihr verknüpftes Recht, wie der Kurssturz einer Aktie (RG 6. 2. 07 I 311/06). Eine Mahnung ist nicht Voraussetzung des Rechtes aus § 848; die Haftung des Ersatzpflichtigen für die Sache erlischt aber, nachdem der Beschädigte gemäß § 250 den Ersatz seines Schadens in Geld verlangt hat. Darüber, wann Herausgabe und wann statt ihrer Geldzahlung verlangt werden kann, entscheidet § 848 nichts (RG Warn 1911 Nr 81).

2. Der Rückgabeverpflichtete ist von der Haftung für Zufall entlastet, wenn der Untergang, die Verschlechterung, die Unmöglichkeit der Herausgabe **auch ohne die Entziehung** die Sache getroffen haben würde. Die Beweislast hierfür trifft den Herausgabeverpflichteten. Daß derselbe Zufall, der die entzogene Sache getroffen hat, sie auch bei dem Beschädigten getroffen haben würde, ist nicht erfordert; auch irgendein anderer Zufall, der dieselbe Wirkung gehabt haben würde, genügt (M 2, 607). Deshalb muß sich der Grundstückseigentümer, dem ein Eisenbahnunternehmer widerrechtlich ein Stück Landes weggenommen und zur Eisenbahnanlage gezogen hat, mit dem Werterſatze begnügen, den er bei der Enteignung erhalten haben würde, wenn ohne die Entziehung die Enteignung zugunsten des Bahnbaues eingeleitet worden sein würde (RG 13. 5. 08 V 415/07).

§ 849

Ist wegen der Entziehung einer Sache der Wert oder wegen der Beschädigung einer Sache die Wertminderung zu ersetzen, so kann der Verletzte Zinsen des zu ersetzenden Betrags von dem Zeitpunkt an verlangen, welcher der Bestimmung des Wertes zugrunde gelegt wird[1]).

E I 717 II 772; M 2 740, 741; P 2 607.

1. Die hier festgesetzte **Verzinsungspflicht** für den Betrag des Wertersatzes an Stelle der Rückgabe einer entzogenen Sache (§ 90) entspricht der ähnlichen Regelung für den Fall des Verzugs in der Herausgabe einer Sache in § 290. Den Nachweis eines Schadens setzt sie nicht voraus, schließt aber die Geltendmachung eines nachzuweisenden höheren Schadens nicht aus. Wird dem Ersatzberechtigten ein entgangener Gewinn zugesprochen, den er aus der Sache gezogen haben würde, so kann daneben selbstverständlich nicht Verzinsung des Wertersatzes verlangt werden. Der Zinsfuß ist der gesetzliche (§ 246); den Zeitpunkt, der der Wertbestimmung zugrunde gelegt wird, setzt das Gericht nach der Sachlage in freiem Ermessen (§ 287 ZPO) fest. § 849 trifft auch den Fall der Entziehung von Geld durch eine u. H., die in der Entfremdung von Geldstücken besteht (M 2, 740).

§ 850

Macht der zur Herausgabe einer entzogenen Sache Verpflichtete Verwendungen auf die Sache, so stehen ihm dem Verletzten gegenüber die Rechte zu, die der Besitzer dem Eigentümer gegenüber wegen Verwendungen hat[1]).

E I 718 II 772; M 2 741; P 2 607.

1. **Die Rechte, die der Besitzer dem Eigentümer gegenüber wegen Verwendungen hat,** sind in den §§ 994—1003 bestimmt. Über notwendige Verwendungen handeln die §§ 994, 995, über nützliche § 996, über die Wirkung einer Genehmigung der Verwendungen § 1001. Wegen der Verwendungen, die ihm zu ersetzen sind, steht dem Besitzer auch das Recht der Zurückbehaltung der Sache nach § 273 zu, es sei denn, daß er die Sache durch eine vorsätzlich begangene u. H. erlangt hat (§ 273 Abs 2, § 1000 Satz 2).

§ 851

[1]) Leistet der wegen der Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache zum Schadensersatze Verpflichtete den Ersatz an denjenigen, in dessen Besitze sich die Sache zur Zeit der Entziehung oder der Beschädigung befunden hat, so wird er durch die Leistung auch dann befreit[2]), wenn ein Dritter Eigentümer der Sache war oder ein sonstiges Recht an der Sache hatte, es sei denn, daß ihm das Recht des Dritten bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist[3]).

E II 774; P 2 607—609.

1. Auch wer wegen einer u. H. zum Schadensersatze verpflichtet ist, soll des **Schutzes seines guten Glaubens bei der Leistung des Schadensersatzes** nicht verlustig gehen. Er

muß wissen, an wen er diesen leisten soll und soll vor Doppelzahlungen gesichert sein, wenn er an denjenigen geleistet hat, den er für den richtigen Empfänger der Ersatzleistung angesehen hat und ansehen durfte.

2. Die dem Schutze dieses guten Glaubens dienende Bestimmung des § 851 beschränkt sich auf den Fall der **Entziehung oder Beschädigung einer beweglichen Sache.** Der Besitz ist ein äußerlich erkennbarer Zustand, nicht aber das Eigentumsrecht oder sonstige Recht an der Sache, das dessen Träger zu dem eigentlich durch die u. H. Beschädigten macht. Es ist das natürliche, daß der Schädiger Schadensersatz an denjenigen leistet, der zur Zeit der Entziehung oder der Beschädigung der Besitzer der Sache war. Diese Leistung soll den Schädiger daher befreien, wie wenn sie an den eigentlich Berechtigten erfolgt wäre. Selbstverständlich kann nur diejenige Ersatzleistung für den angerichteten Schaden, welche diesen im ganzen deckt, den Schädiger auch ganz befreien. Die Befreiung hat die Wirkung, daß die weitere endgültige Ausgleichung zwischen dem Besitzer und dem eigentlich Berechtigten stattzufinden hat (§ 816). Eine ausdehnende Anwendung des Paragraphen auf unkörperliche Gegenstände, an denen kein Besitz besteht, ist nicht zulässig.

3. Die Befreiung tritt nicht ein, wenn der zum Schadensersatz Verpflichtete **das bessere Recht eines Dritten** an der Sache **kannte oder nur infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte.** Die grobe Fahrlässigkeit des § 851 (vgl. § 277) ist eine besonders schwere Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt (§§ 276, 277). Der Begriff ist ein Rechtsbegriff (**RG** JW 04, 406[9]). Maßgebend für die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Rechtes des Dritten ist die Zeit der Ersatzleistung. Den bösen Glauben (die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des besseren Rechtes des Dritten) auf seiten des Schadensersatzpflichtigen hat der Verletzte zu beweisen.

§ 852

[1]) Der Anspruch auf Ersatz des aus einer unerlaubten Handlung[2]) entstandenen Schadens[3]) verjährt in drei Jahren von dem Zeitpunkt an, in welchem der Verletzte von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erlangt[4]), ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in dreißig Jahren von der Begehung der Handlung an[5])[6])[7]).

Hat der Ersatzpflichtige durch die unerlaubte Handlung auf Kosten des Verletzten etwas erlangt, so ist er auch nach der Vollendung der Verjährung zur Herausgabe nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet[8]).

E I 719, 720 II 775; M 2 741—744; P 2 609—612.

1. Das BGB sieht für die Ansprüche aus einer u. H. eine **zweifache Verjährung** von drei und von dreißig Jahren vor, deren Beginn für beide Fälle abweichend von der allgemeinen Regel des § 198 festgesetzt ist. Bei keiner der beiden Verjährungen des § 852 ist der Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs für den Beginn der Verjährungsfrist maßgebend. Der Beginn der kurzen Verjährung richtet sich nach der Kenntnis des Verletzten von dem Schaden und der Person des Täters, der Beginn der längeren nach dem Zeitpunkt der Begehung der u. H.

2. Der Begriff der **unerlaubten Handlung** ist in § 852 in demselben weiteren Sinne zu fassen, in dem die Titelüberschrift ihn versteht. Die Verjährungsvorschrift des § 852 erstreckt sich deshalb auf alle Tatbestände, die diesem weiteren Begriffe zu unterstellen sind (**RG** 67, 141), mögen sie im BGB oder in einem andern Gesetze geregelt sein, sofern nicht hierfür eine besondere Verjährungsvorschrift geschaffen ist (vgl. Vorbem 1 u. 2 vor § 823). So ist § 852 auch auf die Ansprüche aus einer Eigentumsverletzung nach §§ 906, 1004 anzuwenden (**RG** 70, 150; JW 1912, 31[15]; Warn 1914 Nr 189), ebenso auf Schadensersatzansprüche aus §§ 302 Abs 4, 600 Abs 2, 717 Abs 2, 945 ZPO (**RG** 74 S. 249, 434; JW 1911, 153[16]; 1913, 438[17]; a. M. Staudinger § 852 A 8e). Wenn der Tatbestand einer u. H. im besonderen Falle zugleich eine Vertragsverletzung enthält, so zieht die kürzere Verjährung des Anspruchs aus der u. H. nicht auch das Erlöschen des Vertragsanspruchs nach sich, für den eine längere Verjährung gilt (**RG** 66, 86; 96, 53), so des Anspruchs aus dem Beförderungsvertrage, ferner aus § 618, aus §§ 62, 76 HGB, aus § 463 Satz 2 BGB (**RG** Warn 1913 Nr 282; 1914 Nr 180). Da die Amtstätigkeit des Notars nicht zugleich Vertragsgegenstand sein kann (vgl. A 1 zu § 675, Abs 4[2] zu § 839), regelt sich die Verjährung der Ansprüche gegen den Notar wegen Amtspflichtversehen allein aus § 852 (**RG** Warn 1915 Nr 115). Dagegen zehrt die kürzere Verjährung der Ansprüche aus Vertragsverletzungen besonderer Art, wie in §§ 558, 606, auch den Anspruch aus der u. H. auf, weil die Bestimmung, die die kürzere Verjährung anordnet, sonst bedeutungslos werden und ihren Zweck nicht erfüllen würde (**RG** 66, 363). Aus demselben Grunde findet die kürzere Verjährung aus § 1057 (Anspruch des Eigentümers wegen Ver-

schlechterung der Sache durch den Nießbraucher) auch dann Anwendung, wenn die Verschlechterung auf eine u. H. des Nießbrauchers zurückzuführen ist (RG Warn 08 Nr 320). Die Pflichtverletzung des Vormundes (§ 1833) erscheint nicht als u. H., sondern als Verletzung der Pflichten aus einem familienrechtlichen Schutzverhältnisse; auf Rückgriffsansprüche des Mündels gegen den Vormund erleidet daher § 852 keine Anwendung (RG 8. 7. 07 IV 29/07). Ebenso sind die Ansprüche der Genossenschaft gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats aus § 41 GenG keine Ansprüche aus u. H., sondern beruhen auf vertraglicher Grundlage und unterliegen lediglich der Verjährung nach § 41 Abs 4 d. Ges. (RG 87, 306). Auch Ansprüche aus § 75 Einl z. PrALR sind keine Ansprüche aus u. H., auf die § 852 Anwendung finden kann (RG 78, 202; LZ 1919, 107[5]). § 852 gilt ferner nicht für die Ausgleichungsansprüche der mehreren Personen, die für denselben Schaden aus u. H. nebeneinander verantwortlich sind (§§ 830, 840, 426; RG 69, 422; 77, 317; JW 1910, 235[14]; vgl. dazu für § 8 HaftpflG RG JW 1910, 235[14]); denn hier handelt es sich um Ansprüche aus dem Gesamtschuldverhältnisse, nicht aus der u. H. Über die Verjährung des Abänderungsanspruchs aus § 323 ZPO vgl. § 843 A 4c. Ansprüche aus der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Bereicherung wegen Aufwendungen Dritter zur Beseitigung eines aus u. H. herrührenden Schadens, die gegen den Ersatzpflichtigen erhoben werden, sind selbständig und unterliegen nicht der kurzen Verjährung des § 852 (RG 86, 96).

3. Wie die sämtlichen Bestimmungen des 25. Titels spricht auch § 852 nur von dem **Schadensersatzanspruche** (§§ 249, 842, 843ff.) des Verletzten, nicht von dem daneben bestehenden Anspruch auf Unterlassung der rechtswidrigen Eingriffe (vgl. darüber Vorbem 6 vor § 823). Selbstverständlich zieht aber die Verjährung der Schadensersatzklage auch die Verjährung der Unterlassungsklage nach sich (RG 22. 5. 08 II 5/08), und zwar nicht nur der Unterlassungsklage auf Wiederherstellung (Vorbem 6 II vor § 823), sondern auch der vorbeugenden Unterlassungsklage (Vorbem 6 III ebenda), da auch diese Klage einen gegenständlich widerrechtlichen Eingriff in ein durch die Bestimmungen über die u. H. geschütztes Rechtsgut (§§ 823, 824) voraussetzt und als eine Klage aus oder wegen u. H. erscheint (vgl. ebenda).

4. Der Beginn der kürzeren dreijährigen Verjährung des § 852 setzt die **Kenntnis des Verletzten von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen** voraus, die durch verschuldete Unkenntnis nicht ersetzt wird (RG 76, 61; JW 1912, 38[28]; Warn 1912 Nr 308; LZ 1917, 599[4]). Der Verletzte ist im Sinne des § 852 der Ersatzberechtigte; im Falle des § 844 kommt es also auf die Kenntnis der unterhaltsberechtigten Hinterbliebenen eines Getöteten, im Falle des § 845 auf diejenige des Ehemanns, nicht der Ehefrau, an (RG 94, 220; JW 1914, 195[11]). Verletzt ist nicht nur der unmittelbar, sondern auch der mittelbar Beschädigte, sofern ihm nach dem Gesetz Ersatzansprüche zustehen. Der Verletzte ist aber weiter nur derjenige, in dessen Person der Schadensersatzanspruch entstanden ist, nicht also die Berufsgenossenschaft oder die Versicherungsanstalt, auf die nach § 1542 RVO im Umfange ihrer Leistungen der Schadensersatzanspruch übergeht, mag auch dieser Übergang nach RG 60, 200 sofort nach der Entstehung stattfinden; der Übergang ist auf den Beginn und Lauf der Verjährung ohne Einfluß (RG 63, 388). a) Die Kenntnis von dem Schaden ist die Kenntnis der schädlichen Folgen der u. H. im allgemeinen dergestalt, daß auf ihrer Grundlage eine Klage auf Schadensersatz, wenn auch nur als Feststellungsklage (RG Warn 09 Nr 103), mit einigermaßen sicherer Aussicht auf Erfolg angestellt werden kann; bloße Vermutungen und Befürchtungen genügen nicht (RG JW 1915, 393[3]; 1918, 303[6]). Der gesamte aus einer u. H. entspringende Schaden stellt dabei eine Einheit dar und erscheint nicht als eine Summe einzelner selbständiger unzusammenhängender Schäden; die Ungewißheit über den Umfang und die Höhe des Schadens schließt deshalb den Beginn der Verjährung nicht aus; alle Folgezustände, die in dem Zeitpunkte der erlangten Kenntnis von dem Schaden überhaupt auch nur als möglich vorauszusehen waren, sind mit dieser allgemeinen Kenntnis dem Verletzten bekannt geworden (RG 70, 150; 85, 424; 86 S. 181 u. 384; JW 07 S. 302[5] u. 832[10]; 08, 10[11]; 09, S. 724[18] u. 725[19]; 1912 S. 38[28] u. 751[16]; 1913, 686[4]; 1914, 355[7]; 1915, 193[3]; 1918, 303[6]; Warn 09 Nr 103, 301, 509; 1912 Nr 29 u. 432; 1913 Nr 143; 1916 Nr 137; LZ 1918, 1133[2]; Anwendung auf gütergemeinschaftlichen Schaden RG 73, 309). Nur, wenn später neue Nachteile aus der u. H. entstehen oder ersichtlich werden, die vorher sich nicht voraussehen oder erwarten ließen, beginnt für diese eine besondere Verjährung mit ihrer Kenntnis und der Kenntnis ihres ursächlichen Zusammenhangs mit der u. H. (RG 70, 150; 85, 424; 86, 181; JW 07, 832[10]; 08, 10[11]; 09, 725[19]; 1914, S. 195[11] u. 355[7]; 1915, 655[7]; 1918, 303[6]; Warn 09 Nr 103, 301; 1912 Nr 432; 1913 Nr 143; 1914 Nr 84; 1916 Nr 137). War an einem Gebäude infolge einer u. H. eine Lockerung der Grundmauern entstanden und erkennbar geworden, so sind die einzelnen nach und nach sich bildenden Risse der Gebäudewände nicht neue Schäden, sondern Folgeerscheinungen des früher erkannten Schadens (RG JW 09, 724[18]; 1912, 751[16]). Handelt es sich um Aufhebung oder Minderung der Erwerbsfähigkeit eines Menschen infolge einer rechtswidrigen Verletzung des Körpers, so genügt für den Beginn der Verjährung die Kenntnis von der Beeinträchtigung

der Erwerbsfähigkeit überhaupt (RG JW 09, 725[19]; 1912, 38[28]; Warn 09 Nr 301; 1913 Nr 143); spätere Verschlimmerungen der durch die Verletzung hervorgerufenen Leiden, die von vornherein mit in Rechnung zu ziehen waren, begründen keine neue Verjährung (RG ebenda und Warn 1916 Nr 137; LZ 1918, 1133[2]). Wohl aber tun dies Leiden anderer Art, die sich erst später einstellten, innere Erkrankungen oder schwere dauernde (chronische) Zustände, während die Verletzung zunächst als Folgen nur äußere oder leichtere vorübergehende (akute) Störungen erkennen ließ (RG 86, S. 181 u. 384; JW 1914 S. 195[11] u. 355[7]; 1918, 303[6]; Warn 09 Nr 301; 1914 Nr 84; 1916 Nr 137). Für den Beginn der Verjährung ist es daher nicht von Einfluß, wenn der Verletzte zunächst eine Einbuße am Erwerbe überhaupt nicht erleidet (Beamter, der Gehalt bezieht und im Dienste verbleibt; Ehefrau, die im Hauswesen oder Geschäfte des Mannes tätig ist), sofern nur die Kenntnis von der Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit erlangt war, die einen einigermaßen sicheren Ausblick auf die Erwerbsverhältnisse der Zukunft gestattet (RG 73, 309; Warn 09 Nr 509). Für den Beamten, der infolge einer Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung in den Ruhestand versetzt wird und dadurch sein bisheriges Diensteinkommen verliert, beginnt hinsichtlich dieses Schadens die Verjährung mit dem Zeitpunkte, wo ihm die Unausbleiblichkeit dieses Erwerbsverlustes bekannt wird. War diese Folge bei der Schwere der Verletzung von vornherein vorauszusehen und mußte sie mit in Rechnung gezogen werden, so fällt ihre Kenntnis mit der allgemeinen Kenntnis vom gesamten Schaden zusammen (s. oben); ist der Beamte zunächst in Stellung und Gehalt verblieben und trat die Notwendigkeit seiner Versetzung in den Ruhestand erst später hervor, so ist die Kenntnis des Ersatzberechtigten hiervon für den Beginn der Verjährung maßgebend (RG 85, 424; JW 1915, 655[7]; Warn 1912 Nr 29). — Daß die Wiederholung der schädigenden Handlung selbst immer eine neue Beschädigung erzeugt und deshalb auch eine neue Verjährung in Lauf setzt, ist selbstverständlich; von der fortgesetzten Wiederholung der u. H. mit steter Erneuerung der schädlichen Folgen ist aber wohl zu unterscheiden die Fortdauer eines aus einmaliger u. H. hervorgegangenen schädlichen Zustandes, wobei die Kenntnis von dem Eintritt dieses Zustandes maßgebend ist (RG JW 07, 832[10]; 1912, 31[15]; 1917, 39[6]; Warn 1914 Nr 189; LZ 1918 S. 107[5] u. 322[4]). Die Kenntnis vom Schaden setzt natürlich die Kenntnis von der u. H. selbst voraus. Bei einem auf Arglist des Beklagten gestützten Schadensersatzanspruche nach § 826 ist also zum Beginne der Verjährung Kenntnis von der arglistigen Handlungsweise erforderlich.

b) Die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen kann, wenn mehrere Personen für denselben Schaden nebeneinander verantwortlich sind (§ 840), hinsichtlich der einzelnen zu verschiedenen Zeiten erlangt werden, und die Verjährung beginnt dann gegen die mehreren Ersatzpflichtigen dementsprechend an verschiedenen Zeitpunkten. Wenn mehrere Personen nacheinander haften — hilfsweise Haftung des Unzurechnungsfähigen nach § 829 und des Beamten nach § 839 Abs 1 Satz 2 —, so beginnt die Verjährung gegen den Nachverhafteten erst mit der Kenntnis, daß ein vorverhafteter Ersatzpflichtiger nicht vorhanden ist (RG 94, 220; JW 1915, 594[29]). Die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen muß so weit reichen, daß der Beschädigte eine Klage gegen die Person zu begründen in der Lage ist; bei Haftung aus Vorsatz gehört dazu die Kenntnis von der arglistigen Handlungsweise (s. oben unter a), bei Verschuldenshaftung die Kenntnis von einem schuldhaften Handeln der Person, das den Schaden verursacht haben kann, nicht aber eine sichere Überzeugung von dieser Verursachung (RG 76, 61; JW 1912, 640[12]; Warn 1912 Nr 308 u. 432); für eine Rechtsverfolgung gegen einen Geschäftsunfähigen ist die Kenntnis von der Person des gesetzlichen Vertreters erforderlich (RG Warn 1913 Nr 143). Die nach diesen Sätzen an sich vorhandene Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen wird nicht dadurch berührt, daß der Beschädigte wegen der Unfallrente mit zwei verschiedenen Berufsgenossenschaften in Streit war; wohl aber bewirkt ein Bescheid der Berufsgenossenschaft, der der Verfolgung des Anspruchs entgegenstand, eine Hemmung der Verjährung nach § 202 (RG 80, 212). Ob die Kenntnis von der Person des Ersatzpflichtigen auch die Kenntnis der Person des Rechtsnachfolgers (Erben) bedingt, auf den die Ersatzpflicht nach ihrer Entstehung übergegangen ist, läßt RG JW 07, 302[5] unentschieden; die Frage ist nach richtiger Ansicht zu verneinen; der Rechtsnachfolger wird ersatzpflichtig nur aus der Person des Rechtsvorgängers; dem Interesse des Gläubigers dient für den Fall der Erbfolge die Bestimmung des § 207.

c) Wie sich die Kenntnis von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen für die einzelnen Tatbestände der u. H. gestalten muß, ist zum Teil schon berührt. Die Tatbestände der §§ 823—826 bieten nach dieser Richtung nichts Besonderes. Für § 829 ist die Kenntnis, daß ein an erster Stelle zum Ersatze Verpflichteter nicht vorhanden sei, sowie die Kenntnis von der Nichtverantwortlichkeit des Hilfsersatzpflichtigen erforderlich (RG 94, 220; s. oben unter b, sowie A 4 zu § 829). Für § 831 ist die Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung einer zu einer Verrichtung bestellten Person und von der Person des dafür verantwortlichen Geschäftsherrn zu verlangen, wogegen es auf die Kenntnis der zu der Verrichtung bestellten Person nicht ankommt; RG JW 1913, 686[4] fordert außerdem die Kenntnis, daß

keiner der Umstände vorliege, durch deren Nachweis sich der Geschäftsherr von seiner Ersatzpflicht befreien kann. Das dürfte zu weit gehen; denn sein Verschulden wird vermutet, und die Entlastung, deren tatsächliche Grundlagen dem Verletzten meist unbekannt und auch für ihn schwer erkundbar sind, ist Sache der Einrede und gehört nicht zur Klagebegründung (RG 70, 379; 87, 1; Warn 1914 Nr 53; vgl. A 3 u. 5 zu § 831). Folgt man der Entscheidung, so wird dasselbe von den gleichgearteten Tatbeständen der §§ 832, 833 Satz 2, 834, 836—838 gelten müssen. Für § 839 ist gleichwie für § 829 die Kenntnis erforderlich, daß ein erstver hafteter Ersatzpflichtiger nicht in Anspruch genommen werden kann (RG JW 1915, 594[29]; s. oben zu b und A 6 zu § 839). Für die Klage aus § 323 ZPO ist, soweit § 852 in Betracht kommt, auf seiten des Verletzten, der die Erhöhung oder die weitere Erstreckung der Rente der Dauer nach verlangt, die Kenntnis von der wesentlichen Veränderung erforderlich (RG 86 S. 181 u. 384; soweit die Verjährung nach § 8 HaftpflG sich regelt, vgl. A 4c zu § 843). Der Anspruch des Ersatzverpflichteten auf Aufhebung oder Minderung der Rente, auf den die Verjährungsvorschriften des § 852 wie des § 8 HaftpflG und des § 194 BGB nicht passen, ist der Verjährung überhaupt entrückt. Bei dem Verletzten handelt es sich um eine Erweiterung seines Schadensersatzanspruches; bei dem Ersatzpflichtigen aber im strengen Sinne überhaupt um keinen Anspruch, sondern um ein neues, vom Gesetze zugelassenes Bestreiten des gegnerischen Anspruchs für die Forderungen in der Zukunft unter Führung des Gegenbeweises.

5. Die **dreißigjährige Verjährung**, die ohne Rücksicht auf die Kenntnis nach A 4, d. i. wenn diese Kenntnis überhaupt nicht oder erst innerhalb der letzten drei Jahre des dreißigjährigen Zeitraums erlangt wurde, ihren Lauf nimmt, beginnt mit der Begehung der u. H. Begangen ist im Sinne des § 852 die u. H., wenn die die Verletzung herbeiführende Ursache gesetzt ist, mag auch der Anspruch selbst noch gar nicht entstanden sein (vgl. M 2, 780). Die Bestimmung setzt also eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 198. Hier begreift also die „Begehung der Handlung" nicht den gesamten gegenständlichen und persönlichen Tatbestand der u. H.; vielmehr will das Gesetz den Beginn der längeren Verjährung auf das zeitlich am ehesten bestimmbare Ereignis der verursachenden äußeren Handlung abstellen, ähnlich wie § 8 HaftpflG den Tag des Unfalls entscheiden läßt. Wie sich hiernach für die einzelnen Tatbestände der u. H. der Beginn der dreißigjährigen Verjährung stellt, ist zur Zeit noch für die Rechtsprechung ohne Interesse. Ein Unterschied zwischen Grundhaftung und Hilfshaftung (§§ 829, 839 Abs 1 Satz 2; vgl. A 4) besteht für die dreißigjährige Verjährung nicht; sie beginnt unbedingt und ausnahmslos mit dem Zeitpunkte der begangenen Handlung im obigen Sinne.

6. Für die Vollendung, die Erneuerung, die Unterbrechung der Verjährung gelten **die allgemeinen Vorschriften der §§ 202ff.** Eine Teilklage unterbricht die Verjährung nur für den geltend gemachten Teil, nicht für den ganzen Anspruch; ein Vorbehalt der Erweiterung in der Klage ist belanglos (RG 57, 372; 65, 398; JW 07, 302[5]; 08, 10[11]). Kann zur Zeit der Klagerhebung der ganze Schaden nicht übersehen werden, so muß zur Unterbrechung der Verjährung mit der Teilleistungsklage eine Feststellungsklage wegen des übrigen Schadens verbunden oder überhaupt eine Feststellungsklage (vgl. darüber § 843 A 4a) erhoben werden (RG 75, 302; 11. 5. 08 VI 479/07). Die Unterbrechung wirkt nach § 211 fort bis zur Erledigung oder rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsstreits. Die Entscheidung über den Grund des Anspruchs nach § 304 ZPO ist in diesem Sinne nur eine Zwischenentscheidung; ihre Rechtskraft hat nicht die Wirkung, eine neue Verjährung nach § 218 in Lauf zu setzen (RG 66 S. 10 und 12; 27. 5. 07 VI 402/06). Die Wirkung der Unterbrechung endigt, wenn der Rechtsstreit nicht weiter verfolgt wird, was auch nach Rechtskraft eines erlassenen Zwischenurteils nach § 304 ZPO geschehen kann, mit der letzten Prozeßhandlung (§ 211 Abs 2; RG 66 S. 12 u. 365; Warn 1916 Nr 99; 27. 5. 07 VI 402/06).

7. **Zeitliches Recht.** Für den Übergang der alten Rechte in das Recht des BGB gilt Art 169 EG. War die u. H. vor dem 1. 1. 00 begangen, so begann die gegenüber den bisherigen Gesetzen kürzere dreijährige Verjährung des § 852 gemäß Art 169 Abs 2 Satz 1 mit dem 1. 1. 00, sofern auch die Kenntnis von dem Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen vor diesem Zeitpunkt erlangt war (RG 67, 141); sie beginnt mit dem Zeitpunkt der erlangten Kenntnis, wenn dieser erst nach dem 1. 1. 00 eingetreten ist, vorbehaltlich der Vorschrift des Art 169 Abs 2 Satz 2. Über den Fall, daß die Verjährungsfrist des älteren Rechtes länger ist als die des BGB, dieses aber für den Beginn der Verjährung strengere Anforderungen stellt, vgl. RG 73, 434.

8. Wenn Abs 2 des § 852 bestimmt, daß **auch nach Vollendung der Verjährung des Schadensersatzanspruchs** aus einer u. H. der Ersatzpflichtige nach den Vorschriften über die **ungerechtfertigte Bereicherung** zur Herausgabe dessen verpflichtet sei, was er durch die u. H. auf Kosten des Verletzten erlangt habe, so ist damit nicht nur der selbstverständliche Satz ausgesprochen, daß dem Beschädigten außer dem Schadensersatzanspruch auch ein Bereicherungsanspruch gegen den Schädiger zustehen könne, der einer andern Verjährung unterworfen ist. Der Gedanke der Bestimmung ist vielmehr, daß, wo derselbe Tatbestand den Schadensersatz-

anspruch wie den Bereicherungsanspruch begründet, der letztere in Wirklichkeit nur eine Einschränkung des Schadensersatzanspruchs bedeutet: die Bereicherung ist derjenige Teil des dem Verletzten infolge der u. H. entstandenen Schadens, hinsichtlich dessen sein Vermögensverlust zugleich mit einem Vermögenszuwachs für den Schädiger verbunden ist. Der Übergang von der Schadensersatzklage zur Bereicherungsklage als Erwiderung auf die Verjährungseinrede des Beklagten stellt deshalb, wie RG 71, 358 ausführt, prozeßrechtlich nicht eine unzulässige Klageänderung des § 268 ZPO dar, sondern ist lediglich eine Rechtsverteidigung gegenüber der Verjährungseinrede, die erst durch deren Erhebung erforderlich wurde. Die Verjährung des Bereicherungsanspruchs ist die dreißigjährige nach § 195.

§ 853

Erlangt jemand durch eine von ihm begangene unerlaubte Handlung eine Forderung gegen den Verletzten, so kann der Verletzte die Erfüllung auch dann verweigern, wenn der Anspruch auf Aufhebung der Forderung verjährt ist[1]).

E II 776; P 2 612, 715—717.

1. Die Bestimmung des § 853 enthält eine besondere Anwendung der im BGB nicht ausdrücklich anerkannten (vgl. darüber besonders RG 58, 356; 71, 432 u. 75, 338; 87, 281; sowie § 826 A 6) Einrede der Arglist (exceptio doli generalis). Der vornehmlichste Anwendungsfall ist der durch arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung seitens des einen Vertragsteils gegen den andern zustande gebrachte Vertrag. Ob die **Weigerung der Erfüllung,** die § 853 dem Schuldner einer auf solchem Wege erlangten Forderung auch nach Verjährung des Anspruchs auf Aufhebung der Forderung gestattet, auch dann zulässig ist, wenn es sich nicht um Verjährung des Anspruchs auf Aufhebung der Forderung handelt, sondern um den Ablauf der Anfechtungsfrist nach § 124, läßt RG 60, 294 unentschieden. Wenn nach Versäumung der Anfechtungsfrist des § 124 der Getäuschte oder Bedrohte die Aufhebung des Vertrags auf Grund der §§ 826, 249 nicht mehr verlangen kann, wie RG 63, 268 annahm, würde sinngemäß die Anwendung des § 853 auch in diesem Falle anerkannt werden müssen, wenn die Bestimmung einen wirklichen Wert für die Rechtsausübung haben soll (vgl. RG 79, 194; 84, 131; sowie in Anwendung auf die Frist in § 41 Abs 1 KO RG 84, 225). Richtigerweise (vgl. Vorbem 4e vor § 823) ist aber der Schadensersatzanspruch aus u. H. von dem Anfechtungsanspruch vollständig zu trennen (vgl. RG a. a. O.; Warn 1913 Nr 42); damit entfällt auch die Veranlassung zu der ausdehnenden Auslegung des § 853. Der Verletzte kann nicht nach § 853 die von ihm geschuldete Leistung aus einem gegenseitigen Vertrage verweigern, wenn er nicht die Auflösung des ganzen Vertrags herbeiführen, die erhaltenen Gegenleistungen nicht zurückgeben will (RG 60, 294; vgl. 71, 432); es steht ihm dann die Gegeneinrede der Arglist entgegen.